

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.467.572 - SP (2019/0072171-3)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : GUILHERME RIZZO AMARAL E OUTRO(S) - RS047975
ADVOGADOS : PATRICIA VASQUES DE LYRA PESSOA ROZA - DF020213
JULIA PEREIRA KLARMANN - SP326408
AGRAVADO : PRO TESTE ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO
CONSUMIDOR
ADVOGADO : MARLI APARECIDA SAMPAIO E OUTRO(S) - SP134739

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÕES. ESPÉCIES DE CONTRATOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA TAM FIDELIDADE. SISTEMA DE PREMIAÇÃO POR PONTOS. ARTS. 489 E 1022 DO NCPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO JULGADO. MÉRITO. TRIBUNAL LOCAL QUE ANALISOU DIVERSOS ASPECTOS DO SISTEMA DE PONTUAÇÃO DO PROGRAMA. RECONHECIMENTO DE ABUSIVIDADE DE ALGUMAS DAS CLÁUSULAS. REFORMA DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE FATOS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS NºS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

DECISÃO

PRO TESTE ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR (PRO TESTE) propôs ação civil pública contra TAM LINHAS AÉREAS S.A (TAM) em virtude de cláusulas abusivas no contrato de adesão que regula o “Programa TAM Fidelidade” .

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente (e-STJ fls. 759/767).

O Tribunal bandeirante deu parcial provimento ao apelo da TAM, em acórdão a seguir ementado:

Processual. Prestação de serviços. Ação civil pública. Tutela de interesses coletivos. Alegada nulidade da r. sentença, por falta de fundamentação, bem como por inobservância de precedentes invocados em contestação. Descabimento. Decisão que abordou de forma fundamentada todas as questões relevantes ao litígio. Irrelevância da ausência de alusão nominal a cada uma das teses

Superior Tribunal de Justiça

defensivas, na medida em que afastada em seu conjunto tal argumentação pelas razões de decidir explicitadas no julgado. Precedentes mencionados pela ré, por seu turno, que não possuem caráter vinculativo, ostentando influência meramente persuasiva. Adoção de solução divergente que dispensa assim fundamentação específica a partir do confronto para com as soluções anteriores. Nulidades não reconhecidas. Apelação da ré não provida nessa parte.

Ação civil pública. Programa TAM Fidelidade.

Questionamento em torno da validade de cláusulas previstas no regulamento do plano de milhagem instituído pela ré. Pontuação que constitui aspecto accidental, com características de bonificação, de contratos de consumo onerosos celebrados pelos clientes-participantes junto à ré ou a empresas integrantes de programas de recompensa parceiros. Interesse econômico indireto envolvido na criação do programa de fidelização, por outro lado, que não tem o condão de alçar os vínculos dele derivados à condição de relações de consumo. Milhas, em si, que não constituem objeto central das relações de consumo estabelecidas entre os beneficiários e a companhia aérea. Ausência de comutatividade que, além de legitimar tratamento mais brando no tocante à viabilidade de fixação de restrições para resgate de pontos, acaba por mitigar a sugestão de desvantagem exagerada aos clientes advinda de tais limitações.

Prazo de validade de bilhetes de passagens aéreas emitidas por meio do plano de recompensas. Fixação, no regulamento, de prazo de 360 dias. Lapso inferior ao prazo legal de um ano, previsto no art. 228 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86).

Abusividade caracterizada, a despeito de se tratar de regime normativo voltado à disciplina de passagens aéreas adquiridas mediante contratos onerosos. Dever de informação da ré quanto às disposições regulamentares do plano fidelização, por seu turno, não afastado pela maior liberdade para estipulação de restrições em torno da utilização das milhas. Impugnações direcionadas contra cláusula vedatória da transmissão hereditária da pontuação, bem como em face de disposição estipuladora do prazo de dois para resgate dos pontos. Necessidade de cautela a fim de evitar ingerências nocivas nas relações econômicas.

Tutela dos direitos dos consumidores que se presta ao combate de ofensas a garantias a eles asseguradas e não à legitimação de intervenções em busca do que lhes seria mais conveniente. Proibição de transferência mortis causa das milhas que, no entendimento deste Relator designado, não se afigura abusiva, constituindo decorrência lógica do caráter personalíssimo atribuído aos pontos e da vedação de transferência da pontuação mediante ato inter vivos. Posição da turma julgadora todavia no sentido da ilegitimidade da vedação.

Superior Tribunal de Justiça

Inexistência de abuso, por outro lado, quanto à estipulação do prazo de dois anos para utilização, pelo cliente, da milhagem por ele acumulada. Lapso bienal que não se mostra incompatível para com a utilidade da bonificação. Invalidez da disposição contratual correspondente afastada. Sentença reformada apenas quanto a esse aspecto. Ação civil pública parcialmente procedente. Apelação da ré parcialmente provida (e-STJ, fl. 913/915)

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fl. 962/966).

No recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição, a TAM alegou violação dos arts. 1.022, I, II e § único, inciso II, 489, §1º, IV, e 141, do NCPC; 4º, III, 6º, V, 39, V, e 51, IV, do CDC; 112, 114, 813 e 884, do CC.

Sustentou, em suma, (1) a existência de omissão e falta de fundamentação no acórdão; (2) o acórdão recorrido extrapolou o pedido formulado na inicial por causar, como consequência, a nulidade da cláusula 1.6, independente de haver pedido nesse sentido; (3) para que as normas de proteção sejam aplicadas ao contrato de adesão, é necessário que haja efetivo abuso da posição do proponente, assim como efetivo prejuízo ao consumidor, o que não foi demonstrado, no caso dos autos; (4) inexistência de abusividade em virtude de a pontuação obtida no programa TAM Fidelidade não ser transmitida aos herdeiros do participante falecido (proibição de sucessão causa mortis dos pontos); (5) ao anular a cláusula 1.8 do regulamento o acórdão recorrido acabou por desvirtuar por completo o programa de pontuação por fidelidade; (6) os pontos oriundos do Programa TAM Fidelidade não possuem natureza patrimonial, pelo simples motivo de que não podem ser caracterizados como espécie de pagamento antecipado; (7) há equívoco no acórdão recorrido quando afirma que a impossibilidade de transmissão causa mortis dos pontos consistiria em "enriquecimento ilícito da parte".

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1025/1036).

O recurso foi inadmitido na origem, ante a inexistência de omissão e falta de fundamentação no julgado, pela inexistência de vulneração aos dispositivos legais invocados e pela incidência das Súmulas nº 5 e 7 do STJ (e-STJ, fl. 1059/1060).

No agravo em recurso especial, a TAM afirmou que seu recurso merece trânsito porque preenchidos os requisitos necessários à admissibilidade, aduzindo, ainda, que a análise de suas razões recursais não demandam reexame de matéria probatória, devendo, assim, serem afastados os óbices sumulares aplicados na origem.

Foi apresentada contraminuta (e-STJ, fls. 1088/1097).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

DECIDO.

O presente recurso não comporta provimento.

De plano, vale pontuar que o presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Da alegada omissão e falta de fundamentação no julgado

Verifica-se que as questões submetidas ao Tribunal bandeirante foram suficiente e adequadamente apreciadas, com abordagem integral dos temas e fundamentação compatível, tendo sido apresentada motivação clara e suficiente acerca dos pontos controvertidos.

E quando do julgamento do recurso aclaratório destacou inexistir vícios no julgado, tendo assentado que:

Com efeito, o questionamento da embargante em nada se relaciona com as hipóteses de omissão e contradição, tendo os pontos por ela abordados, concernentes em seu cerne à transmissibilidade hereditária dos pontos de seu programa de fidelidade, bem como à natureza jurídica de tal pontuação e a pretensa nulidade da sentença por ausência de fundamentação, sido expressa e suficientemente analisados por ocasião do deslinde do recurso, de modo que os declaratórios veiculam mero inconformismo com a fundamentação do julgado.

O v. acórdão embargado, a respeito da transferência mortis causa, foi claro e coerente ao assentar que, apesar da possibilidade em abstrato de fixação, pela instituidora do programa de fidelidade, de limitações à utilização da pontuação o que abrange, por evidente, a isenção abordada no art. 813 do Código Civil -, a proibição de transmissão hereditária acaba por colocar os clientes em desvantagem exagerada ao simplesmente impedir a utilização dos pontos por parte de seus herdeiros, tolhendo a possibilidade de gozo, pelos sucessores, de utilidades cuja fruição e não a propriedade, daí a impertinência da alusão à cláusula 1.6 do regulamento já tinham sido colocadas em momento anterior ao alcance, ainda que meramente potencial, do

Superior Tribunal de Justiça

de cujus.

Por outro lado, quanto aos alegados vícios por ausência de apreciação do caso concreto de acordo com as regras dos arts. 112 e 114 do Código Civil, nota-se que a embargante pretende, a rigor, a revisão do critério de julgamento adotado pelo decisum, com claro viés impugnativo, estranho como já dito à natureza dos embargos declaratórios.

A conclusão em torno da ilegitimidade da cláusula impeditiva da transmissão hereditária dos pontos do programa, é bem de ver, veio devidamente acompanhada de seu raciocínio norteador, de modo que não há que se falar em omissão do julgado quanto à exteriorização das etapas de interpretação jurídica percorridas para aferição da regularidade das disposições do programa de benefícios à luz do ordenamento jurídico.

Quanto às lacunas aventadas em torno do destino dos pontos ostentados por clientes que vierem a falecer se a bonificação deve ser somada à originária e eventualmente pertencente ao herdeiro favorecido ou computada de forma autônoma e do modo pelo qual a pontuação deve ser transmitida a herdeiros não inscritos no programa de fidelização -, evidentemente o v. acórdão não tinha de se manifestar a respeito de tais temas, na medida em que adstrito o objeto da demanda, a esse respeito, à análise da validade do regulamento no tocante à vedação à transmissão hereditária dos pontos; eventuais reflexos práticos da solução preconizada pela turma julgadora, além de dizer respeito a eventuais estratégias mercadológicas a serem formuladas exclusivamente pela litigante afetada, acabam por desbordar dos limites do litígio trazido à apreciação do Poder Judiciário.

Prosseguindo, no que tange à suposta nulidade da sentença por ausência de explicitação da pertinência dos conceitos jurídicos indeterminados em seu bojo invocados, observa-se que o v. acórdão apontou as razões pelas quais entendeu satisfatória a fundamentação do julgado monocrático, com a exposição dos motivos norteadores da solução por ele engendrada e a remissão, reputada suficiente pela turma julgadora, a preceitos jurídicos dados dos adequados à espécie.

No mais, tampouco se vislumbra a contradição cogitada pela embargante, uma vez que, se por um lado o julgado realmente indicou o posicionamento pessoal do Relator designado, no sentido da natureza negocial do sistema de recompensas e das características de bonificação da pontuação, por outro expôs com clareza a prevalência, junto à turma julgadora, do entendimento de que os pontos constituiriam produtos, sendo certo que, ao contrário do quanto sugerido, a razão determinante do acolhimento da irresignação manifestada contra o prazo de expiração dos pontos do plano de fidelização a saber, ausência de abusividade do prazo de validade de dois anos não se mostra incompatível com as premissas a partir das quais reconhecida a

Superior Tribunal de Justiça

invalidade da cláusula impeditiva da transmissão hereditária, questões objeto de divergência entre os integrantes da turma julgadora (e-STJ, fl. 964/966).

Observa-se, portanto, que houve manifestação clara e suficiente sobre os temas postos em debate, não havendo falar em omissão, contradição, obscuridade, erro material e/ou negativa de prestação jurisdicional.

Afasta-se, portanto, a alegada ofensa aos arts. 489 e 1022 do NCPC.

Do mérito recursal

Cinge-se a controvérsia em analisar diversos aspectos constantes das cláusulas contratuais que regem o Programa TAM Fidelidade.

Quanto ao ponto, a Corte de origem, com fulcro na situação fática da causa, destacou o seguinte:

Não se nega, esclareça-se desde logo, que as relações jurídicas estabelecidas junto a clientes a partir da comercialização de passagens aéreas pela ré estejam, a princípio, sujeitas à disciplina normativa ditada pelo Código de Defesa do Consumidor, por se tratar em tais hipóteses de vínculos contratuais cujo objeto direto e imediato se refere à aquisição ordinariamente onerosa, pelos clientes interessados na fruição das utilidades ofertadas, de serviços de transporte fornecidos pela ré no mercado de consumo.

O vínculo jurídico constituído entre os participantes do Programa TAM de Fidelidade e a companhia aérea responsável por sua criação, por outro lado, apesar de estabelecer nítido diálogo com negócios de consumo celebrados pelos aderentes em questão - seja com a própria instituidora do programa ou com outras empresas, parceiras comerciais -, não configura todavia relação que possa ser tida por propriamente de consumo, senão vejamos. O Código de Defesa do Consumidor, até mesmo desnecessário dizer, volta-se à regulação de elos negociais instituídos entre fornecedores e consumidores para fins de aquisição ou utilização, por esses últimos, de produtos e serviços por aqueles prestados. [...]

Na hipótese abordada nos autos, a concessão de pontos aos clientes inscritos no programa de fidelização realmente não constitui, tal como exposto no voto do d. Relator sorteado, mera cortesia desinteressada por parte da apelante (e tampouco a companhia aérea atribui tal qualidade ao programa), mas sim benefício com vistas em última análise a futuros ganhos financeiros indiretos a partir das operações de consumo necessárias à geração dos pontos.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, não se discute que o plano de benefícios instituído pela ré busca a fidelização de clientes junto a tal empresa por meio da concessão, de modo proporcional ao valor dos produtos e serviços por eles onerosamente adquiridos, de pontos passíveis de troca por utilidades futuras, tudo com o intuito de incentivar os beneficiários de tais pontos, em meio à ânsia neles intuitivamente gerada pela perspectiva de fruição de recompensas, à aquisição onerosa de novos serviços no caso, passagens aéreas -, a fim de fomentar, ao fim e ao cabo, a atividade empresarial desenvolvida pela companhia aérea.

O interesse econômico incontroversamente existente por trás do Programa de Fidelidade TAM não tem entretanto o condão de, por si só, alçar os vínculos dele derivados à condição de relações de consumo, na medida em que a pontuação inerente a esse programa não constitui, em si mesma, objeto central de qualquer negócio de consumo celebrado pelos clientes aderentes do programa. Explica-se.

Os pontos são concedidos, é certo, em virtude de contratos encetados junto à própria companhia aérea ou então a empresas integrantes de programas de fidelização parceiros ao ora examinado, mas a pontuação, em si, não é objeto central desses negócios jurídicos a partir dos quais pode ser gerada, correspondendo na realidade a bonificação conferida aos clientes-participantes, para além dos produtos e serviços por eles efetivamente contratados mediante os citados negócios.

Dito de outro modo, não há, no que tange à pontuação bonificadora ora analisada, a colocação concreta de qualquer utilidade no mercado de consumo à disposição de eventuais interessados, na medida em que tais pontos não configuram, de per si, o cerne prestacional dos negócios jurídicos em função dos quais são ordinariamente atribuídos a clientes, que os recebem, tal como acima já explanado, a título de bônus atrelados a relações de consumo outras, e não à guisa de satisfação de eventual objeto contratual principal.

Em adendo, a corroborar a conclusão no sentido de que os pontos relativos ao sistema de fidelização não constituem objeto imediato dos negócios de consumo firmados pelos clientes membros do programa, tem-se que os preços das passagens aéreas ofertadas pela ré que constituem fato gerador da pontuação - não variam de acordo com o perfil do tomador do serviço, se participante ou não do plano em questão, o que apenas evidencia que sequer em tese seria possível cogitar que eventual valor que se queira atribuir a tais pontos poderia estar embutido no preço das passagens.

A proporcionalidade existente entre a quantidade de pontos concedida ao cliente e o preço por ele suportado na aquisição do serviço em função do qual concedida a pontuação, por seu turno, longe de constituir indício de incorporação de eventual valor pecuniário da bonificação na composição do preço das passagens

Superior Tribunal de Justiça

aéreas, configura na realidade simples resposta lógica da empresa em termos de compensação de clientes, de modo coerente com a finalidade de fomento empresarial norteadora do plano de fidelização e até mesmo em benefício dos consumidores em geral, no sentido de recompensar tão mais intensamente quanto maior o valor desembolsado.

A ausência de perfeito enquadramento do vínculo relativo à dinâmica do plano de fidelidade no âmbito do qual a pontuação não constitui objeto central dos contratos onerosos ajustados pelos participantes do programa junto a fornecedores, mas sim aspecto negocial accidental com características de bonificação - como relação propriamente de consumo, acaba por justificar, enfim, a concessão de tratamento jurídico diferenciado aos pontos de bonificação em comparação à abordagem dada aos produtos adquiridos no mercado de consumo via contratos comutativos nos quais ambas as partes contratantes contraem obrigações prestacionais recíprocas, visando cada qual a obtenção de vantagem certa e tida por equivalente ao sacrifício assumido (e-STJ, fls. 920/923)

Desse modo, ao contrário do que sustentado pela TAM, o acolhimento da pretensão recursal, nos termos em que posta nas razões do apelo nobre, demandaria o reexame de matéria fática bem como das cláusulas do programa de pontuação TAM Fidelidade, o que encontra óbice no enunciado das Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte:

A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Nessas condições, **CONHEÇO** do agravo para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília/DF, 07 de outubro de 2019.

MINISTRO MOURA RIBEIRO

Relator