

## DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS NA ECONOMIA DIGITAL: LIMITES ENTRE A EFICIÊNCIA E O ABUSO DE PODER ECONÔMICO

*Camila Manfredini de Abreu*

**Resumo:** A discriminação de preços quase perfeita, como possível conduta anticompetitiva, não pode ser ignorada pelas autoridades antitruste. Embora seja uma estratégia antiga, a discriminação de preços ganha novos moldes na Economia Digital em razão da habilidade de desenvolvimento de algoritmos de preços capazes de estimarem, quase que perfeitamente, o preço de reserva de cada consumidor. Os potenciais riscos à concorrência dessas práticas empresariais de empresas detentoras de poder econômico ainda não são inteiramente conhecidos, mas a análise antitruste tradicional ainda dispõe das ferramentas necessárias para coibir, casuisticamente, eventuais abusos de poder econômico decorrentes da discriminação de preços *online*.

**Palavras-chave:** discriminação de preços, direito concorrencial, Big Data, algoritmos de preço, Economia Digital, Internet, poder de mercado.

**Key words:** price discrimination, antitrust law, Big Data, pricing algorithms, Digital Economy, Internet, market power

### Introdução

Nos últimos anos, inúmeros são os debates que vêm se travando diante da Revolução Tecnológica e do surgimento da nova Era Digital. Na comunidade antitruste não tem sido diferente. Especialistas se debruçam sobre os mais diversos temas para estudar o impacto dos novos avanços tecnológicos na análise antitruste e avaliar se os mecanismos tradicionais são ou não capazes de coibir eventuais condutas anticoncorrenciais que possam surgir nesse novo cenário. Todavia, pouco se fala acerca do fenômeno da discriminação de preços digital, prática que tem se tornado cada vez mais presente no cotidiano dos usuários de serviços *online*.

No mundo *online*, as empresas se aproveitam do Big Data e o Big Analytics para ajudar no desenvolvimento de seus algoritmos computadorizados que otimizam os anúncios comportamentais, as promoções direcionadas e a precificação. Dispondo de cada vez mais informações, os algoritmos de preço podem compreender melhor os hábitos e as preferências

dos consumidores e, assim, realizar uma discriminação de preços mais eficiente.

Contudo, essa estratégia empresarial não é uma novidade., Há anos as empresas vêm praticando formas mais cruas de discriminação de preços como aquelas que diferenciam preços com base em grupos de indivíduos com características demográficas semelhantes, como ocorre, por exemplo, na venda de ingressos para o cinema, em que o preço pago pelo espectador depende se este é um idoso, uma criança, um estudante ou um adulto.

Apesar de se tratar de uma conduta mercadológica, com possíveis efeitos sobre o ambiente concorrencial, a discriminação de preços raramente tem sido objeto de escrutínio por parte das autoridades antitruste. Dentre diversos motivos, isso ocorre devido à dificuldade de instrução e produção de provas, à existência de sistemas de defesa do consumidor que atuam sobre esse tipo de conduta e à dificuldade de estabelecer um nexo causal entre a prática da discriminação e os efeitos anticompetitivos gerados por ela.

Contudo, com os avanços tecnológicos no monitoramento de comportamentos dos usuários, na coleta e na análise de dados pessoais e na prática de precificação diferenciada, aprimora-se a habilidade das empresas em discriminarem preços, aproximando-se a uma discriminação quase perfeita<sup>1</sup>. Essa espécie de discriminação, que será melhor explorada ao longo do trabalho, é também chamada de discriminação comportamental e ocorre quando as empresas coletam nossos dados pessoais a fim de identificar quais emoções ou vieses nos impulsionam a comprar determinado produto para, conseqüentemente, estimarem com maior precisão o preço máximo que estamos dispostos a pagar por aquilo.

Através do Big Data é possível coletar um grande volume de informações de diversas fontes e usá-las para fazer observações, quantificações e previsões sobre os consumidores individualmente

---

<sup>1</sup> A discriminação perfeita de preços se configura quando o vendedor é capaz de identificar, exatamente, o preço máximo que o consumidor está disposto a pagar por um certo produto, cobrando deste consumidor tal preço máximo, a fim de extrair o maior excedente possível. Contudo, defende-se que, devido a algumas falhas de mercado, ainda não é possível discriminar perfeitamente os preços e, portanto, o que ocorre é a discriminação quase perfeita, em que as empresas estabelecem preços com base nas características dos indivíduos sem capturar perfeitamente a disposição de cada consumidor em pagar por determinado produto, mas se aproximando dessa perfeição através da coleta de quantidades enormes de dados pessoais.

considerados. Assim, as empresas utilizam-se do Big Data para compreender melhor os seus clientes a fim de desenvolver os produtos, serviços e ofertas mais adequados para cada consumidor. Por outro lado, na medida em que os vendedores podem assimilar de maneira mais precisa o quanto o consumidor está disposto a pagar, podem também discriminar preços a fim de capturar o maior valor possível em uma dada transação, especialmente quando enfrentam uma concorrência limitada.

Embora a discussão sobre os efeitos concorrenciais da discriminação de preço *online* seja recente, a prática encontra diversos precedentes a partir dos anos 2000. Há dezoito anos atrás, a Amazon.com atribuiu preços aleatórios para dezenas de DVDs, oferecendo descontos de 20% a 40% com base nas informações demográficas dos consumidores<sup>2</sup>.

Em 2012, o Wall Street Journal reportou a discriminação de preços praticada pela loja de artigos de escritório Staples Inc<sup>3</sup>. O jornal mostrou que o algoritmo de preços da loja estipulava preços diferentes em seu website com base na localização dos consumidores. Para tanto, a Staples considerava a distância existente entre o consumidor e a loja física de qualquer de suas concorrentes (OfficeMax ou Office Depot) e, caso uma dessas lojas estivesse em um raio de menos de 20 milhas do consumidor, o website da Staples ofertava o produto com desconto.

Diante do desenvolvimento de tecnologias favoráveis à implementação da discriminação quase perfeita de preços, cabe questionar quais são as principais mudanças das estratégias de discriminação praticadas no mundo *offline* e em que medida elas diferenciam daquelas empregadas no mundo *online*. O uso de dados pessoais para o aperfeiçoamento de algoritmos de preço constitui um problema concorrencial do ponto de vista do bem-estar do consumidor e da concorrência justa? Os instrumentos do direito antitruste já existentes são capazes de lidar com essa nova dinâmica? Aqui, podemos

---

<sup>2</sup> Câmara dos Lordes, Comitê Selecionado da União Europeia. *Online Platforms and the Digital Single Market*. 10º Relatório da Sessão 2015-2016, 2016. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldecom/129/129.pdf>

<sup>3</sup> *Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information*. Wall Street Journal, 2012. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>

delimitar a questão central do presente trabalho: a análise dos efeitos concorrenciais da prática de discriminação de preços no ambiente digital.

Dessa forma, o trabalho tem como objetivos principais (i) sistematizar a literatura jurídico-econômica sobre a prática discriminação de preços, (ii) explorar as peculiaridades da estratégia aplicada ao mundo *online*, e, (iii) consolidar os parâmetros de aplicação do direitos concorrencial para esse tipo de conduta.

O Capítulo 1 inicia com uma breve exposição do conceito de discriminação de preços segundo a teoria econômica e a teoria jurídica. O Capítulo 2 explorará a dinâmica concorrencial no cenário de discriminação quase perfeita de preços, de modo a analisar a (des)necessidade de intervenção nessas práticas. Assim, são abordados as principais preocupações de cunho concorrencial derivadas de um cenário de discriminação quase perfeita de preços.

## **Capítulo I: Discriminação de preços: a prática e seus efeitos**

*O que é discriminação de preços? – definições econômicas e jurídicas e classificações*

Em termos econômicos, a discriminação de preços ocorre quando dois produtos similares<sup>4</sup>, que possuem o mesmo custo marginal<sup>5</sup> para serem produzidos, são vendidos por uma empresa a preços distintos<sup>6</sup>. Já a definição legal do fenômeno difere em cada jurisdição. Na Europa, a discriminação de preços ocorre quando um vendedor aplica “condições dissimilares para transações equivalentes<sup>7</sup>”. Nos Estados Unidos, o Robinson Patman Act

---

<sup>4</sup> O significado da palavra “similares” é importante nesse contexto, já que os produtos podem diferir em quantidade, qualidade, proposta, tempo e circunstância nas quais eles são vendidos.

<sup>5</sup> O requisito de mesmo custo marginal significa que a discriminação de preços não inclui as diferenças de preços de produtos que são mais baratos de produzir devido às economias de escala ou escopo, ou devido aos riscos mais baixos assumidos pelo comprador.

<sup>6</sup> OCDE. *Price Discrimination – Background note by the Secretariat*. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

<sup>7</sup> Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2008. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF).

contesta diferenças de preços que não atendem a um conjunto específico de justificativas, quais sejam: diferenças de custos, diferenças de serviços fornecidos pelo comprador (ex.: armazenagem ou distribuição), alteração na natureza do produto (ex.: perecibilidade), necessidade de atender a uma oferta feita pela concorrência; ou o fato de preços diferentes estarem disponíveis para todos<sup>8</sup>.

No Brasil, a discriminação de preços não é legalmente definida, sendo apenas mencionada no artigo 36 da Lei 12.529/2011<sup>9</sup> (Lei de Defesa da Concorrência). Ao estipular o rol de condutas que podem ser punidas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), o artigo 36 estabelece que:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (...)"

#### *A discriminação de preços nos diferentes sistemas jurídicos concorrenciais*

O regime legal concorrencial de diversos países estabelece restrições à habilidade das empresas de explorar o poder de mercado e discriminar preços em certas circunstâncias. Nos Estados Unidos, em nível legislativo estadual, poucos são os casos em que a discriminação de preços abusiva é proibida. Já em âmbito federal, o Sherman Act estabelece como infração apenas a prática do monopolista que se envolve em uma conduta de exclusão para alcançar, manter ou reforçar seu poder de mercado.

Na Europa, o artigo 102 (c) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>10</sup> identifica expressamente, embora de maneira

---

<sup>8</sup> ELFAND, Ross E. *The Robinson-Patman Act*. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/young\\_lawyers/publications/the\\_101\\_201\\_practice\\_series/robinson\\_patman\\_act.html](https://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/robinson_patman_act.html) .

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) .

<sup>10</sup> “Artigo 102 (c): É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas

ampla, a discriminação – de preços ou condições – e pode indicar uma restrição à habilidade de empresas dominantes de vender para compradores a preços ou condições diferentes. Contudo, essa potencial interpretação foi aplicada pouquíssimas vezes e, ainda, alguns autores, como Peeperkorn<sup>11</sup>, argumentam que o artigo 102 nunca foi aplicado diretamente e exclusivamente para sanar efeitos abusivos da discriminação de preços conduzida por um *player* dominante.

No Brasil, segundo o exposto no início deste Capítulo, a discriminação de preços pode ser punida com base no artigo 36, X, da Lei de Defesa da Concorrência. Tal norma procura coibir a prática abusiva de agentes econômicos que possuem posição dominante e que causam prejuízos à concorrência e aos consumidores finais. Além do poder de mercado, os precedentes<sup>12</sup> revelam que, na análise casuística da prática de discriminação de preços, são levados em conta outros fatores estruturais, como (i) o *market share* da empresa; (ii) a existência de competidores relevantes e o correspondente nível de rivalidade entre eles; (iii) a facilidade de entrada de novos *players* no mercado relevante; e (iv) os parâmetros objetivos que diferenciam as categorias de clientes.

---

abusivas podem, nomeadamente, consistir em: (c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.” União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 2016.

<sup>11</sup> PEEPERKORN, Luc. *Price Discrimination and Exploitation*. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law, 2008.

<sup>12</sup> Processo Administrativo nº 08012.001099/1999-71 (Representante: Steel Placas Indústria e Comércio Representadas: Queiroz & Sousa Comércio de Placas Automotivas Ltda., Reprinco Indústria e Comércio Ltda., e Comepla Indústria e Comércio Ltda), Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 (Representante: SDE "Ex Offício" Representadas: Libra Terminais S/A-T-37, Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA, e Santos Brasil S/A - TECON Terminal de Contêineres), Processo Administrativo nº 08012.003541/2000-71 (Representante: Campina Grande Industrial S/A e Representadas: Tigres S/A - Tubos e Conexões e Trikem S/A), Averiguação Preliminar nº 08012.008084/2005-15 (Representante: São João Postos de Abastecimento e Serviços Ltda e Representada: Esso Brasileira de Petróleo Ltda), Averiguação Preliminar nº 08012.004356/1999-16 Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e Representada: Novartis Biociências S/A.

A jurisprudência do Cade revela que a discriminação de preços se configura como infração à ordem econômica quando há: (i) presença de posição dominante; e (ii) ausência de justificativa da discriminação. Por outro lado, as principais justificativas aceitas para a prática de discriminação são: (i) a redução de custos, (ii) a existência de diferentes custos de negociação entre os clientes, e (iii) a estratégia de concorrência diferenciada para disputar diferentes nichos de consumidores. Assim, conforme pode ser verificado nos precedentes adiante, demonstrada a lógica econômica da discriminação de preços, o Cade entende que a prática não se constitui em ilegalidade do ponto de vista antitruste.

Sob a égide da nova Lei nº 12.529/2011, o Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18, arquivado mediante Nota Técnica nº 13/2017, tinha como Representante o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (“Semasa”) que alegava que a Representada a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“Sabesp”) estaria criando dificuldades ao funcionamento de prestadores autônomos municipais de distribuição de água no varejo. Segundo a Representante, os preços praticados no atacado para os prestadores verticalizados seriam inferiores aos preços para os prestadores autônomos.

Na Nota Técnica, a Superintendência Geral (“SG”) determinou que, conforme já considerado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41, “a discriminação de preços ou de condições de contratação não é necessariamente ilícito antitruste”, tratando-se de “comportamento corriqueiro no mercado, motivado por várias razões de ordem prática e econômica e sendo, na maioria das vezes, conduta legítima”. A SG observa que a discriminação de preços ou de condições de contratação pode ser ilícito concorrencial quando a fornecedora utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-o entre compradoras, de forma a prejudicar a livre concorrência.

Assim, a SG conclui que<sup>13</sup>, para que a discriminação de preços seja configurada como ilícito antitruste, é necessário que (i) o agente econômico discriminador possua posição dominante no mercado relevante de origem; (ii)

---

<sup>13</sup> CADE. *Nota Técnica nº 13/2017/CGAA3/SGAI/SG/CADE*. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa, Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

haja prejuízo, ainda que potencial, à livre concorrência; e (iii) não existam justificativas objetivas para a prática que demonstrem racionalidade econômica legítima na conduta. Desse modo, a Superintendência recomendou o arquivamento do Inquérito Administrativo, considerando que os preços praticados pela Sabesp no atacado e no varejo eram determinados pela Arsesp e que a Sabesp aplicava os mesmos preços para todas as distribuidoras independentes às quais vendia água no atacado, não restando configurada qualquer discriminação.

Apresentados os conceitos econômicos e jurídicos da prática de discriminação de preços na concorrência dos mercados, passemos a analisar essa estratégia sob os moldes do Big Data, do Big Analytics e das novas tecnologias. Essa análise será feita com o intuito de promover uma reflexão crítica sobre a adequação dos atuais parâmetros de análise do antitruste ao novo contexto da discriminação de preços em mercados digitais.

## **Capítulo II: A concorrência entre players em mercados *online* – um cenário de discriminação quase perfeita de preços**

O uso do Big Data e sua respectiva importância têm aumentado com o crescimento do Big Analytics, que, por sua vez, consiste na habilidade de desenvolver algoritmos que podem acessar e analisar vastas quantidades de informações. Enquanto nossas esferas “real” e “online” estão convergindo, o mundo digital parece rastrear os indivíduos a todo momento. Isso é verdade especialmente no comércio online, que ganhou grandes dimensões nos últimos anos. Para os mercados digitais, o Big Data e o Big Analytics são capazes de oferecer às empresas oportunidades ainda melhores para alavancar vantagens competitivas.

### *2.1 Obstáculos à discriminação perfeita de preços*

À medida em que o volume, a velocidade, a variedade e o valor dos dados pessoais crescem e, por conseguinte, que os algoritmos de preço se aperfeiçoam, mais vendedores serão capazes de discriminar quase que perfeitamente os preços, se aproximando de uma discriminação de primeiro grau. Contudo, devido a uma série de fatores, podemos concluir que a discriminação perfeita de preços será improvável em muitos mercados. Passemos a analisar os principais obstáculos enfrentados para tanto, os quais indicam que, por outro lado, já praticamos uma discriminação quase perfeita de preços.

### 2.1.1 Insuficiência de informações para o cálculo do exato preço de reserva individual

Primeiramente, para que haja a discriminação perfeita de preços é preciso que a empresa desenvolva um algoritmo que possa identificar o exato preço de reserva de cada um dos consumidores. Contudo, esse preço de reserva é considerado uma variável latente, já que não pode ser diretamente observada, mas pode ser deduzida. Os vendedores *online* não conseguem identificar diretamente o quanto o consumidor está disposto a pagar por um produto em particular.

Os algoritmos de preço coletam e processam informações que verificam as transações passadas e o comportamento do consumidor, como por exemplo, sob quais condições e preço os consumidores efetuam as compras ou não. Dessa forma, um entrave à discriminação perfeita de preços é a insuficiência de informações. Embora os algoritmos tenham muitas mais informações pessoais do que os vendedores de lojas físicas de anos atrás, ainda não possuem dados suficientes sobre todos os consumidores, já que talvez um indivíduo possa nunca ter comprado um determinado produto não sendo possível saber o quanto ele estaria disposto a pagar por aquilo.

### 2.1.2 A complexidade do *Homo economicus*<sup>14</sup>

Em segundo lugar, para que haja discriminação perfeita de preços sem informações suficientes, qualquer previsão seria baseada na presunção de que os consumidores possuem premissas estáveis e um preço de reserva pré-existente. Contudo, vários fatores podem afetar as decisões de compras e os consumidores podem até não saber os próprios preços de reserva.

O pensamento neoclássico simplificou presunções sobre o comportamento humano, afirmando que os participantes do mercado são indivíduos racionais, com interesses individuais e força de vontade<sup>15</sup>. Entretanto, conforme a literatura da Economia Comportamental, os indivíduos

---

<sup>14</sup> Teóricos da Economia chamam os indivíduos de *Homo economicus*, sugerindo que os membros dessa espécie são sempre racionais: como empresários, maximizam lucros, e como consumidores, maximizam a utilidade. Assim, dadas as restrições a que estão sujeitos, ponderam racionalmente os custos e os benefícios e sempre escolhem a melhor ação possível.

<sup>15</sup> WEINTRAUB, Eliot R. *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html> .

são seres muito mais complexos, já que (i) a força de vontade é imperfeita, (ii) os vieses podem afetar a tomada de decisões, e (iii) muitas pessoas se preocupam com questões de justiça social<sup>16</sup>.

Assim, a discriminação perfeita de preços não seria possível, já que essa requer a identificação de todos os parâmetros-chave de cada indivíduo, além do estudo e da melhora no cálculo de cada um desses parâmetros. Um algoritmo capaz de personalizar os preços para todos os consumidores demandaria um enorme volume e variedade de dados, sendo capaz de identificar todas as variáveis relevantes que afetam o preço de reserva de uma pessoa específica. Nesse sentido, cada experiência de compra pode variar dependendo do dia da semana, da hora do dia, da localização do consumidor, do que mais o usuário procurou na Internet, do seu sexo, de sua idade, do seu nível de instrução, da ordem dos produtos que lhe foi apresentada, e de seus respectivos preços relativos<sup>17</sup>.

### *2.1.3 Necessidade de um espaço amostral infinito*

Por fim, um terceiro entrave à discriminação perfeita de preços é a necessidade de uma amostra suficiente para que o teste de hipóteses feito pelos algoritmos seja robusto. Isso porque são necessários vários experimentos para identificar todas as variáveis relevantes que afetam o preço de reserva de um determinado indivíduo a fim de prever de que maneira o consumidor reagiria em cada um dos possíveis cenários.

Nesse sentido, os algoritmos podem ter uma amostra mínima para compras diárias ou semanais, mas não para outras que não são tão frequentes, como compras de eletrônicos, carros, joias, etc. Então, os algoritmos de preço não possuem oportunidades suficientes de tentativa e erro para identificar todas as variáveis necessárias e calcular de maneira precisa o preço de reserva de cada indivíduo.

### *2.2 A crescente habilidade de discriminar preços em mercados digitais*

Como já visto, há décadas as empresas já praticam formas de discriminação imperfeita de preços, como aquelas baseadas em agrupamentos

---

<sup>16</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 328-329.

<sup>17</sup> Preço relativo pode ser entendido como o preço de um bem em relação aos demais.

de indivíduos (jovens, adultos, estudantes, idosos, etc.) ou em variáveis independentes, como a localização do consumidor, o dia da semana ou a hora do dia. Contudo, não se pode negar que a habilidade das empresas em discriminar preços cresceu com os avanços no monitoramento do comportamento dos indivíduos, na coleta e análise de dados pessoais e na implementação da diferenciação de preços.

De qualquer forma, em muitos mercados *online*, os algoritmos ainda não são capazes de identificar o exato preço de reserva individual de cada consumidor. Dessa maneira, o maior desafio desses mecanismos é calcular o quanto errado estão e melhorar seus resultados de forma a se aproximarem cada vez mais do preço de reserva de cada um. Assim, a concorrência entre os *players* de mercados *online* se dará através do aprimoramento das variáveis independentes de seus algoritmos de preço com o objetivo de classificar mais precisamente os indivíduos em subgrupos cada vez menores.

Visto isso, concluímos que a discriminação perfeita de preços se mostra inatingível. Por outro lado, autores como Ezrachi e Stucke<sup>18</sup>, acreditam que já atingimos a discriminação de preços quase perfeita, denominada pelos autores de “discriminação comportamental”:

In the online world where Big Data meets behavioral economics, we are witnessing an emerging category of price discrimination – behavioral discrimination. Here firms harvest our personal data to identify which emotion (or bias) will prompt us to buy a product, and what’s the most we are willing to pay. Sellers, in tracking us and collecting data about us, can tailor their advertising and marketing to target at critical moments with the right price and emotional pitch. So behavioral discrimination increases profits by increasing overall consumption (by shifting the demand curve to the right and price discriminating) and reducing consumer surplus.

### *2.3 Principais preocupações da discriminação de preços online: (des)necessidade de criação de novos parâmetros para análise concorrencial da prática*

Em um mercado competitivo com precificação transparente, a precificação baseada no valor percebido pelo cliente dificilmente prejudica o

---

<sup>18</sup> EZRACHI, Ariel. STRUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 101.

consumidor médio, que pode facilmente comparar as ofertas e trocar de fornecedores. No entanto, quando os vendedores se utilizam das já mencionadas táticas para tirar proveito dos consumidores, a discriminação de preços pode atravessar a linha tênue do comportamento fraudulento.

A prática de discriminação de preços levanta questões bastante complexas e a análise econômica dos efeitos dessa estratégia não concede conclusões simples e banais. Ainda, as implicações concorrenciais da discriminação não podem ser generalizadas e aplicadas a todos os mercados, sejam eles monopolistas ou competitivos. De modo geral, não existem bases sólidas para uma proibição total da discriminação de preços, já que, em muitas circunstâncias, a proibição de fato da prática permitiria o exercício do poder de mercado pelas empresas dominantes.

Em mercados monopolistas, a discriminação de preços baseada em dados precisos e refinados acerca das preferências do consumidor diminui o excedente deste, maximizando os lucros do vendedor. Assim, quando do escrutínio de uma autoridade concursal, frequentemente será considerada uma conduta de abuso de posição dominante. Contudo, no caso de mercados competitivos, a discriminação *online* de preços não pode, de modo algum, ser considerada uma violação *per se*. Em ambos os casos, para além de uma análise de bem-estar estática, não se pode perder de vista os efeitos dinâmicos relacionados aos incentivos e investimentos que podem advir das práticas discriminatórias.

É necessária uma avaliação caso a caso para que se determine os impactos da discriminação quase perfeita no bem-estar do consumidor e isso dependerá do tipo de mercado em questão e se os vendedores discriminam os preços com base na preferência de marca ou nos custos de troca (*switching costs*) ou se a discriminação é baseada nos custos de busca (*search costs*). No primeiro caso, o segmento forte de consumidores para um vendedor é o segmento fraco para o seu rival e, então, a prática de discriminação tende a intensificar a concorrência e, por conseguinte, aumentar o excedente dos consumidores. Já no segundo caso, o segmento forte de consumidores é o mesmo para ambos os concorrentes e, portanto, a tendência é arrefecer a concorrência.

No contexto dos mercados competitivos, a discriminação de preços pode beneficiar os consumidores, revertendo de maneira completa as conclusões advindas do cenário monopolístico, na medida em que os lucros das empresas podem cair e o bem-estar dos consumidores aumentar. Essas reflexões demandam um cuidado especial nos casos em que a única

preocupação é a natureza abusiva da discriminação de preços, pois uma política extremamente restritiva pode privar os consumidores da precificação eficiente e dos investimentos a longo-prazo.

Todavia, embora a análise econômica convencional sugira que um dado caso de discriminação de preços aumente o bem-estar do consumidor, é preciso levar em conta as considerações da Economia Comportamental. Isso porque, um consumidor pode falhar em trocar para um fornecedor que ofereça preços mais baratos ou produtos de melhor qualidade e isso não necessariamente indica que o consumidor preferiu o produto ou o serviço do fornecedor atual. Ao contrário disto, o consumidor pode simplesmente não estar ciente das alternativas mais atrativas ou, ainda, não trocar de fornecedor devido à inércia ou a preocupações acerca do esforço pessoal e da ansiedade associados à navegação e às transações no mercado *online*.

Nesse caso, a cobrança de um preço maior pode ser facilmente entendida como uma forma de abuso da vulnerabilidade e ignorância de alguns tipos de consumidores menos sofisticados. Destarte, a perspectiva da Economia Comportamental revela como a discriminação de preços pode levar a uma injustiça distributiva, na qual certos grupos sofrem discriminação em termos de preços e qualidades inferiores nos mercados *online*, em relação a outros grupos mais astutos. De qualquer forma, mais uma vez, impõe-se a necessidade de uma análise casuística, com uma abordagem econômica comportamental.

*Em busca de políticas públicas: como enfrentar a discriminação de preços online?*

Conforme exposto, os efeitos de bem-estar proporcionados pela discriminação de preços são altamente dependentes do contexto em que está inserida. Assim, os reguladores devem avaliar se determinada prática de discriminação de preços aumenta ou não a produção e o bem-estar social total. Além disso, essa análise também deve levar em conta a utilidade obtida pelos consumidores quando os vendedores compreendem melhor os seus desejos e são capazes de direcioná-los para transações comerciais mutuamente benéficas.

É preciso analisar também se as práticas de discriminação de preços influenciam na distribuição de riquezas entre compradores e vendedores ou entre diferentes classes de consumidores ou de produtores. Desse modo, os reguladores podem escolher alocar o excedente para todos os consumidores como classe única, ao invés de aloca-lo aos produtores – e vice-versa, em

outros contextos – ou podem desejar privilegiar determinado grupo de produtores ou de consumidores em detrimento de outros. Para tanto, é preciso uma política de distribuição de riquezas e, nesse sentido, a regulação dos preços se mostra uma ferramenta legítima para efetuar essa política.

Ademais, é de suma importância ponderar se as empresas estão violando os direitos dos consumidores à privacidade. Nesse sentido, é necessário aferir se uma norma de privacidade deve, em um conjunto particular de circunstâncias, triunfar sobre outras considerações econômicas ou morais. Isso porque, em determinados casos, tanto o consumidor quanto o vendedor, podem se beneficiar de uma eventual violação do direito à privacidade. Nesse caso, a privacidade é adotada como um padrão normativo para avaliar as práticas de discriminação de preços.

A doutrina econômica tradicional defende que é preciso ter poder de mercado para praticar a discriminação de preços, já que esta envolve a precificação de alguns produtos acima do custo marginal. Como observado por Michael Levine,

In a competitive market, price equals marginal cost. Wherever there is price discrimination, price deviates from marginal cost. Therefore, if there is price discrimination, the market must not be competitive and there must be market power.

Contudo, uma crescente corrente doutrinária desafia aquela que defende que a discriminação de preços comprova a existência de poder de mercado, sustentando que a discriminação pode existir em mercados competitivos<sup>19</sup>. Assim, é preciso ter cuidado com as generalizações a respeito da conexão entre discriminação de preços e monopólios, sem se perder de vista que em algumas ocasiões a discriminação pode sim indicar poder de mercado.

Nesse sentido, uma restrição à discriminação torna-se eficaz caso seja possível demonstrar que tal prática não apenas fornece evidências do que é considerado poder de mercado excessivo, mas também ajuda a facilitar ou reforçar esse poder. Contudo, é extremamente necessário que essa análise seja casuística, antes que qualquer intervenção *ex ante* cause graves danos à concorrência.

---

<sup>19</sup> BAUMOL, William J; SWANSON, Daniel G.. The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power. 70 Antitrust L.J., 2003, p. 661.

Em suma, ao invés de se apoiarem no ideal de igualdade, os críticos do *laissez faire* devem focar naqueles argumentos baseados na melhoria do bem-estar econômico dos consumidores, na proteção dos direitos à privacidade, na erradicação de formas de discriminação e no combate aos monopólios. As normas legais já existentes baseadas nesses princípios serão capazes de proteger os consumidores contra as estratégias de negócios odiosas e de preservar os potenciais benefícios advindos da discriminação de preços.

## Conclusão

Há anos os economistas estudam a discriminação de preços e, apesar de o Big Data parecer estar prestes a revolucionar a precificação, não alterou os princípios essenciais por trás dessa estratégia. Apesar disso, como o Big Data alterou a discriminação de preços na prática? Ainda é cedo para afirmar. De modo geral, parece provável que o Big Data gere um movimento da prática de discriminação de preços de terceiro grau, baseada em categorias demográficas amplas, em direção à precificação personalizada com campanhas de *marketing* individualmente direcionadas.

Os agentes econômicos estão usando o Big Data e as tecnologias digitais para explorar a demanda, direcionar os consumidores a produtos particulares, criar publicidade e ofertas direcionadas, e de maneira mais limitada e experimental, personalizar preços. Concomitantemente, os consumidores estão fazendo uso da Internet e da variedade de escolhas e ferramentas que ela fornece para assegurarem que estão fazendo bons negócios.

Nesse contexto, cresce a importância da discriminação de preços na Economia Digital, na medida em que as empresas podem prever com maior precisão o preço de reserva individual de seus consumidores. A categorização dos indivíduos em grupos com sensibilidade de preços e comportamento de compras semelhantes se torna cada vez mais acurada, configurando-se um cenário de discriminação comportamental quase perfeita.

Os efeitos da discriminação de preços são diversos. Por um lado, a prática pode: (i) aumentar a produção, facilitando a recuperação dos custos fixos e permitindo que alguns *players* operem de forma lucrativa<sup>20</sup>; (ii)

---

<sup>20</sup> PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*. *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2007, pp. 34-38.

fomentar a escolha e o acesso aos produtos para consumidores que, sob cenário de precificação uniforme, não poderiam pagar<sup>21</sup>; (iii) aumentar a igualdade social<sup>22</sup>; (iv) impulsionar eficiências dinâmicas<sup>23</sup>; e (v) intensificar a concorrência entre os *players*, que podem cobrar preços menores para os consumidores de seus concorrentes e para novos consumidores e manter preços mais altos para consumidores fiéis, fazendo com que os *players* disputem todos os consumidores e não apenas os consumidores marginais<sup>24</sup>.

Por outro lado, a discriminação de preços pode levantar sérias preocupações, especialmente quando praticada por uma empresa ou um grupo de empresas dominante. Dentre essas preocupações, podemos elencar: (i) a exploração abusiva dos consumidores<sup>25</sup>; (ii) a exclusão ou eliminação de um

---

<sup>21</sup> STAVINS, Joanna. *Price Discrimination in the Airline Market: The Effect of Market Concentration*. The Review of Economics and Statistics Vol. 83, nº. 1 (Feb., 2001), pp. 200-202.

<sup>22</sup> Como exemplo, pode-se citar o mercado farmacêutico: “Em países de baixa renda a vasta maioria não está disposta a pagar por medicamentos efetivos simplesmente porque não são capazes de pagar. Nações de baixa renda precisam de mais discriminação de preços – e de preços mais baixos – para poderem pagar os remédios mais efetivos do mundo (tradução livre)”; WAGNER, Judith L.; MCCARTHY, Elizabeth. International Differences in Drug Prices. Annual Review of Public Health 25, 2002, p.475.

<sup>23</sup> No mercado farmacêutico, por exemplo, a discriminação de preços aumentou o bem-estar dinâmico por causa dos efeitos positivos em pesquisa e desenvolvimento. HAUSMAN, Jerry A.; MCKIE-MASON, Jeffrey. *Price Discrimination and Patent Policy*. RAND Journal of Economics 19, 1988, p. 475.

<sup>24</sup> “A razão pela qual a discriminação de preços pode intensificar a concorrência é que com a precificação uniforme, as empresas iriam competir apenas pelos ‘consumidores marginais’ enquanto que, através da discriminação de preços, as empresas podem competir por todos os consumidores, incluindo aqueles com forte fidelidade pela marca do concorrente (tradução livre)”. PAPANDROPOULOS, Penelope. How should price discrimination be dealt with by competition authorities?. Concurrences – Revue des droits de la concurrence, 2007, pp. 36.

<sup>25</sup> Um exemplo de abuso do consumidor por parte dos *players* dominante ocorre quando os consumidores estão presos a um único fornecedor e este usa seu poder de mercado para segmentar os consumidores em grupos e maximizar a extração do excedente.

concorrente<sup>26</sup>; (iii) o aumento das barreiras de entrada e de expansão, tornando a entrada e a expansão difíceis ou extremamente custosas<sup>27</sup>; (iv) a impossibilidade de que rivais menores ou novos entrantes atinjam uma escala eficiente; (v) a manutenção e suporte de outras práticas predatórias ou excludentes<sup>28</sup>; e (vi) a influência adversa na concorrência a jusante.

Além disso, no contexto da discriminação de preços *online*, a Autoridade Concorrencial do Reino Unido destacou diversas hipóteses nas quais a discriminação de preços pode prejudicar os concorrentes e os consumidores<sup>29</sup>, a saber: (i) quando a prática é adotada por um monopolista; (ii) quando a forma da discriminação de preços é tão complexa que os consumidores não possuem ciência sobre a mesma; (iii) quando o custo de implementação da discriminação é tão alto que aumenta os preços; e (iv) quando gera uma queda da confiança dos consumidores nos mercados *online*.

Então, o que devemos fazer? Tradicionalmente, as autoridades concorrenciais têm se preocupado com práticas de discriminação capazes de

---

<sup>26</sup> A Comissão Europeia reconheceu no caso AKZO como a discriminação “*between similarly-placed customers is expressly prohibited (...) when it places certain firms at a competitive disadvantage*”. O efeito anticompetitivo da diferenciação de preços praticada pela AKZO “*involved not so much direct injury to customers but rather a serious impact on the structure of competition at the level of supply by reason of its exclusionary effect*”. Decisão da Comissão Europeia no Caso 85/609, ECS/AKZO, Dezembro de 1985, parágrafo 83.

<sup>27</sup> A autoridade concorrenciais do Reino Unido, por exemplo, declarou que “quando uma empresa usa os dados do consumidor para separar os diferentes grupos de consumidores e oferece diferentes preços para cada grupo, pequenas ou novas empresas não teriam uma base substancial de clientes, e podem ser incapazes de competir atingindo consumidores através da oferta de preços menores (tradução livre)”. Competition and Markets Authority. *The Commercial Use of Consumer Data*. Londres, p. 87.

<sup>28</sup> “Price discrimination can also be an instrument to implement predatory pricing. Indeed, it can reduce the costs of the strategy and therefore, make it profitable to predate when it would not be profitable if the dominant firm could not price discriminate.” PAPANDEPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*. *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2007, pp. 36.

<sup>29</sup> Office of Fair Trading. *The Economics of Personalised Pricing*, May 2013. Disponível em: [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/sha\\_red\\_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/sha_red_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf) .

excluir rivais dos mercados ou de distorcer a concorrência no mercado a jusante. Entretanto, as autoridades têm sido relutantes em desafiar a discriminação de preços quando esta ocorre em mercados de consumidores finais. *A priori*, uma presunção de que a discriminação é, geralmente, competitiva e boa para os consumidores é razoável. Todavia, a partir do momento que a discriminação se torna quase perfeita, potencializando os danos causados aos consumidores, o cálculo do risco muda e, nesse caso, as autoridades e os reguladores precisam se mostrar mais abertos e mais ativos, avaliando os efeitos líquidos<sup>30</sup> da prática no mercado.

Esse cenário propicia a configuração de discriminações de preços abusivas, fazendo com que essa prática, quando implementada nos mercados digitais, possa ser prejudicial à concorrência justa. Contudo, os princípios da análise continuam os mesmos: os próprios mercados podem resolver os problemas, ou, às vezes, precisam de uma pequena ajuda, por exemplo, através da imposição de remédios como a necessidade de transparência no uso da precificação personalizada, ou ainda, oferecendo maior clareza a respeito da atribuição dos direitos de propriedade dos dados.

As preocupações decorrentes da discriminação de preços estão comumente associadas a questões concorrenciais ou de proteção consumerista. Em muitos casos, as políticas públicas devem ser capazes de endereçar essas preocupações individualmente. Quando a discriminação de preços prejudica um grupo protegido ou atravessa a linha de um comportamento fraudulento, a legislação já existente - de antidiscriminação, de concorrência e de proteção do consumidor - fornece uma ampla gama de ferramentas capazes de corrigir o problema.

Ao longo do trabalho, pôde-se perceber que a prática de discriminação de preços implica em questões muito complexas e, portanto, a análise concorrencial dos efeitos dessa estratégia não nos possibilita chegar a conclusões simples e banais. De um lado, não existem fundamentos sólidos o suficiente para se sustentar a proibição completa da discriminação de preços, por outro, não se pode perder de vista os efeitos perversos que essa prática pode causar nos mercados *online*.

Desse modo, antes que se defenda uma intervenção estatal através do recrudescimento da legislação no tocante à regulação da discriminação de

---

<sup>30</sup> Os efeitos líquidos de uma prática referem-se à comparação entre os efeitos anticompetitivos de um lado e as eficiências “compensatórias” decorrentes do ato ou conduta, de outro lado.

preços *online*, sustenta-se a necessidade da avaliação casuística a fim de se determinar os efeitos da prática no bem-estar do consumidor. Ademais, essa avaliação deve ser feita levando em conta não apenas os princípios da análise econômica clássica, como também as considerações da Economia Comportamental.

Em suma, os princípios de análise da prática de discriminação de preços permanecem os mesmos, tanto nos mercados tradicionais quanto nos mercados *online*. É de extrema importância ressaltar, contudo, que qualquer intervenção através da legislação concorrencial não deve endereçar problemas de ordem de justiça social ou outros objetivos políticos. É imprescindível que haja cuidado com a intervenção da máquina estatal na economia, especialmente no que diz respeito aos incentivos à inovação. Nesse aspecto, não se pode perder de vista que uma intervenção indevida e precipitada é capaz de desestimular avanços tecnológicos de extrema utilidade para os consumidores e para a sociedade em geral.

### Referências bibliográficas

BAUMOL, William J; SWANSON, Daniel G.. *The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power*. 70 *Antitrust L.J.*, 2003

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)

CADE. *Nota Técnica nº 13/2017/CGAA3/SGAI/SG/CADE*. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa, Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp

Câmara dos Lordes, Comitê Selecionado da União Europeia. *Online Platforms and the Digital Single Market*. 10º Relatório da Sessão 2015-2016, 2016. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldecom/129/129.pdf>

Competition and Markets Authority. *The Commercial Use of Consumer Data*. Londres

Decisão da Comissão Europeia no Caso 85/609, ECS/AKZO, Dezembro de 1985

ELFAND, Ross E. *The Robinson-Patman Act*. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/young\\_lawyers/publications/the\\_101\\_201\\_practice\\_series/robinson\\_patman\\_act.html](https://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/robinson_patman_act.html)

EZRACHI, Ariel; STRUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016

HAUSMAN, Jerry A.; MCKIE-MASON, Jeffrey. *Price Discrimination and Patent Policy*. RAND Journal of Economics 19, 1988

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

OCDE. *Price Discrimination – Background note by the Secretariat*. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf)

Office of Fair Trading. *The Economics of Personalised Pricing*, May 2013. Disponível em: [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared\\_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf)

PAPANDROPOULOS, Penelope. *How should price discrimination be dealt with by competition authorities?*. Concurrences – Revue des droits de la concurrence, 2007

PEEPERKORN, Luc. *Price Discrimination and Exploitation*. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law, 2008

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998

STAVINS, Joanna. *Price Discrimination in the Airline Market: The Effect of Market Concentration*. The Review of Economics and Statistics Vol. 83, n.º. 1 (Feb., 2001)

União Europeia. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)

United States of America. *The Sherman Antitrust Act*. 1890

WAGNER, Judith L.; MCCARTHY, Elizabeth. *International Differences in Drug Prices*. Annual Review of Public Health 25, 2002

*Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information*. Wall Street Journal, 2012. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>

WEINTRAUB, Eliot R. *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html>