



AS (NOVAS) ESTRATÉGIAS DOS PROGRAMAS DE FIDELIDADE E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Luan Henrique de Oliveira Franco * - Luan.franco@live.com

Eduardo Antônio Pires Munhoz **- profedumunhoz@gmail.com

Márcio Roberto de Castilho Leme ***- marcio.leme@athonedu.com.br

Resumo: Esse trabalho tem como objetivo explicar a relação de contrato formada entre os programas de fidelidade e seus clientes associados, evidenciando a abusividade de cláusulas que por vezes acabam restringindo o resgate das milhas e dos pontos por serviços e produtos. Utilizando dos métodos como o dialético e dedutivo, será iniciado da generalidade das companhias que desenvolvem caminhos cada vez mais agressivos na captação de leads, evidenciando que as milhas e pontos não representam recompensas gratuitamente como muitos imaginam, mas sim créditos adquiridos de forma onerosa ao consumidor, ainda que travestido, concluindo com o desequilíbrio injustificado promovido por essas companhias aos clientes, sejam eles fidelizados ou não.

Palavras-Chaves: Programas de Fidelidade; Regulamentos; Cláusulas Abusivas

Abstract: This work aims to explain the contractual relationship formed between loyalty programs and their associated customers, highlighting the abusiveness of clauses that sometimes end up restricting the redemption of miles and points for services and products. Using methods such as dialectical and deductive, most companies will start developing increasingly aggressive paths in attracting leads, showing that miles and points do not represent free rewards as many imagine, but credits purchased costly to the consumer,

even if disguised, concluding with the unjustified imbalance promoted by these companies to their customers, whether they are loyal or not.

Keywords: Loyalty Programs; Regulations; Abusive Clauses

1. Introdução

Nos dias atuais, nossa sociedade está mais do que nunca inserida em uma bolha de consumo globalizado, e é dentro dessa bolha que o e-commerce tem alçado cada vez mais espaço enquanto se mantém focado nas dores do consumidor. Fica evidente um marketing de ascendência cada vez mais agressivo praticado por esses fornecedores que tem como retaguarda plataformas de fidelização de clientes cada vez mais modernas e automatizadas, prontas para dispararem campanhas publicitárias visando o incentivo ao consumo através de contrapartida em benefícios futuros, como milhas, passagens e até mesmo produtos que poderão ser adquiridos quando somadas uma determinada quantidade de compras suficientes.

Todavia, nem sempre o anseio que é cultivado por essas empresas e seus programas de fidelidade se torna realidade, gerando como consequência uma autêntica crise de confiança nos consumidores que esperam os referidos benefícios. De fato, isso se dá em um contexto de fragilidade do consumidor – situação escrutinada de maneira inescrupulosa pelas empresas através de captação de informações pessoais dos clientes, como sites mais acessados, produtos pesquisados recentemente e horários em que mais acessa a internet – e dissimula um método frágil e muitas vezes despercebido pelos consumidores em geral: a cobrança disfarçada de tais pontos e milhas.

Deste modo, refletimos, serão os programas de fidelidade grandes facilitadores e distribuidores de prêmios e vantagens de forma plena ou não passam de meros disparates, encapotando contraprestações e imputando ao consumidor de maneira inconsciente, dificuldades abusivas e restringindo e limitando seu acesso aos prêmios e vantagens?

É por esse caminho, olhando por uma perspectiva inferior, nesse caso, restrita ao consumidor nessas relações contratuais, o presente artigo almeja evidenciar que essas ofertas por parte dos programas de fidelidade, ao invés de ser uma concessão de vantagens ou bônus, ou seja, a título de mera liberalidade, é na verdade em sua essência, mera atividade remunerada de forma indireta e comercialização de crédito na forma de pontos.

O artigo se inicia com uma análise do consumo utilizando os métodos de fidelização nesse contexto pós-moderno. Na sequência, de maneira rápida, aborda-se a prática dos

programas de fidelidade. Logo após, exploramos o âmago do tema, com uma discussão acerca do arranjo de remuneração dos programas de fidelização e as práticas abusivas exercidas.

2. A sociedade de consumo

Nossa sociedade atual, alicerçada em um tipo de consumo determinado como pós-moderno adotou um modelo globalizado, massificado e pautado pela informação imediata, abandonando aquele modelo de concepção com a predominância da igualdade formal e relação contratual personalista. Bombardeado de todos os lados com impulsos e sugestões de que para manter a posição social em que se almeja será necessário consumir produtos por determinadas lojas, e com receio de ficar em posição social inferior aos seus semelhantes no meio social em que vive, o consumidor pós-moderno passou a consumir o indispensável para manter o seu status social e não mais apenas o necessário. Isso evidencia que o consumo passa a ser um determinante para ser aceito e reconhecido no meio social em que aquele consumidor vive.

O contexto pós-moderno

Esse contexto conecta de maneira direta a influência exercida sobre o consumidor com um grande esforço de quem detém os meios de produção, tendo como consequência uma resposta mais imediata, sem deixar de lado o imediatismo, e ao mesmo tempo aliado a oferta de serviços e produtos.

O fornecedor pós-moderno projeta, desenvolve, produz e vende aquilo que corrobore com a questão do status na sociedade, bem como a aceitação. Coisas como confiabilidade e durabilidade que até tempos atrás eram coisas essenciais na hora da escolha de um produto, acabaram caindo para o segundo plano.

Desejos materiais e simbólicos

É nesse contexto de pós-modernidade que o consumo começa a tomar formas ainda não vistas antes, criando carências, desejos materiais e desejos simbólicos de maneira incessante. Desta forma, sedento por permanecer alinhado com as tendências que estão em alta e em consonância com os costumes do seu grupo social, na grande maioria dos casos, o consumidor acaba se limitando apenas a selecionar, sem ao menos pensar melhor, a opção perto do rodapé da página da internet confirmando ter concordado e aceitado os termos e condições.

Nas palavras de Claudia Lima Marques:

Aquele que era considerado o centro, o rei do mercado, perdeu a centralidade, desconstruíram e manipularam a sua vontade (ou desejos), sua liberdade de consumo é mera ilusão. Este consumidor ideal tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem, no imaginário e no jogo coletivo e paradoxal do mercado de consumo e de marketing globalizado dos dias de hoje.

3. O novo hábito de consumo

O surgimento desta nova forma de consumo tem vem abrindo espaço para uma atuação mais energética – para não dizer agressiva – da publicidade. O que se faz é induzir o consumidor a crer que o fato daquele produto ser essencial a sua sobrevivência ou não é irrelevante, importando apenas se aquilo vai lhe trazer uma posição de evidência na sociedade. O consumo parou de ser algo individual, que visa suprimir necessidades essenciais – ou não – para se tornar uma mera função social agregando status, prestígio e com estruturação hierárquica.

Jean Baudrillard, grande sociólogo e filósofo francês bem observa, a propósito:

O consumo constitui um mito. Isto é, revela-se como palavra da sociedade contemporânea sobre si mesma; é a maneira como a nossa sociedade fala. De certa maneira, a única realidade objetiva do consumo é a ideia de consumo, a configuração reflexiva e discursiva, indefinidamente retomada pelo discurso cotidiano e pelo discurso intelectual, que acabou por adquirir força de sentido comum. A nossa sociedade pensa-se e fala-se como Sociedade de Consumo. Pelo menos, na medida em que consome, consome-se enquanto Sociedade de Consumo em ideia. A publicidade é o hino triunfal desta ideia.

Além do mais, como advento de novas tecnologias, o fenômeno já consolidado da globalização e a consolidação das redes de internet ultra velozes para transfego de dados e informações modificam por completo a forma de consumo da sociedade. Para adquirir produtos e serviços, que antes demandavam horas de deslocamento, agora podem ser realizadas quase que instantaneamente, pelo computador ou celular, com um mero toque na tela. Tudo isso dentro de um contexto criado para a tomada de decisões de maneira imediata, sem sequer haver a preocupação com a leitura e entendimento das regras daquela relação contratual de consumo que está se firmando.

4. A volatilidade do consumo hodierno

Essa perspectiva contribui de forma considerável para a inconstância do consumo contemporâneo: ao comprar um produto ou contratar um serviço, o consumidor atual está mais preocupado em satisfazer o seu desejo em ter a sensação do “prazer de consumir”, repercutindo positivamente nos seus sentimentos relacionados ao bem adquirido, e apenas em segundo plano, vem a tona características até então consideradas essenciais no momento de escolha e aquisição de um produto, como sua durabilidade, usabilidade, garantia, riscos, questões de ordem técnica como assistência autorizada, custo de reparo, dentre outros. É afirmar: O consumidor busca de maneira intrínseca a sua satisfação plena na aquisição de determinado produto ou serviço de marca, sem ao menos se questionar muitas vezes a respeito da efetiva utilidade que ele trará para a sua vida.

A respeito disso, nos instrui Fábio Manoel Fernandes de Albuquerque et al:

Estudos revelaram que o consumo também é determinado por características intangíveis do produto, que encantam e incitam o desejo do consumidor de acordo com suas preferências pessoais, comportamentos e capital cultural [...]. Esses elementos compõem a ordem subjetiva da compra, que incorpora também afetos, sensações e prazeres, que vão além da significação racional ou econômica do consumo (Strehlau, 2008). Um dos aspectos subjetivos mais importantes do consumo está no sentimento hedonístico que compreende as ações que vão do desejo até a busca do produto, a conquista e o prazer em consumir, onde o indivíduo acrescenta à necessidade do produto, um certo tipo de prazer pessoal em consumir (Allérès, 2006). Esta necessidade não está baseada na utilidade dos bens escolhidos, mas sim na sensação de desfrutar dos valores simbólicos atribuídos ao consumidor mediante a aquisição da mercadoria como status, distinção, auto-realização e prazer (Leão e Souza Neto, 2003). [...] os consumidores procuram diversão, fantasia, excitação, estimulação sensorial, e gozo em suas atividades de consumo. Motivações hedônicas no consumo são fundamentais para a compreensão do comportamento de compra dos consumidores uma vez que mantêm uma base subjacente que se faz presente no fenômeno do consumo (Babin et al., 1994). Consumidores procuram benefícios hedônicos, que fornecem uma experiência prazerosa (Bridges e Florsheim, 2008). Conceitualmente, consumo hedônico pode ser entendido como as facetas do comportamento do consumidor que estão relacionadas com aspectos multisensoriais, fantasiosos e emocionais na interação do indivíduo com produtos e serviços (Hirschman e Holbrook, 1982), tendo como resultado uma experiência de prazer, divertimento, fantasia e estimulação sensorial vivenciados

durante o consumo e com fim em si mesmo (Ahtola, 1985; Babin et al., 1994; Addis e Holbrook, 2001). (2010).

Sempre atentas a este cenário, as grandes companhias obtêm com as ferramentas dos programas de fidelidade de clientes a receita perfeita para o lançamento de campanhas de publicidade que tornem o consumo mais funcional, colocando o consumidor em um ambiente de imersão em que possa ser facilmente seduzido e cativado pelas recompensas que nesse ponto passam ser consideradas como indispensáveis, colaborando na experiência de proporcionar uma satisfação de prazer e satisfação ao consumidor. Isso só é possível porque o mesmo é claramente induzido a crer que está recebendo um importante reconhecimento por parte da empresa por ter se fidelizado a ela.

Nesse mesmo caminho, nos traz Cíntia Buarque de Souza Costa:

Sharp e Sharp (1997) conceituam programas de fidelidade como meios operados de forma a alcançar benefícios claros para a empresa, possuindo como idéia básica recompensar os clientes por suas compras freqüentes e com isso encorajar a sua lealdade. Deste modo, o programa de fidelidade torna-se uma das inúmeras estratégias utilizadas pelas empresas para envolver o cliente e buscar a lealdade a sua marca (FLORES e DAMACENA, 2008). Os programas de fidelidade são separados de outras formas de promoções por sua natureza de longo prazo e ênfase deliberada na preservação de retenção de clientes e intensificação da freqüência de compra (Sharp e Sharp, 1997). [...] Para Hallberg (2003) os consumidores de programas de lealdade são recompensados por suas compras com vários incentivos, principalmente produtos ou serviços complementares ou outros presentes, mas também através de seu reconhecimento como um cliente valioso para a empresa. (2011, p. 19-20).

5. Os novos associados

A propósito, analisando a quantidade de novos associados, a quantidade de pontos ou milhas acumulados e o resgate destes por produtos e serviços, cresce ano após ano em proporções significantes. Para podermos enxergar esse crescimento através de dados, utilizando a base da ABEMF do ano de 2017 é possível ver um crescimento de mais de 20% nos cadastros de novos clientes e mais de 25% a quantidade de pontos e milhas acumulados nas contas desses programas de fidelização. Com base nessa análise é possível confirmar e afirmar o potencial desse mercado, que mesmo apesar de um cenário de crise econômica a época dos estudos, não parou de crescer.

Nesse meio tempo, fica evidente que o principal ponto de foco e atenção de quem institui um programa de fidelidade não é o de distribuir bônus, mas sim de ter uma fonte de receita extra com o lucro indireto proporcionado pela fidelização, agregando valor ao produto e marca, além de intensificar as compras pelo mesmo cliente, dentre diversos outros.

Nesse sentido, aponta Cristina Moutella

Segundo Philip Kotler, guru de Marketing, conquistar novos clientes custa entre 5 a 7 vezes mais do que manter os já existentes. Então, o esforço na retenção de clientes é, antes de tudo, um investimento que irá garantir aumento nas vendas e redução das despesas. Clientes fiéis são muito mais propensos a comprar através de mais de um canal (telefone, loja, internet, etc) e tendem a consumir mais. E quanto mais fiéis, maior a vida útil da carteira de clientes da empresa, menor o custo de recuperação de clientes e maior valor financeiro agregado à marca. (2002, p. 5, grifos nossos).

Diante desses fatos, o consumidor se enxerga face a uma vulnerabilidade informacional e jurídica em um processo progressivo tendo em vista o avanço das ferramentas de marketing, além da distorção propiciada pelos programas de fidelização que cria uma falsa noção de proporcionalidade e equivalência entre a recompensa e a fidelidade, por meio dos canais de comunicação que enfatize de maneira abstrata a gratuidade, como dar, vantagens, benefícios, bônus, presentes e ofertas. Com isso, é gerado no consumidor uma expectativa que vai completamente no sentido inverso ao efetivamente ofertado, fazendo com que no passar do tempo a frustração do consumidor se torna constante ao perceber que essa recompensa não é algo equivalente se comparado as limitações e condições impostas para o resgate do produto.

Com base nos fatos já citados, Marques corrobora com o entendimento da gratuidade ser algo distante nessa relação:

Hoje, pois, juridicamente, a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. Também economicamente esta denominada gratuidade é ilusória. É justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia econômica dos chamados serviços, utilidades ou promessas gratuitas, o que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestares futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. (MARQUES, 2000, p. 101, grifos no original).

Por mais que a recompensa garantida ao cliente esteja em princípio ligada intrinsecamente a gratuidade e a sensação de liberalidade aparente, os fatos são que o fornecedor tem remuneração indireta, além de que, no mínimo isso servira como chamariz para incentivar o consumidor a adquirir mais produtos do ofertante. Permanecendo nesse caminho, joguemos luz ao fato de que a remuneração indireta é associada em contexto ao artigo 3º, parágrafo 2º do CDC, pois ele define o serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, e não limita as formas de pagamento às contraprestações diretas, desta forma ele acaba englobando também também ganhos indiretos, como o já citado aumento de lucro devido a manutenção de uma base de clientes fidelizada.

Maximiliano aborda essa questão de uma forma bem nítida:

Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit: quando a lei quer, determina; quando não quer, guarda silêncio. [...] Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir. Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do interprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual e, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. (2011, p. 198-201).

Seguindo o exposto acima, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. [...] O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. [...] (GBRASIL, 2012, grifos no original).

Todavia, mesmo com esse posicionamento consonante e majoritário dentro a doutrina e jurisprudência acerca da relação contratual de consumo e prestação de serviços entre o consumidor e o fornecedor dos programas de fidelidade, é comum se deparar com regulamentos em completa ou parcial desconformidade com os princípios consumeristas

6. Os programas de fidelidade e a discriminação

Ao contrário do divulgado, existem muitas situações em que os programas de fidelidade extrapolam nos contratempos ao consumidor, o prejudicando com imposição de dificuldades ou até mesmo impedindo direitos e prerrogativas oferecidos aos clientes não fidelizados.

Pode-se utilizar como exemplo os programas de fidelidades aéreos, considerados bem avaliados pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor:

Os programas de milhagens são serviços bastante comuns oferecidos por companhias aéreas para recompensar seus clientes por sua fidelidade. Geralmente, os clientes da empresa aérea ganham pontos correspondentes à distância percorrida em seus vôos. Ao atingir uma determinada quantidade, o cliente pode comprar passagens aéreas, facilidades ou outros produtos e serviços com seus pontos. [...] Além das próprias empresas aéreas, diversas operadoras de cartão de crédito também têm seus programas de fidelidade, que funcionam de forma semelhante. Quanto mais você usa o cartão, mais pontos acumula. Uma quantidade x de pontos lhe dá direito de trocar por produtos ou serviços. (IDEC, 2013).

De modo geral, em seu início, os programas de fidelidade de companhias áreas proporcionavam aos seus clientes 2 formas de acúmulos de milhas: utilizando os cartões de créditos, podendo ser estes diretamente da companhia através do sistema co-branded ou em parceria com os programas de fidelidade de bancos, cooperativas e instituições, além da aquisição de produtos ou serviços que são comercializados diretamente pela companhia. Porém, buscando se manter no pioneirismo e competitivo no mercado, os programas se mantiveram atentos as adaptações que se mostraram necessárias para atender a demanda de uma sociedade cada vez mais ansiosa e impaciente de esperar para acumular a quantidade de milhas necessárias para a emissão de uma passagem, elaborando novas estratégias bem como formas de acúmulo de milhas. Exemplo de sucesso dessa adaptação dos programas de fidelidade é a de que ao desejar resgatar um produto ou emitir um bilhete aéreo, mas que não seja possível devido a não ter milhas suficientes para tal, o consumidor fidelizado utiliza o que acumulou e completa o valor faltante em dinheiro, tornando esta uma operação híbrida.

Desta forma, se estabelece uma transação mista, em que possui milhas acumuladas, bem como pagamento em moeda corrente. Se nos primórdios, o cliente ficava impossibilitado de utilizar suas milhas insuficientes e estas por sua vez acabavam expirando devido a ultrapassar o prazo para utilização, atualmente existe essa possibilidade de completar por um determinado valor proporcional as milhas faltantes.

Essa opção aumentou de forma exponencial os ganhos para os programas de fidelização, pois conseguiram proporcionar a viabilização de resgates mais rápidos, sem a necessidade de um acúmulo demorado e orgânico de pontos, afastando desse processo aquilo que o consumidor contemporâneo abomina, que é a morosidade.

Porém, se verifica que a aquisição desta forma gera clara desvantagem se comparados com aqueles que adquirem os mesmos produtos de maneira regular, sem utilizar deste artifício dos programas de fidelização. Em resumo, caso utilizar as milhas como forma de pagamento seja ela total ou parcial, o cliente fidelizado vai se submeter a uma infinidade de injustas limitações.

Vejamos exemplos para aquisição de passagens aéreas:

12.2. O resgate de Bilhetes Aéreos está condicionado à existência de assentos disponíveis para emissão com Milhas Smiles, de acordo com as regras de disponibilidade definidas pelas Parceiras aéreas. O Participante do Programa Smiles deve estar ciente que os assentos podem estar esgotados no momento em que ele desejar efetuar o resgate do Bilhete Aéreo. (SMILES, 2017).

3.4. Com a antecedência aplicável, o Cliente deverá efetuar e confirmar sua reserva no voo da LATAM de seu interesse, informando, obrigatoriamente, que irá utilizar Pontuação decorrente deste Programa e indicar a data e horário do voo e classe de sua escolha na aeronave. A reserva será realizada exclusivamente nas classes de reservas específicas para este tipo de utilização, ficando a mesma condicionada à quantidade de pontos disponíveis na conta do Cliente para emissão e/ou da disponibilidade de assentos no voo e na data escolhidos, dessa forma, caso o Cliente não possua saldo suficiente para emissão ou a classe de reserva para utilização de Passagem-Prêmio não esteja disponível no voo escolhido pelo Cliente, a reserva não poderá ser realizada, mesmo havendo disponibilidade de lugar em outras classes de reserva. Após a reserva, a emissão da Passagem- Prêmio será imediata. (LATAM, 2017).

Não existe motivo plausível que faça o fornecedor restringir o uso de milhas como forma de pagamento a condições completamente descabidas, tornando essa muitas vezes uma modalidade não tanto atrativa, indo completamente na contramão do seu principal objetivo, que é recompensar o consumidor que se fideliza. É dizer que as milhagens não trazem ao cliente fidelizado vantagens em relação dos não fidelizados. Não há por que impor dificuldades quanto ao uso de milhas como forma de pagamento em condições iguais condições a daqueles não fidelizados. Ações nesse sentido implicam em clara ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Nesse sentido, Mello bem observa:

[...] 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. [...] É certo que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida. [...] Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar e a impossibilidade de desequilibrados fortuitos ou injustificados. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimidas para os atingidos. Por isso Pimenta Bueno averbou em lanço de extrema felicidade: “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”. (2000, p. 17-18, grifos no original).

E arremata:

Por último, registre-se que o respeito ao princípio da igualdade reclama do exegeta uma vigilante cautela, a saber: Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequilibrador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar. Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os discrimens. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais. (2000, p. 42, grifos nossos).

Elucidando o que foi trazido pelo autor acima, para que o programa de fidelidade possa tratar de maneira diferente aqueles que são seus clientes e os que não são, o mesmo deve apresentar - ou ao menos deveria - distinções minimamente justificáveis, baseadas em fundamentos e critérios legais. No entanto, acontece uma inversão de valores, afinal o cliente assíduo que é quem naturalmente deveria ter os benefícios e direitos ampliados é aquele que é prejudicado por medidas que restringem injustificadamente o uso dos seus pontos e milhas.

7. A desequiparação nos resgates

O que em princípio deveria justificar a desequiparação, acaba produzindo o efeito contrário: o resgate é dificultado, com uma imposição de diversas restrições, quando na verdade, deveria ser facilitado devido a fidelização. Com isso esse cliente percebe que o programa de fidelidade não é tão benéfico quanto ele pensava. Isso nitidamente representa um descumprimento do princípio fundamenta da isonomia, tornando esse princípio vazio.

Ressaltando que é princípio geral de direito que a lei não tenha palavras inúteis, pelo que bem a propósito é o esclarecimento de Brett Kavanaugh, juiz associado da Suprema Corte dos Estados Unidos:

If possible, every word and every provision is to be given effect (*verba cum effectu sunt accipienda*). None should be ignored. None should be needlessly be given an interpretation that causes it to duplicate another provision or to have no consequence. (2016, p. 2.163) 1.

Ora, podemos constatar que se a lei não deve conter palavras inúteis, e ainda com mais autoridade, a Constituição Federal, esta que não dispões de ociosidades. Se trata, portanto, de algo inconstitucional e contraproducente rebaixar a segundo plano uma regra constitucional por simplesmente considerá-la inoportuna, ainda que especificamente nesse caso, trazendo assim - “*verba cum effectu sunt accipienda*” - não se presumem, na lei, palavras inúteis.

Assim nos traz Carlos Maximiliano em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*:

Verba cum effectu, sunt accipienda: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis.” Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.” As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. [...] Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. [...] Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso se não deduz, indiscutivelmente, de outros elementos de Hermenêutica, seria um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de tomar um dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica: interpretado in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua, et sine virtute operandi: “Interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”. (2011, p. 204-205, grifos no original).

Além da afronta ao ordenamento constitucional, o fato de limitar lugares no avião para quem emite as passagens com pontos ou milhas é prática vedada pelos arts. 6º, II e 39, II, do Código de Defesa do Consumidor, esse dispositivo garante a igualdade nas contratações, proibindo assim que se recuse atendimento a emissão do consumidor que deseja adquirir o bilhete com milhas em um voo que possui assentos disponíveis dentro da disponibilidade.

Esse abuso fica em evidência nas duas situações previsíveis, sendo na utilização com milhas adquiridas por remuneração indireta, pois constituem crédito exigível, quanto nas situações em que o cliente compra as milhas diretamente pela plataforma de fidelização, e como já foi exposto anteriormente, o fato de haver a compra de créditos não o torna diferente daqueles que adquiriram os bilhetes regulares da companhia aérea pois ambos arcaram com a contraprestação devida pela prestação de serviços mediante o pagamento de remuneração direta em valor nominal.

Ações como essa também violam o art. 39 inciso II do CDC. A rotina de divergências entre a prática e a teoria na hora de emitir bilhetes com milhas são opostas, principalmente se tratando de ofertas em condições que o fornecedor tem a consciência de que não será possível atender, mas mantem a oferta assim mesmo:

É o caso do advogado André Fontolan Scaramuzza, que se frustrou ao tentar usar seus pontos da TAM para emitir uma passagem para Orlando, nos Estados Unidos, no fim deste ano. Foram dois anos de programação e acúmulo de pontos. Nesse período, ele se informou sobre as condições do programa, que ressaltava a necessidade de fazer contato com a antecedência de 180 dias para os voos internacionais. Apesar de seguir as orientações, André não encontrou passagem para Orlando nem para qualquer outro destino próximo operado pela TAM ou pelas empresas parceiras nos três meses próximos da data de sua preferência. “A companhia aérea simplesmente alegou que é muito difícil viajar com pontos, principalmente para a América do Norte e a Europa, destinos praticamente impossíveis na alta temporada”, relata. (IDEC, 2010, p. 28-29).

Seguindo nessa mesma linha, ainda existe a condicional do uso das milhas para aquisição de passagens somente de ida e volta, sem a opção de emissão de apenas uma ou outra, ferindo assim o art. 39, I, do CDC (BRASIL, 1990):

A jornalista Cynthia Costa, que costuma viajar bastante, mas nunca tinha resgatado suas milhas, teve uma primeira experiência traumática. Ela desembolsou 60 mil pontos do programa de fidelidade da TAM por uma passagem para Paris em um voo com duas escalas. Mas um dia de extensos congestionamentos na cidade de São Paulo a fez perder o voo. “Eu não pude remarcar, nem entrar em lista de espera. Mas o problema maior foi que perdi também a passagem

de volta. Ficamos extremamente presos com a milha. Parece que a empresa está fazendo um favor para nós, clientes de muitos anos”, conta, irritada. [...] “Só consegui comprar outra passagem pelo telefone. Os funcionários do balcão no aeroporto são extremamente frios. Tinha gente chorando porque perdeu o voo, inclusive estrangeiros, e eles não sabiam lidar com a situação. Só diziam que não havia passagens disponíveis”, lembra Cynthia. [...] segundo a empresa, a emissão de bilhetes para voos para a Europa e os Estados Unidos, assim como para os voos operados por companhias aéreas parceiras, é limitada, e o consumidor só pode fazer a remarcação das passagens de ida e volta juntas, nunca separadamente. Como Cynthia optou por comprar uma nova passagem de ida, não pôde remarcar a passagem de volta. E, assim, 60 mil pontos foram desperdiçados. (IDEC, 2010, p. 29, grifos no original).

Sendo assim, se um cliente for emitir uma passagem mas não consiga devido a não existir mais disponibilidade de lugares emitidos com pontos, mas mesmo assim existir lugares disponíveis nesse mesmo voo para clientes que paguem com dinheiro ao invés das milhas, este deverá ingressar com a ação de obrigação de fazer com fulcro no art. 247 do Código Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme bem explica Marli Sampaio em seu artigo para a Revista de Direito do Consumidor:

De fato, a prestação de emitir o bilhete de passagem aérea, no momento que o consumidor alcança a contagem de pontos, é imposta à companhia aérea, com a qual ele vem contratando e em face de quem ele detém um crédito. Somente por ela ou sua sucessora se tornará exequível a prestação, porquanto somente ela poderá creditar os pontos do consumidor e emitir os bilhetes, já que dificilmente outra companhia aceitará dar cumprimento à prestação que a outra está adstrita.

Desta forma, observamos que independente da perspectiva de análise, ela se mostra sem fundamento jurídico ou fático a abusiva restrição do uso das milhas, na medida em que as respectivas cláusulas que assim determinam acabam por ocasionar uma injusta discriminação, se colocarmos em comparação o cliente fidelizado e o não. De nada adianta adquirir pontos e milhas se, ao optar pelo pagamento exclusivamente em dinheiro, o consumidor acaba tendo mais direitos do que se escolher a fidelização.

8. Considerações Finais

A sociedade pós-moderna se define pela inconstância e fragilidade das relações, aí se inserindo as consumeristas. O consumidor não mais restringe seu consumo ao necessário para seu sustento, hoje ele vai além, seu consumo tem como prioridade a satisfação do seu ego e prazeres, ele busca um reconhecimento do grupo social em que vive.

Esse cenário é explorado pelas empresas que gerem programas de fidelidade, que asseguram ao cliente fidelizado recompensas que associadas a uma boa estratégia de marketing, transmitem a ideia de objeto de satisfação de prazer e bem-estar procurados pelo consumidor. Nesse sentido, o alcance de pontos pelo cliente que faz parte do programa de fidelidade é, na verdade, parte de uma estratégia de remuneração indireta das empresas: o consumidor é uma expectativa de obtenção de recompensas, traduzidas na troca de pontos e milhagens por produtos e serviços futuros, as quais são apresentadas como prêmios, vantagens, bônus e assemelhados.

Diferente do que pode parecer, a concessão de benefícios através dos pontos não é mera liberalidade da empresa, ela indiretamente tem ganhos conforme as relações de consumo são celebradas com as empresas parceiras que são um requisito obrigatório para o recebimento dos pontos. Levando isso em consideração, os pontos e milhas são como uma contraprestação, uma vez que o consumidor está agregando valor a marca, bem como alavancando o faturamento da empresa.

Limitar de maneira excessiva a utilização dos pontos e milhar de maneira que fique muito mais interessante o pagamento através de dinheiro em espécie evidencia e escancara a diferença no tratamento dos clientes fidelizados e dos não fidelizados.

Podemos considerar ainda como abusiva o fato da aceitação de milhas como forma de pagamento seja muito mais oneroso e restrito ao consumidor do que outras formas de pagamento. Não se pode restringir os direitos do consumidor que quer se valer de uma forma de pagamento oferecida pela própria empresa ou de seus parceiros, levando em consideração que seja ele fidelizado ou não, ambos possuem as mesmas prerrogativas.

9. Referências

ABEMF. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DO MERCADO DE FIDELIZAÇÃO. Disponível em: <http://www.abemf.com.br>. Acesso em: 22 set. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set 2021.

Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

LATAM. Regulamento do Programa Latam Fidelidade. Disponível em: https://www.latam.com/Fidelidade/regulamento_v2.pdf. Acesso em: 27 set. 2021.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

SMILES. Regulamento do Programa Smiles. Disponível em: <https://www.smiles.com.br/regulamento/2021-v2>. Acesso em: 27 set. 2021.

TUDO AZUL. Regulamento do Programa Tudo Azul. Disponível em: <https://tudoazul.voeazul.com.br/web/azul/terms-and-conditions>. Acesso em: 26 set. 2021.

*** Luan Henrique Medeiros de Oliveira Franco: é discente do curso de Direito da ATHON Ensino Superior.**

**** Eduardo Antônio Pires Munhoz: é docente do curso de Direito da ATHON Ensino Superior.**

**** Márcio Roberto de Castilho Leme: é docente do curso de Direito da ATHON Ensino Superior.**