



O Tema 210 do STF e seus quadrados redondos

Não incidente aos transportes aéreos de cargas e contra seguradores sub-rogados

No excelente livro *Autoengano*, **Eduardo Giannetti** fala de pessoas com a atávica tendência de querer fazer do círculo um quadrado. Essa é uma deformadora disposição que se avoluma cada vez mais no campo do Direito. E não por causa de sua feição essencialmente dialética, mas pelos excessos da retórica que lhe é peculiar. No mundo jurídico de hoje isso se vê de modo muito especial quando falamos de Precedentes.

Precedente, a rigor, só pode ser usado em um caso simétrico ao que o gerou. Sem uma identidade de encaixe e objeto, sem a inafastável simetria, existirá não mais do que uma figura que se tenta enfiar numa fôrma que não a comporta. Haverá, pois, o fenômeno que podemos chamar (e Gianetti assim o chama) de quadratura do círculo.

Da mesma forma que a construção de um edifício não pode ultrapassar os limites do espaço de que dispõe, ou invadirá o território do vizinho, não pode o Precedente acabar esticado além do limite apenas para responder a um caso concreto, só para solucioná-lo de qualquer jeito. É o próprio caso que tem de servir de molde a sua aplicação, ou repudiá-lo se lhe faltar perfeita correspondência. Por mais óbvio que isso pareça, abundam exemplos de uso inadequado dos Precedentes.

Falo, em especial, do Tema 210 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, atualmente um dos assuntos mais polêmicos do Direito de Transportes.

Diz a tese firmada no Tema 210 (RE 636.331/RJ) que, em litígio de passageiro contra transportador aéreo por conta de bagagens extraviadas, no exclusivo contexto do transporte internacional, aplica-se a Convenção de Montreal, e não o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E, ao se aplicar a norma internacional, aplica-se também a limitação tarifada.

Parece bastante claro, para não dizer evidente, que o Tema 210 só incide... nos casos de transportes aéreos internacionais de passageiros com extravios de bagagens. Ou não?

Em que pese a clareza de três sóis a iluminar a redação proposta da tese, a resposta é: mais ou menos.

Dizem alguns que o Precedente é replicável a todo e qualquer caso de transporte aéreo internacional. Não comungamos, porém, desse entendimento. Aliás, sem embargo aos que o defendem, consideramos que é errado.

Errado porque fere a ortodoxia dos Precedentes, que pretendem estabelecer no Brasil uma cultura das mais saudáveis, e porque desconsidera situações muito particulares, como a do transporte de carga e a do segurador sub-rogado nos direitos do segurado em ação de

regresso. Sua indistinta aplicação poderá gerar grandes danos ao Direito e às vítimas de perdas anteriores.

Impossível falar em Precedente sem, ao mesmo tempo, considerar modulação, *distinguishig*, *overruling*, simetria e conceitos afins. Ou se leva tudo isso em conta, quando da análise do caso concreto, ou o sonho da cultura dos Precedentes – algo de que até sou um entusiasta –, tão importante para o fomento do ambiente de negócios, para a diminuição da judicialização, para a segurança jurídica, corre seríssimo risco de se converter em pesadelo.

Aqui, neste breve ensaio, tratemos da situação que nos é mais cara, a ação regressiva de ressarcimento ajuizada por segurador sub-rogado nos direitos e ações do dono da carga (segurado) contra o transportador aéreo internacional.

Vejamos¹:

A aplicação de Precedente (de qualquer um) envolve dos juízes atenção extrema e observação detida dos seus limites, sob pena de se desviar dos incisos III e IV do art. 927 do Código de Processo Civil.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em **juízo de recursos extraordinário e especial repetitivos**;

IV - os enunciados das **súmulas do Supremo Tribunal Federal** em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Isso se mostra particularmente importante no litígio de ressarcimento em regresso promovido pelo segurador sub-rogado nos direitos e ações do dono da carga contra o transportador inadimplente; situação que está no coração deste ensaio.

Do inciso IV, quando o autor de ação for segurador sub-rogado, porque não revogada a Súmula 188/STF, que garante a integralidade do ressarcimento, em harmonia com o princípio da indenizabilidade irrestrita (CC, art. 944²) com amparo constitucional (CF, art. 5º, V e x³).

¹ As anotações que se seguem são inspiradas em memoriais recentes, casos concretos.

² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

Do inciso III porque o precedente do Supremo Tribunal Federal (RE 636.331 – tema 210) falava de transporte de passageiros e extravio de bagagem, à luz do conflito entre Convenção de Montreal e o Código de Defesa do Consumidor, enquanto o tipo de litígio de que ora falamos envolve prejuízos comerciais indenizados por seguradora em transporte de coisas, coberta pelo manto da sub-rogação.

Antes mesmo de prosseguir que fique bem claro: não me oponho ao conteúdo do Tema 210. Acertou a Suprema Corte ao preferir a Convenção de Montreal ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e existe razão ôntica, ordenada, para aplicar a limitação tarifada relativamente às bagagens extraviadas, já que raramente dá para provar o conteúdo do que carregam e o valor que possuem.

O que se critica – e daí a *quadratura do círculo* de **Giannetti** – é sua aplicação não modulada aos casos todos de transportes aéreos internacionais com algum tipo de dano. O transporte de carga, por exemplo, sempre terá o valor da coisa previamente conhecido, por meio de muitos documentos fiéis, a despeito da questão do pagamento ou não do frete *ad valorem* (declaração expressa mediante pagamento de frete mais elevado). Sendo o autor segurador sub-rogado, ainda mais cuidado se exige, pois o segurador não é parte no contrato de transporte, não se submete aos termos da Convenção de Montreal e não pode ter seu direito de regresso prejudicado [*a aplicação desmedida do Precedente acusa forte contradição entre o Tema 210 e a Súmula 188, ambos do STF*].

Enfim, aplausos à decisão que gerou o Tema 210 — desde que não saia do campo que nasceu para regular, o transporte aéreo internacional de passageiros com extravios de bagagens. O que passar disso ferirá a ortodoxia processual (dos próprios Precedentes), afetará os conceitos de responsabilidade civil, esvaziará o princípio vetor da reparação civil integral e importará situações intoleráveis de injustiça, desequilíbrio econômico-social e prejuízos enormes ao mercado segurador, destacadamente ao que ele tem de mais valioso: o colégio de segurados.

Por isso é que nos preocupa muito o Tema 210 nos litígios de ressarcimento em regresso demandados por seguradores de cargas. Estes não se ajustam em nada ao conteúdo e ao

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

teor da decisão paradigma do julgado em repercussão geral. O fato de falarmos em cargas e em seguradores reclama uma atenção diferente.

Embora não pareça (para muitos), isso muda tudo (para todos). Tanto muda que o próprio Supremo várias vezes tratou de dizer que a situação deste caso é inteiramente distinta do precedente em que a transportadora busca encaixá-lo, à força de uma uniformização do essencialmente diferente, apenas para fugir do dever de indenizar.

Foi o que, por exemplo, entendeu o **Ministro Alexandre de Moraes (ARE 1.146.801/SP)**, em momento posterior à fixação do tema nº 210 de repercussão geral:

“No caso dos autos, inaplicável o referido precedente paradigma, pois não se trata de transporte de passageiros e de bagagem, mas de vício na prestação de serviço de transporte aéreo de mercadoria e o consequente reconhecimento **do direito de regresso da parte recorrida decorrente de contrato de seguro.**” (Grifos nossos)

E foi o que a **Ministra Cármen Lúcia**, no **RE 1252909/SP**, ressaltou, em *distinguishing* realmente exemplar:

“**Inviável a aplicação do Tema 210 da repercussão geral**, pois ausente identidade entre a matéria trazida na espécie e a tratada no Recurso Extraordinário n. 636.331, Relator o Ministro Gilmar Mendes. **Na espécie vertente discute-se direito de regresso decorrente de contrato de seguro em transporte aéreo de cargas entre companhia aérea e seguradora, não de limitação da responsabilidade de transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagens em voos internacionais.**” (*grifos nossos*)

É exatamente como entende ainda a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **Ag. Reg. no RE com Agravo 1.240.608/RJ**, acórdão de relatoria do **Ministro Ricardo Lewandowski**:

“I - A discussão em torno de eventual direito de regresso para reparação de danos decorrentes de extravio de mercadoria em transporte aéreo internacional pago pela seguradora, não se submete ao Tema 210 da Repercussão Geral.”

Ressaltando que essa é, mesmo, a jurisprudência recente da Suprema Corte, imediatamente posterior ao Tema 210, a **Ministra Rosa Weber**, no **RE 1.196.955/SP**, reforçou os termos do acórdão que a precedia e condenava a transportadora ao ressarcimento integral, asseverando que a limitação de responsabilidade de forma alguma poderia afetar a seguradora sub-rogada:



O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de **inaplicabilidade do leading case objeto do Tema 210 à hipótese em que discutido mero direito de regresso decorrente de contrato de seguro em transporte aéreo de cargas entre companhia aérea e seguradora**, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. (grifos nossos)

O **Ministro Luiz Fux**, na relatoria do acórdão do **AG.REG. no AI 822.191**, seguido pelos outros Ministros, também distingue muito bem um caso de outro:

“Por outro lado, destaco a existência de distinção entre o caso sub examine, que versa sobre danos decorrentes de falha na prestação de serviço de transporte aéreo de cargas e o consequente direito de regresso decorrente de contrato de seguro, e o leading case objeto do Tema 210 da repercussão geral (RE 636.331, Rel. Min. Gilmar Mendes), em que controvertida a limitação da responsabilidade de transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagens em voos internacionais, **não se aplicando à espécie**, por conseguinte, **a tese firmada no referido precedente**.”
(grifos nossos)

O tiro de misericórdia, por assim dizer, foi disparado pelo Ministro Gilmar Mendes – exatamente o relator da decisão paradigma (a que gerou o tema de repercussão geral), que expressamente disse que o Precedente não se aplica aos casos envolvendo cargas e seguradores sub-rogados:

ARE 1331340 / SP

Decido.

O recurso não merece prosperar.

No caso, verifico que o Tribunal de origem, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código Civil/2002), consignou que o caso dos autos distingue-se da matéria debatida no tema 210 da repercussão geral, posto que, neste paradigma, discutiu-se o direito de indenização pleiteado em caso de extravio de bagagem por transporte de passageiros quando estes são os destinatários finais do serviço prestado, enquanto que o caso dos autos se refere ao direito de regresso de seguradora que pagou indenização em razão de danos decorrentes do extravio de mercadoria no transporte aéreo de carga em situação em que a empresa contratante do seguro não é a destinatária final das mercadorias.

Logo, é simplesmente **impossível** se basear no entendimento prevalente do STF para afastar a integralidade da indenização. Ele justifica precisamente o contrário, e múltiplas vezes, por mais que o CDC não prevaleça sobre a Convenção de Montreal (Varsóvia),

aliás a única coisa que foi realmente firmada no Tema 210. Nem a limitação de responsabilidade foi estendida a todo e qualquer caso. Nem o critério da especialidade foi visto como absoluto.

Todas essas decisões estão nos limites interpretativos do art. 178⁴ da Constituição Federal e, portanto, ainda dentro do tema 210 de repercussão geral.

Isso implica dizer que, se o Superior Tribunal de Justiça e os demais Tribunais estão buscando seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal, é o caso de efetivamente afastar a limitação de responsabilidade para casos como este, fazendo valer a sólida tradição da reparação integral, na tradição mantida pela Súmula 188/STF: “*O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.*”

Ora, não há como compatibilizar a decisão com a Súmula 188 do STF — que não foi revogada e garante a integralidade do valor pago para a seguradora sub-rogada — e, ao mesmo tempo, limitar a responsabilidade do transportador no litígio contra essa mesma seguradora sub-rogada.

Ao mitigar a responsabilidade do transportador, a qualquer título, fere-se o art. 944 do Código Civil. No plano contratual, todo devedor de obrigação de resultado responde objetivamente pelo inadimplemento de sua obrigação. A reparação civil há de ser sempre ampla e integral do artigo 944 do Código Civil, a dispor, em consonância com a Lei Maior, que a indenização se mede pela extensão do dano.

Se a indenização se mede pela extensão do dano, como é possível que o extravio de uma carga segurada seja ressarcido em muito menos do valor indenizado? Isso é o oposto da extensão indenizatória prevista pelo código. É a atrofia da responsabilidade civil.

Ora, no precedente do STF havia discussão sobre extravio de bagagem. É preciso observar-lhe os limites, já assinalados pela mesma Corte que o criou. Faça-se a analogia: que bagagem traria um prejuízo de milhões de reais?

A dinâmica dos transportes é diferente. Bem diferente. Não há como justificar a limitação de responsabilidade do transportador aéreo de carga em caso de faltas e avarias, os danos derivados da desídia operacional e da incúria contratual, sobretudo quando diante dele

⁴ Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

estiver uma seguradora sub-rogada. Isso levaria possível violação do art. 732 do Código Civil:

“Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

O Código Civil prevalece sobre as convenções internacionais que pretendem contrariá-lo.

Evidentemente que a Convenção de Montreal, que praticamente bisou a Varsóvia, por impor um tarifamento diminuto, inexplicavelmente calculado a partir do peso da mercadoria, afora todo o anacronismo que o preenche e o macula, está violando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e, acima de tudo, da indenizabilidade irrestrita, que é o eixo em torno do qual gira todo o sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Vivemos no tempo dos riscos. Pode-se até mesmo falar em sociedade de riscos. Nesse tempo e nessa sociedade prepondera o direito que todo mundo tem de não sofrer danos. Direito relacionado a conceitos poderosos como prevenção, dever geral de cautela, mitigação de danos e reparação civil integral.

Não faz sentido hoje proteger protagonistas de danos, mesmo que em nome do implemento de atividade empresarial. Tem de se proteger a vítima. E quando se fala em vítima, fala-se na pessoa, fala-se também na sociedade. Daí o anacronismo da norma da limitação de responsabilidade dentro da Convenção de Montreal.

Hoje, as fabricantes de aeronaves trabalham com a ideia de risco zero. A tecnologia empregada na navegação aérea é fabulosa e os protocolos de segurança são de uma eficácia formidável. A indústria é robusta. Diante disso, qual o sentido de ainda impor uma tal limitação indenizatória, que só faz premiar o autor do dano e a prejudicar ainda mais a vítima?

Sentido nenhum. Trata-se de casuísmo e de intolerável proteção à parte mais forte do negócio de transporte, a que é imediatamente interessada e que aufere lucro.

Sempre que há um dano na execução da obrigação de transporte, sempre que a carga é avariada ou extraviada, total ou parcialmente, mostra-se invariavelmente presente o selo da desídia operacional, a estampa da incúria administrativa, a falta contratual, o signo da culpa, para muito além da presunção de responsabilidade inerente ao descumprimento de obrigação de resultado e ao manejo de fonte de risco.

De todo modo, o que se advoga neste ensaio nem é tanto o repúdio a qualquer norma limitadora, mas o correto enquadramento do Tema 210, a fazê-lo jamais incidir em litígios no transporte de cargas patrocinados por seguradores sub-rogados.

É preciso lembrar: a única coisa que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu é que, entre as normas internacionais de transporte e o código consumerista, as primeiras prevalecem sobre o segundo. Não se disse que o critério da especialidade deveria ser sempre invocado em face de todo e qualquer conflito de norma; não se firmou que a Convenção de Montreal (ou Varsóvia) se sobreponha a toda a legislação interna, a exemplo do Código Civil.

Logo, inviável é fazer uma ampliação dos efeitos do precedente que o próprio Supremo não fez — e que, aliás, ele mesmo disse ser errada, conforme as decisões dos Ministros acima mencionadas, em meio à análise que a Corte empreendeu do art. 178 da Constituição, dentro do espectro de influência do Tema 210 e, portanto, sob pena de afronta direta à Constituição.

Mesmo que o precedente fosse válido também para os casos dos quais o STF expressamente o retirou, ter-se-ia ainda por ferido o art. 22.3 da Convenção de Montreal:

3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

Indiscutivelmente há declaração de valores (ou declaração de interesse) no transporte aéreo internacional de mercadorias. Por sua própria natureza, os valores carregados são rigorosamente documentados, submetidos à apreciação de órgãos públicos alfandegários, além de previa e formalmente conhecidos pelos transportadores. Ora, conhecidos os valores, por muitos e diferentes meios documentais, desarrazoada a argumentação em favor do chamado frete *ad valorem*.



Como disse o **Ministro Bellize** na decisão do **REsp 1289629/SP**:

“[...] o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu - devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo - evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, ressaí inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria - fato expressamente reconhecido pela própria transportadora e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração, e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte, em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).”

Com efeito, o próprio conteúdo já denuncia o valor. Ou haverá quem, ao transportar algumas centenas de microchips ou computadores, duvide dos prejuízos devastadoras que advirá da perda deles?

Pouco importa a modalidade de frete pago para um determinado transporte, se *ad valorem* ou não. Não é adequado tratar tais casos sob a mesma dinâmica da decisão do Supremo; aqui, pelo contrário, a carga possui valor líquido e certo, previamente conhecido pelo transportador aéreo.

Além disso, supondo que o transportador não verifique os documentos que lhe correm as mãos, é preciso ser franco: que teria a ver com isso o mútuo que a seguradora representa e em nome do qual busca o ressarcimento?

Paga a indenização, só lhe interessa receber o que o ato ilícito a fez desembolsar para cobrir as perdas do dono da carga, para tratar das feridas de um patrimônio comum ao mútuo por ela resguardado e esfuracado pela negligência de terceiro.

Não fosse dessa forma, no confronto judicial com a seguradora sub-rogada, o transportador aéreo poderia imaginar-se eternamente protegido contra o próprio dever, coberto pela aura tépida e complacente da limitação, como se a Convenção de Montreal lhe fosse sair perdoando quase que a dívida toda. E isso seria uma aberração.

Valor conhecido, ou conhecível, é valor declarado. Ainda que a ciência se dê por outros meios, idôneo é certo, como pela consulta a faturas comerciais, exatamente como no **RE 1.242.964/SP**, em que, nas palavras do Presidente do Supremo Tribunal Federal, **Ministro Luiz Fux**: "(...) o tribunal a quo concluiu que teria havido a declaração do valor da carga transportada, circunstância que, nos termos das referidas Convenções, afasta a limitação da responsabilidade do transportador".

Além disso, prevê a Convenção que, em certas circunstâncias, a culpa verificada em atos dos transportadores lhes retira o direito de se valer dessas limitativas disposições. E, caso não se afaste a limitação em casos do tipo, haverá **violação ao próprio espírito da Convenção**, independente da modalidade de transporte.

Há quase **cem anos**, na época em que se elaborou a Convenção de Varsóvia a limitação tarifada até tinha cabimento. A indústria da navegação aérea dava os primeiros passos no ar, e os riscos se afiguravam maiores que os atuais. Com a limitação de indenizações a valores além dos quais a transportadora não pagaria, a proteção ao setor se revelava importante, até para fomentá-lo.

Hoje mais crescida e madura, a navegação aérea não se cerca mais dos perigos da infância; dispensa os cuidados especiais da lei como quem deita fora as rodinhas da bicicleta. Na atualidade, empresas que fabricam ou montam aviões trabalham com o chamado risco zero. É bem difícil um avião cair; e quando cai, a causa costuma estar ligada à fabricação da aeronave, à universal falha humana.

Era para isto que os limites da Convenção se destinavam: acidentes aéreos. Nunca pretendeu se constituir como salvo-conduto para o transportador destruir a mercadoria alheia.

Cabe uma homenagem à clássica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que sempre primou pela justiça da indenização integral, perfeitamente harmônica ao entendimento atual do Supremo Tribunal Federal:

“São inaplicáveis as indenizações tarifadas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA - art. 246 da Lei nº 7.565/1986) e na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia - Decreto nº 20.704/1931), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Decreto nº 5.910/2006), seja para as relações jurídicas de consumo seja para as estabelecidas entre sociedades empresárias, **sobretudo se os danos oriundos da falha do serviço de transporte não resultarem dos riscos inerentes ao**



transporte aéreo. Prevalência do direito à reparação integral dos danos de índole material (arts. 5º, V e X, da CF e 732 e 944 do CC). Precedente da Terceira Turma. 2. A reparação dos prejuízos causados pela perda ou avaria da mercadoria transportada deverá ser plena, principalmente se o transportador tiver ciência de seu conteúdo (art. 750 do CC). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1421155/SP, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo Internacional. Limite indenizatório. Dano moral. 1. **A perda de mercadoria em transporte aéreo internacional, causada pela negligência da empresa, deve ser indenizada pelo seu valor real, não se aplicando a regra da indenização tarifada**. 2. É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada. Recurso conhecido em parte, mas improvido. (REsp 173.526/SP, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 27/08/2001, p. 339.) (grifos nossos)

Já se mostra que a situação da seguradora, diante do tema 210, não pode ser considerada sob um único aspecto. Divergindo os fatos, a natureza das partes que demandam, não há precedente válido (art. 926⁵ e 927, III, ⁶CPC).

A complexidade que não poucas vezes envolve os desdobramentos econômicos do ressarcimento da seguradora é maior do que a de um passageiro cuja bagagem tenha sido extraviada com um punhado de roupas e meia dúzia de acessórios.

A aplicação desse precedente em um litígio de ressarcimento de seguradora sub-rogada contra transportador, por exemplo, poderia fazer com que este, causador de um dano de dez (10) milhões, pagasse algo perto de mil reais. E isso é um rematado absurdo, incompatível com o que há de mais antigo e de mais moderno no Direito, e vai atingir a espinha dorsal do sistema de seguros.

A bem da verdade, a limitação de responsabilidade, em si mesma, é uma imoralidade viva. É inclusive, anacrônica, porque, em pleno século XXI, baseia o cálculo da indenização no peso da carga.

⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Basta imaginar as novas tecnologias, que se beneficiam justamente da leveza e do tamanho diminuto: *microchips*, *smartphones*, remédios. Teria cabimento afastar toda a complexidade do mundo atual para fazer caber tão avelhantado dispositivo?

A limitação de responsabilidade deveria ganhar até outro nome, bem mais adequado ao contexto atual: a limitação do direito da vítima.

As reivindicações da seguradora não derivam do contrato de transporte, nem guardam com ele relação senão acidental, pontual e insubmissa. Decorrem diretamente da lei, em vigência do contrato de seguro e em função do pagamento da indenização.

A posição do segurador sub-rogado é muito parecida com a do dono da carga. Mas não é igual. Surge, inclusive, uma distinção processual importantíssima, a respeito da causa de pedir de um e outro.

Envolvida pelos laços da imaginação e da hipótese, a limitação de responsabilidade em relação à seguradora seria essencialmente injusta. Enquanto seria obrigada por força do contrato de seguro a pagar a totalidade dos valores sinistrados, teria direito de se ver ressarcida sempre em valor inferior ao que indenizou. A popularização de um entendimento assim traria consequências catastróficas para o mercado de seguros.

Tomando conhecimento da prevalência desse entendimento, as seguradoras seriam assim desestimuladas a prestar serviços do gênero; levadas antecipar tais prejuízos, de modo a proteger a si mesmas e ao colégio de segurados, seriam forçadas pelo aumento imediato do coeficiente de sinistralidade a elevar o preço dos prêmios pagos na contratação de seguro — e não só do seguro de cargas.

As perdas se espalhariam por todos os campos de atuação da seguradora, já que, contando com o prejuízo certo nos casos de transporte aéreo de cargas, haveria a necessidade de incluí-lo e contabilizá-lo na balança dos gastos totais.

Em suma: além de se tratar de algo carregado de patente injustiça geral, ao se levar em conta o aspecto exclusivamente matemático da coisa, não há racionalidade alguma em aplicar esse critério de limitação de responsabilidade à atuação da seguradora sub-rogada.

Por isso, insistimos contundentemente, é necessário respeitar os limites que o STF impôs ao precedente, conforme as decisões monocráticas acima copiadas.

E o respeito ocorre da mesma forma que a violação. O assunto, repetimos, é controvertido e polêmico, gera divisões entre os especialistas e já se fala mesmo em enorme dissídio jurisprudencial.

Parte da jurisprudência nacional, felizmente, tem consagrado o entendimento correto, conforme o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, de que os efeitos do julgado no RE 636.331/RJ ficam restritos ao extravio de bagagens no transporte de passageiros, em nada assemelhados aos litígios de transporte de cargas em cujo polo ativo conste uma seguradora sub-rogada.

Para defender acórdãos que aplicam com a devida modulação o Tema 210 e para combater os que assim não o fazem, elencaremos alguns, levantando-os, ombro a ombro, numa demonstração clara de que ambos, postos sobre o mesmo terreno, tratam de caminhar sozinhos para lados diametralmente opostos.

Reproduziremos, em verdade, o cotejo analítico que fizemos em um caso concreto, razões de Recurso Especial, em que enfrentamos um acórdão que aplicou indistintamente o Tema 210. Com o cotejo, pretendemos expor aos leitores o cenário atual sobre o assunto e esperamos que isso os ajudem em seu mister diário.

Vamos lá.

Em julgado recente julgado, a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em oposição a um acórdão recorrido (*e que serve de paradigma para este estudo*), disse que o precedente do Supremo Tribunal Federal não se aplicava ao transporte de cargas:

<i>Decisão Recorrida</i>	<i>(TJSP; Apelação Cível 1007465-76.2019.8.26.0002; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 19/02/2020) (grifos da Recorrente)</i>
Embargos de declaração em apelação cível. Ação regressiva movida pela seguradora em face da transportadora. Indenização por danos materiais decorrentes do extravio de mercadorias em transporte internacional. Acórdão embargado que decidiu pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor. Recursos especiais interpostos. Retorno dos autos à esta Câmara, determinado pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, nos	ACÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA POR SEGURADORA CONTRA TRANSPORTADORA DE CARGA - Cobertura do sinistro pela seguradora que sub-roga-se nos direitos da empresa segurada contra o autor do dano (arts. 349 e 786 do CC e Súmula 188 do STF) - Decadência nos termos do art. 754 do Código Civil - Descabimento - Regra que se aplica somente às relações entre transportador e destinatário da carga.



termos do artigo 1.030, II, do CPC. Tema 210 do STF. Exercício do juízo de retratação.	não às seguradoras - Relatório de sinistro convincente e elaborado por empresa imparcial que atesta o nexos causal e a perda parcial da carga - Inaplicabilidade da indenização tarifada - Não subsunção da espécie em testilha às normas de reparação tarifada ínsitas no Código Brasileiro da Aeronáutica e na Convenção de Montreal, mas sim nas do Código Civil - Tema 210, de repercussão geral, no RE 636.331, não incide no caso sub examine, dado que é restrito aos danos envolvendo os passageiros e suas respectivas bagagens - Precedentes do STF e desta Corte - Recurso desprovido, com majoração dos honorários advocatícios de 10% para 15% sobre o valor da condenação (art. 85, § 11, do NCPC).
--	--

No acórdão recorrido e em estudo, discutindo indenização por extravio de carga, optou-se por aplicar o precedente para limitar a responsabilidade do transportador, no transporte de cargas, em prejuízo da seguradora sub-rogada:

“Neste contexto, o Informativo nº 86 do STF esclareceu que a questão apreciada no julgado supracitado refere à condenação na reparação por dano material decorrente de extravio de bagagem em voos internacionais. O limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, portanto, aplica-se ao presente caso por tratar-se indenização por dano material.”

No acórdão paradigma (TJSP), discutindo indenização por extravio de carga, optou-se por **não** aplicar o precedente para limitar a responsabilidade do transportador, no transporte de cargas, em prejuízo da seguradora sub-rogada:

“Com efeito, não incide no caso sub examine, que versa sobre transporte aéreo internacional de cargas, a repercussão geral estabelecida nos RE 636.331, porquanto restrita aos danos envolvendo os passageiros e suas respectivas bagagens na prestação de serviço de transporte aéreo internacional.”

Sendo assim, a divergência é explícita. Depois, outro acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo reafirmou que o precedente não se aplica a situações como a deste caso. Ao condenar a transportador a indenizar integralmente a seguradora sub-rogada, ressaltou que não divergia do entendimento adotado no tema 210 de repercussão geral:



Decisão Recorrida	TJSP; Apelação Cível 0146113-02.2009.8.26.0100; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2019; Data de Registro: 31/01/2019)
Embargos de declaração em apelação cível. Ação regressiva movida pela seguradora em face da transportadora. Indenização por danos materiais decorrentes do extravio de mercadorias em transporte internacional. Acórdão embargado que decidiu pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor. Recursos especiais interpostos. Retorno dos autos à esta Câmara, determinado pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, nos termos do artigo 1.030, II, do CPC. Tema 210 do STF. Exercício do juízo de retratação.	<i>INDENIZAÇÃO - Dano material, com base no direito de regresso da seguradora, em razão de extravio de bens decorrente de falha na prestação de serviço de transporte aéreo de cargas - Pretensão acolhida - O julgado concluiu pela não subsunção da espécie em testilha às normas de reparação tarifada ínsitas no Código Brasileiro da Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia (Convenção de Montreal), mas sim nas do Código Civil - Reapreciação da matéria, com base no art. 1.030, II, do CPC - Tema 210, de repercussão geral, no RE 636.331 - Não incide no caso sub examine, que versa sobre transporte aéreo internacional de cargas, a repercussão geral estabelecida nos RE 636.331, porquanto restrita aos danos envolvendo os passageiros e suas respectivas bagagens na prestação de serviço de transporte aéreo internacional - Precedentes deste Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal - Retratação inviável - Acórdão mantido.</i>

Quando retornou para possível juízo de retratação o Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso estudado e ora tomado por exemplo, reafirmou os argumentos que o levaram a condenar integralmente o transportador aéreo:

“Vale dizer, o julgado concluiu pela não subsunção da espécie em testilha às normas de reparação tarifada ínsitas no Código Brasileiro da Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia (Convenção de Montreal), mas sim nas do Código Civil.

Por sua vez, é imperioso estampar o entendimento do Pretório Excelso, que foi objeto do Tema 210, de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 636.331, verbis:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento” (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/05/2017).

Com efeito, não incide no caso sub examine, que versa sobre transporte aéreo internacional de cargas, a repercussão geral estabelecida nos RE 636.331, porquanto restrita aos danos envolvendo os passageiros e suas respectivas bagagens na prestação de serviço de transporte aéreo internacional.”

Temos ainda outros julgados do Tribunal Bandeirante afastando a aplicação da Convenção limitadora [*lembrando sempre que, hoje, vige a Convenção de Montreal, cujo inteiro teor repetiu em muito a antiga, de Varsóvia, com poucos ajustes*]:

Decisão Recorrida	<i>(Apelação nº 0138288-07.2009.8.26.0100, 12ª Câmara de Direito Privado, Re. Des. Jacob Valente, j. 08/08/2018).</i>
<p>Embargos de declaração em apelação cível. Ação regressiva movida pela seguradora em face da transportadora. Indenização por danos materiais decorrentes do extravio de mercadorias em transporte internacional. Acórdão embargado que decidiu pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor. Recursos especiais interpostos. Retorno dos autos à esta Câmara, determinado pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, nos termos do artigo 1.030, II, do CPC. Tema 210 do STF. Exercício do juízo de retratação.</p>	<p><i>“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Interposição com o propósito de discutir a aplicação da Convenção de Varsóvia - Devolução à Turma Julgadora para eventual juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, inciso II do NCPC, em face do decidido no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ que estabeleceu a prevalência dos tratados internacionais sobre o CDC nos termos do artigo 178 da Constituição Federal - Repercussão Geral estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 636.331/RJ, restrita aos casos de transporte internacional de passageiros por via aérea, incluindo as respectivas bagagens - Inaplicabilidade ao caso em análise, que se trata de transporte exclusivo de carga, no qual vigora a posição do STJ, nos termos do REsp 1.289.629/SP, que estabelece a não limitação do dever de indenizar do transportador aéreo, se o dano advém de causa externa - Hipótese de devolução dos autos para a Presidência de Direito Privado para proceder o exame da admissibilidade do recurso extraordinário interposto, nos termos do artigo 258 do Regimento Interno desta Corte e artigo 104 do NCPC CPC - Decisão colegiada mantida”</i></p>
Decisão Recorrida	<i>(TJSP; Apelação Cível 1105710-85.2020.8.26.0100; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/09/2021; Data de Registro: 16/09/2021)</i>
<p>Embargos de declaração em apelação cível. Ação regressiva movida pela seguradora em face da transportadora. Indenização por danos materiais decorrentes do extravio de mercadorias em transporte internacional. Acórdão embargado que decidiu pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor. Recursos especiais interpostos. Retorno dos autos à esta Câmara, determinado pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, nos termos do artigo 1.030, II, do CPC. Tema 210 do STF. Exercício do juízo de retratação.</p>	<p><i>AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Transporte aéreo internacional. Avarias na carga transportada. Autora agente de cargas que pretende reaver o montante que pagou à seguradora em ação regressiva antecedente. Cabimento. Falha na prestação do serviço de transporte internacional de mercadorias comprovada. Convenção de Montreal. Inaplicabilidade ao caso. Prescrição e Decadência. Não ocorrência. Solidariedade. Descabimento. Reparação deve corresponder à soma efetivamente desembolsada, sem possibilidade de repartição de prejuízos ou limitação da responsabilidade. Juros de mora. Em relação contratual a incidência deve ser a partir da citação. Sentença reformada no ponto. Recurso provido em parte.</i></p>

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reforça que as situações são bem diferentes, e por isso o precedente não se aplica ao transporte de cargas com seguradora sub-rogada:

<i>Decisão Recorrida</i>	<i>TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.14.036371-5/001- RELATOR: Des. Mota e Silva j. 13.11.2018”</i>
Embargos de declaração em apelação cível. Ação regressiva movida pela seguradora em face da transportadora. Indenização por danos materiais decorrentes do extravio de mercadorias em transporte internacional. Acórdão embargado que decidiu pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor. Recursos especiais interpostos. Retorno dos autos à esta Câmara, determinado pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, nos termos do artigo 1.030, II, do CPC. Tema 210 do STF. Exercício do juízo de retratação.	EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE REGRESSO - SEGURADORA - TRANSPORTE DE CARGA AÉREO - EXTRAVIO DE MERCADORIA - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE - REJEITAR - PRESCRIÇÃO - REJEITAR - DECADÊNCIA - REJEITAR - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - MANTER - SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA AOS DIREITOS DA CREDORA INICIAL - MANTER SENTENÇA - <u>Não há que se falar em limitação do valor a ser ressarcido nos termos da convenção de Montreal, posto que a referida convenção deve ser aplicada nos casos de extravio de bagagens, e não no extravio de mercadorias referente ao transporte de cargas.</u>

A mesma divergência se observa entre o acórdão recorrido, usado aqui como modelo às avessas, e o acórdão do TJMG, no qual os Ilustres Desembargadores fizeram constar expressamente:

“A reparação civil, ampla e integral, é garantia fundamental constitucional, inatingível, ao passo que o ressarcimento em regresso, ainda mais, é o direito por excelência do segurador, o meio pelo qual o princípio do mutualismo, informador do contrato de seguro, é melhor observado e, na sua esteira, o bem social garantido. Assim, **a limitação tarifada não pode ser aplicada contra o segurador legalmente sub-rogado**, pois o interesse público se faz presente na esfera do Direito Privado e a garantia plena da sub-rogação efetivamente respeitada.”

Ora, diante desse cotejo analítico, vê-se que é imperioso dar ao Tema 210 sua correta dimensão e jamais aplicá-lo em outros casos que não os exatamente simétricos à paradigmática decisão.

Em espécie de *bullet points*, assim deixo as **conclusões**:



- 1) Não se pode falar em Precedentes sem se considerar, antes e fundamentalmente, a plena simetria entre a decisão que o gerou, paradigma, e o caso em que se pretende vê-lo aplicado.
- 2) O Tema 210 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal só se aplica aos transportes aéreos internacionais de passageiros com extravios de bagagens.
- 3) Não incide o Tema 210 em litígios envolvendo danos em cargas, muito menos quando protagonizados por seguradores sub-rogados nos direitos e ações dos seus segurados, as vítimas originais.
- 4) Decisões recentes do próprio STF, ainda que monocráticas, distinguem a situação fática que gerou o Tema 210 e aquelas dos litígios fundados em danos nas cargas e/ou demandados por seguradores sub-rogados.
- 5) Sobre a Convenção de Montreal, convém dizer que seu espírito, embora eminentemente protetor aos transportadores, reconhece que a limitação de responsabilidade não terá espaço diante da conduta temerária e do dano causado por culpa grave, conduta inescusável, para além da presunção legal de responsabilidade por inexecução de obrigação de resultado e manejo de fonte de risco.
- 6) Em que pese a polêmica em torno do chamado frete *ad valorem*, a verdade é que toda carga tem seu valor conhecido ou, pelo menos facilmente identificável, pelo rico acervo documental que acompanha todo processo de transporte internacional. O transportador, portanto, sabe de antemão o valor da carga que lhe é confiada para transporte. Há a declaração operada ainda que por outros meios.
- 7) A insistência da declaração de valor mediante pagamento de montante muito mais elevado de frete não é razoável e fere princípios fundamentais como os da boa-fé objetiva, isonomia, equidade, proporcionalidade, cooperação, função social. O transportador exige receber bem mais para cumprir fielmente o que dele se espera: arcar com a responsabilidade integral pelo dano causado. Há inegável constrangimento nisso e uma lógica invertida que fere a essência do Direito.
- 8) A despeito da discussão do Tema 210, é necessário repensar a própria norma convencional da limitação de responsabilidade. Trata-se de norma anacrônica e incompatível ao Direito brasileiro. Nascida no início do século passado, quando a indústria da navegação aérea estava em formação, havia sentido na especial proteção dos transportadores. Hoje, bisada pela Convenção de Montreal, não. A indústria é consolidada, bilionária, forte e não precisa de proteção especial. Antes, é preciso concedê-la aos usuários dos seus serviços, que pagam muito e são reféns da unilateralidade institucional.



- 9) A reparação civil integral é princípio fundamental de Direito Civil que se assenta nas garantias constitucionais, na indenizabilidade irrestrita. No tempo atual, marcado pelo risco, todo mundo tem o direito de não ser vítima de dano; mas, caso alguém se encontre em semelhante posição, deve haver dos prejuízos a integral reparação. Mais do que um princípio jurídico é, antes de tudo, um princípio moral. Especialmente aquele que lucra ao manejar fonte de risco ou assume deveres de resultado não pode se valer de critérios de limitação de responsabilidade. A limitação nada mais é do que um indevido prêmio ao autor de ato ilícito e um segundo dano à vítima.
- 10) O segurador sub-rogado não se submete aos termos do contrato de transporte nem aos da Convenção de Montreal. Seu direito deriva da sub-rogação legal, não do contrato não cumprido. É um direito nascido do Direito dos Seguros, que difere em dinâmica e amplitude do Direito dos Transportes. Por isso, tem direito de receber integralmente do causador do dano aquilo que indenizou ao segurado, não sendo cabível contra seus legítimos interesses, que são também sociais (mutualismo), qualquer discussão fora do nexo de causalidade. Aplicar o Tema 210 contra o segurador sub-rogado é ferir o enunciado de Súmula 188, também do STF, e contrariar a ordem jurídica.

Esperamos ter contribuído para os estudos de quem nos lê. E que o conteúdo deste modesto ensaio possa mesmo ter utilidade prática. O direito é dialético por excelência e aceitamos de bom grato a antítese e as críticas. Todavia acreditamos piamente nos argumentos aqui expostos e, a respeito dessa convicção, repetimos o dístico da Universidade de Salamanca: *Decíamos ayer, diremos mañana*.

Paulo Henrique Cremoneze

O autor é sócio de Machado, Cremoneze, Lima e Gotas – Advogados Associados, mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência, professor da ENS – Escola de Negócios de Seguros, presidente do IDTBrasil, membro da AIDA Brasil, membro efetivo do IASP, membro da Ius Civile Salmanticense (Espanha), articulista da Coluna Porto & Mar do Jornal A Tribuna de Santos (Grupo Globo de Telecomunicações), laureado pelo exercício ético e exemplar da advocacia pela OAB-Santos.