



Machado e Cremoneze

Advogados Associados

Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes



**Distinguishing do Tema 210 de
repercussão geral: não incidência em
litígios envolvendo transporte
internacional de carga e/ou protagonizado
por segurador sub-rogado**

A prevalência do princípio da reparação civil
integral sobre a limitação de responsabilidade
da Convenção de Montreal



Paulo Henrique Cremoneze

O autor é sócio de Machado e Cremoneze – Advogados Associados, doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito de Seguros, em Contratos e Danos e em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência (ANSP), professor-convidado da ENS - Escola Nacional de Seguros e de cursos de pós-graduação em Direito dos Seguros, membro da Lus Civile Salmanticense (Espanha), do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), da Associação Inter[1]nacional de Direito de Seguros (AIDA-Brasil), presidente da Instituto de Direito dos Transportes (IDTBrasil), vice-presidente da União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP), conselheiro da Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidade mantenedora da Universidade Católica de Santos) autor de livros em Direito de Seguros e Direito de Transportes e laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia



Rubens Walter Machado Filho

Advogado com pós-graduação em Direito Processual Civil, Administrador de Empresas, sócio-diretor do IIDT – Instituto Internacional de Direito dos Transportes, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, da ILA - Internacional Law Association (Londres), do IIDM – Instituto Ibero Americano de Direito Marítimo e da AIDA – Associação Internacional de Direito dos Seguros, CEO da MCLG Consulting and Recovery (EUA), autor de artigos publicados em revistas especializadas em seguros e transportes de cargas.



“A verdade é pesada. Por isso, poucos se dispõem a carregá-la”

Sir Winston Churchill

No segundo semestre de 2010, escrevemos este ensaio, que ora reproduzimos integralmente, a saber:

Desde que a decisão do Supremo Tribunal Federal que deu origem ao Tema 210 de repercussão geral foi publicada, temos feito estudos que se encaminharam para as seguintes conclusões:

- 1) *A decisão não alcança todos os casos de transportes aéreos internacionais, mas somente os de passageiros e com extravios de bagagens;*
- 2) *O transporte aéreo internacional de carga não se submete, necessária e automaticamente, aos seus fundamentos;*
- 3) *Há necessidade de aplicação da técnica de modulação de precedentes.*

Além disso, antes mesmo da decisão de repercussão geral, defendemos que a limitação tarifada, também chamada de limitação de responsabilidade do transportador aéreo, é norma anacrônica, sem razão de ser no tempo atual.

Anacrônica porque bis a antiga Convenção de Varsóvia que, por sua vez, remonta ao início do século passado, quando a indústria da navegação aérea mal havia nascido, era envolta em muitos riscos e necessitava de especial proteção jurídica e econômica.

Hoje é uma indústria forte, robusta, que trabalha com o conceito de risco zero

e não mais necessita de proteções especiais.

Atualmente, a navegação aérea não é mais sujeita aos riscos, e em vez disso se mostra protagonista, fonte de riscos, razão pela qual seus atores principais, os transportadores, não podem ser beneficiados com normas (contratuais, legais ou convencionais) que tenham por finalidade a redução de suas responsabilidades.

Quem assume obrigações de resultado e maneja fonte de riscos tem de responder integralmente pelos danos causados, tenham ou não agido com culpa.

Reduzir a responsabilidade do transportador aéreo é, para dizer o mínimo, danar a vítima duas vezes e prejudicar substancialmente a sociedade.

Quando o assunto é tratado segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a norma da limitação tarifada é, mais do que anacrônica, ilegal e inconstitucional, aos menos em relação ao transporte de cargas, porque fere o princípio de reparação civil integral, de que trata o art. 944 do Código Civil, e a garantia fundamental de mesma natureza prevista no rol exemplificativo do art. 5º da Constituição Federal, mais precisamente nos incisos V e X.

Os defensores da limitação tarifada alegam que ela é devida porque o dono da carga pode pagar um valor maior de frete e, com isso, garantir a reparação civil integral em caso de dano.

A alegação parece correta, mas não é. É, no máximo, uma meia verdade.

O chamado frete *ad valorem* não é tão simples de se operar e, além disso, confi-

gura um dirigismo contratual inegável. Seria uma espécie de “taxa de eficiência”, em vista da qual se paga um valor muito maior para que o devedor da obrigação de resultado simplesmente cumpra com fidelidade o seu dever. Existe até certo comprometimento moral na defesa obstinada do frete ad valorem, espécie de chantagem disfarçada de opção mercadológica.

Alegar desconhecimento do valor do bem confiado para transporte, como transportadores aéreos costumam fazer, também não é correto, eis que o valor de carga é perfeitamente conhecido por meio das fatura comercial e outros documentos.

A fatura comercial, em especial, declara e prova o valor da carga confiada ao transportador aéreo, pondo pá de cal na alegação de desconhecimento.

Sempre defendemos isso como advogados das seguradoras de cargas e, mesmo depois da decisão de repercussão geral, temos conseguido, entre alguns poucos insucessos, muitas vitórias judiciais em favor da reparação civil integral.

No último dia 5 de agosto conseguimos uma especialmente importante, no **Supremo Tribunal Federal** (*Apelação 9218307-50.2009.8.26.0000 – São Paulo - Voto nº 35412 – Relator: Ministro Fux*). No mesmo dia, comunicamos a vitória por carta aberta ao mercado segurador, e o fizemos nos seguintes termos (ora parcialmente reproduzidos).

Abrimos aspas:

“Transporte aéreo internacional de carga | Princípio da reparação civil integral | Afastamento da limitação tarifada da

Convenção de Montreal | Circunstâncias especiais do caso concreto | Teoria da modulação dos Precedentes | Não aplicação automática do Tema de Repercussão Geral do STF | Vitória judicial emblemática no STF

Com enorme satisfação, informamos nova vitória judicial em caso em que atuamos como advogados em importante matéria de Direito de Transportes e Direito do Seguro.

Mais uma vez, conseguimos afastar a limitação de responsabilidade da Convenção de Montreal e a condenação do transportador aéreo internacional ao ressarcimento integral do dano contratual.

Vitória no Supremo Tribunal Federal que reconheceu que sua Decisão de Repercussão Geral, Tema 210, não se aplica a todo e qualquer caso de transporte aéreo internacional.

Ajuda-memória: desde a publicação do Tema 210, temos defendido exatamente isso, diferenciando o transporte aéreo internacional de cargas e o de passageiros com extravios de bagagens.

Felizmente, notamos que nossa tese têm conseguido muito tônus muscular e amparo pela jurisprudência. A teoria da modulação dos Precedentes é mais um elemento no cadinho da alquimia da defesa do princípio da reparação civil integral que agregamos com absoluta convicção.

(...)

Repetimos: importante decisão que consagra os princípios da equidade, da isonomia, da proporcionalidade e, sobretudo, o da reparação civil integral, que é legal (art. 944, Código Civil) e, também, constitucional, já que previsto no rol exemplificativo do art.

5º., que trata dos direitos e garantias fundamentais.

O único aspecto que ousamos discordar é que o fato de o autor da ação ser segurador sub-rogado não é irrelevante, mas também exige especial atenção.

Nesse sentido, insistimos nos fundamentos do **Ministro Alexandre de Moraes**, proferidos em outra ocasião (ARE 1.146.801): *“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.”*

Importante destacar isso porque se não se distinguir o segurador sub-rogado do dono da carga, o Supremo Tribunal Federal poderá criar imbróglio jurídico fundamental: conflito interno entre a Súmula 188 e o Tema 210.

De todo o modo, este detalhe em nada di-

minui a alegria da vitória e a importância da decisão, que certamente será utilizada por nós em todos os litígios, em curso e futuros, sob nosso patrocínio, em defesa do mercado segurador (carteira de seguro internacional de Transportes).

Nunca deixamos de acreditar na tese, até porque entendemos que a reparação civil é, antes de tudo, assunto de ordem moral.

Quem causa o dano, tem o dever de repará-lo integralmente, e não pode se esconder por trás de normas convencionais que se revelam anacrônicas e injustas.

Limitar a responsabilidade do danador é danar a vítima duas vezes; é, em primeira e última análise, premiar o ato ilícito.

E se o prejudicado for segurador sub-rogado, o dano atinge também todo o colé-

gio de segurados, por força do mutualismo, e de certa maneira, a sociedade toda, haja vista a função social do negócio de seguro e a necessidade de se proteger sua saúde econômico-financeira.



Era o que tínhamos a compartilhar no momento.”

Fechamos aspas

Vitória emblemática porque, entre as teses que defendemos contra a limitação de responsabilidade no transporte aéreo de carga, uma ganhou especial ênfase: a possibilidade de se reconhecer declaração de valor da carga, independentemente do frete *ad valorem*.

Segundo o próprio **Supremo Tribunal Federal**, a documentação acostada aos autos do processo da ação regressiva de ressarcimento faz prova da declaração de valor, nos termos do art. 22. 3 da Convenção de Montreal.

Podemos interpretar e considerar que os documentos que mencionam valores — faturas comerciais (*invoices*), atas e certificados de vistorias, instrumentos fiscais, cartas-protesto, entre outros — são verdadeiras declarações de frete, até porque de pleno e prévio conhecimento dos transportadores aéreos.

São, pois, documentos que atestam o valor da mercadoria confiada para transporte em um determinado caso, e afastam assim, perfeitamente, a alegada necessidade de declaração especial de valor no corpo do conhecimento de transporte (AWB), que nada mais é do que ato de dirigismo contratual a implicar enriquecimento sem causa.

Entendimento correto, de sublinhar, considerando a enorme dificuldade na negociação dos termos de transporte com as empresas aéreas, em razão da emissão de contrato de adesão (AWB).

Situação ainda mais dramática, para

não dizer aterradora, quando a parte que pleiteia o ressarcimento integral é seguradora legalmente sub-rogada na pretensão da vítima original do dano, o dono da carga.

Normalmente, litígios envolvendo inadimplemento de obrigação de transportador aéreo internacional de carga são deflagrados por seguradoras sub-rogadas, por força da indenização paga e à vista do contrato de seguro.

A seguradora não é parte no contrato de transporte nem pode obrigar seu segurado, o dono da carga, a pagar o absurdo frete maior que o transportador pretende receber, sob pena de ela mesma incidir em abuso de direito, em dirigismo contratual.

Daí a importância de se repetir o que acima se expôs, quando da reprodução parcial da carta aberta ao mercado segurador, de 5 de agosto último:

*“(…), insistimos nos fundamentos do **Ministro Alexandre de Moraes**, proferidos em outra ocasião (ARE 1.146.801): “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.”*

Importante destacar isso porque se não se distinguir o segurador sub-rogado do dono da carga, o Supremo Tribunal Federal poderá criar imbróglia jurídica fundamental: conflito interno entre a Súmula 188 e o Tema 210.”

Mais do que nunca nos sentimos confortáveis em afirmar que o Tema 210 não encerrou a polêmica sobre a limitação de responsabilidade da Convenção de Montreal. Cada sinistro de transporte aéreo internacional de carga tem que ser tratado segundo as particularidades que contém, observando-lhe os aspectos fundamentais e a própria teoria da modulação dos precedentes.

Em especial nos agrada muito a decisão comentada, porque reconheceu a tese desta equipe de advogados, segundo a qual o valor da carga é declarado por muitos documentos, especialmente a *invoice*, sendo sua expressividade econômico-financeira amplamente conhecida pelo transportador aéreo.

Abaixo, destacamos alguns trechos do acórdão original e da decisão do Ministro Fux, os quais merecem especial atenção e que serão muito usados por nós em peças forenses e comentários acadêmicos:

Apelação 9218307-50.2009.8.26.0000 – São Paulo - Voto nº 35412

“O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro.”

Demais disso, **o valor da carga restou comprovado pela documentação carreada com a petição inicial (fls. 88 e segs.)** e a vistoria realizada por empresa contratada pela segurada, não impugnada especificadamente pela apelante, constatou avaria em 10 dos 35 volumes recepcionados pela segurada (fls. 101/104), o que re-

presentou um prejuízo de R\$12.622,43 ou US\$7.166,95, em 10.12.2007 (fls. 109), sendo inaplicável, portanto, a limitação tarifária imposta na primeira parte do artigo 22.3 da Convenção de Montreal de 28.05.1999.

Decisão do Ministro Fux

“... Nada obstante, in casu, 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.

Nesse contexto, divergir do entendimento do Tribunal a quo demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Não se revela cognoscível, em sede de recurso extraordinário, a insurgência que tem como escopo a incursão no contexto fático-probatório presente nos autos.

“... O juiz dá a valoração mais conveniente aos elementos probatórios, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

Por fim, ressalto que o presente recurso foi interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual não se lhe aplica o disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015. Ex positis, (i) RECONSIDERO a decisão agravada (Doc. 7), (ii) julgo PREJUDICADO o agravo interno interposto por ITAÚ UNIBANCO SEGUROS CORPORATIVOS S/A (Doc. 8) e (iii) **DESPROVEJO o recurso extraordinário interposto por LAN AIRLINES S/A** (Doc. 2, p. 171-187), com fundamento no artigo 932, VIII,

do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Publique-se. Brasília, **4 de agosto de 2020.**

Ministro LUIZ FUX Relator

V e m o s que o próprio **Supremo Tribunal Federal** calibrou sua decisão de repercussão geral ao entender que o Tema 210 não se aplica a todo e qualquer caso indistintamente.

C o n s i - deramos essa decisão paradigmática, capaz de reforçar tudo aquilo que defendíamos antes da decisão de repercussão geral e que continuamos a defender depois dela, não se admitindo o esvaziamento da responsabilidade civil do danador e homenageando o direito da vítima ou de quem legalmente lhe fizer as vezes.

Por fim, nunca deixamos de lembrar que a reparação civil integral é, antes de tudo, um **princípio de natureza moral**

e que **não deve ser mitigado de modo algum**, por qualquer razão, especialmente quando quem a pleiteia é seguradora sub-rogada, defensora que é não apenas dos seus próprios e legítimos direitos e interesses, mas, por força do **mutualismo**, os do enorme colégio de seus segurados e, reflexamente, os da sociedade toda, a quem

muito interessa a saúde do negócio de seguro, o que mais se ajusta ao conceito de **função social dos contratos**.

De tudo o que antes escrevemos, nada mudamos fundamentalmente de lá para cá.

Muito pelo contrário!

Em homenagem ao dever de informação e ao princípio da transparência, informamos que recentemente o **Superior Tribunal de Justiça** decidiu em sentido contrário ao **Supremo Tribunal Federal** em relação ao reconhecimento da **declaração de valor por meio da fatura comercial**.

Falamos do Recurso Especial nº 2.034.746-SP, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrichi, cujo julgamen-



to determinou que a fatura comercial não substitui declaração de valor no conhecimento aéreo internacional e, em sendo assim, não afasta a norma convencional da limitação tarifada.

Em que pese a importância da decisão, ela não é Precedente nem representa, ao menos até aqui, tendência jurisprudencial das Cortes Superiores. No âmbito do Supremo Tribunal Federal não se sabe de decisão que tenha de algum modo afetado o que antes firmado e que expusemos no ensaio acima reproduzido.

De todo o modo, esse tema é bem menos importante do que outro que destacamos enfaticamente: o *Distinguishing* que a própria Corte Suprema tem feito de seu Tema 210 de Repercussão geral.

Em decisões monocráticas e colegiadas, os Ministros determinam que o tema não se aplica aos casos de transportes aéreos de cargas e/ou demandados por seguradores sub-rogados.

Razões ônticas distintas às da decisão paradigma que gerou o Tema 210. E se os fatos e os elementos jurídicos de um caso são se alinham simetricamente aos que motivaram o Precedente, não há que se falar em incidência automática.

Então, a despeito de qualquer outra discussão, é certo dizer que a limitação de responsabilidade simplesmente não é oponível à seguradora sub-rogada, exatamente como entendeu o **Ministro Alexandre de Moraes**, em voto espantosamente claro, ao julgar o **ARE 1.146.801/SP**: “*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 con-*

sequente reconhecimento do direito de regresso da parte recorrida decorrente de contrato de seguro.”

Foi o que a **Ministra Carmen Lúcia**, no **RE 1252909/SP** também ressaltou em voto 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.*”

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 então **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 realmente a jurisprudência do Supremo, 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.”

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, afirmando, com a clareza de três sistemas solares, que a limitação de responsabilidade firmada no precedente não se aplica à seguradora: *“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.”*

Logo, é simplesmente inadequado basear-se no entendimento no Tema 210 para afastar a integralidade da indenização em um caso demandado por segurador sub-rogado por dano na carga confiada ao transportador. O próprio Tribunal Supremo justifica precisamente o contrário e por múltiplas vezes. Nem a limitação de responsabilidade foi estendida a todo e qualquer caso. Nem o critério da especialidade foi visto como absoluto. Uma coisa é o transporte de passageiros com extravio de bagagens, outra o de cargas com faltas ou avarias.

Superada a questão da não incidência do Tema 210, tem-se o enfrentamento da limitação de responsabilidade prevista na Convenção de Montreal. Aplica-se ou não em litígios de ressarcimento em regresso de seguradores sub-rogados nos direitos e ações dos seguradores, donos de cargas, contra transportadores aéreos?]

Nossa resposta é um retumbante **NÃO**.

Para além da discussão sobre o frete *ad valorem* e a *declaração de valor por outros documentos*, bem como da adequação dessa norma da Convenção ao princípio da reparação civil integral, temos que a limitação não incide em casos de faltas e avarias, pura e simplesmente considerados.

Só se falará em limitação tarifada se o dano decorrer de desastre, de acidente de navegação. Deixado de lado esse contexto, não se falará na limitação e, sim, no ressarcimento em regresso.

Há razoabilidade e a proteção de não poucos princípio na limitação de responsabilidade do transportador por danos e prejuízos originários de desastres. Não cuidaremos disso aqui, agora, porém reconhecemos o cabimento em caso de situação não especialmente gravíssima.

Já no que podemos chamar de danos simples, a limitação não tem cabimento algum e poderá se mostrar escancaradamente injusta e moralmente desordenada.

Com ou sem frete *ad valorem*, fato é que o transportador deverá responder integralmente pelos prejuízos dos danos que causou. O selo da desídia operacional e a estampa da incúria administrativa têm cores mais fortes e que são facilmente visíveis e identificáveis.

E não se trata de afastamento da Convenção de Montreal, o que seria incabível, mas de sua correta aplicação. Do espírito dela se observa isto: a limitação é um benefício normativo que, questionável ou não, não se harmoniza aos conceitos de conduta temerária e, sim, o bom e velho conceito de culpa (grave).

Quem causa dano tem o dever de o reparar integralmente, não podendo disso se olvidar em nome de formalismos jurídicos e práticas contratuais que não deveriam mais ser admitidas no Direito contemporâneo.

Limitar a responsabilidade do causador do dano é o mesmo que danar a vítima uma segunda vez e se premiar o erro.

Dissemos isso ontem. Dizemos hoje. Diremos amanhã. Muita coisa muda com o tempo. A verdade, amiga da Justiça, não.



Machado e Cremoneze

Advogados Associados

Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes



mclg@mclg.adv.br
www.mclg.adv.br