

O tema 210 na visão de seu relator: Ministro Gilmar Mendes afasta o precedente do transporte de cargas.

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.

Desde há muito o mercado segurador trava aguerrida batalha com os transportadores aéreos, principalmente nos litígios de ressarcimento em regresso por sinistros durante operações internacionais.

Isso porque os transportadores pedem que se aplique em seu benefício a limitação de responsabilidade presente na Convenção de Montreal, que substituiu a de Varsóvia, praticamente bisando seu conteúdo.

Por bom tempo a batalha se deu pela incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, apartando-se a então Convenção de Varsóvia e depois a de Montreal.

Com a primazia da legislação consumerista, tinha-se por afastada, sem maiores discussões no plano fático (eventual conduta temerária do transportador, por exemplo), a norma internacional e, conseqüentemente, a possibilidade de limitação de responsabilidade.

Os tribunais brasileiros assim se orientavam, incluindo o Superior de Justiça, e a responsabilidade civil do transportador aéreo se definia com certa clareza e extensão.

Em 2017, porém, um fato agravaria o conflito: com o julgamento do recurso extraordinário 636.331/SP, o Min. Gilmar Mendes firmava, em tema de repercussão geral, a prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor e, quando possível e viável, a limitação de responsabilidade do transportador aéreo em extravio de bagagem.

Com essa decisão, a reparação em face dos transportadores passou a encontrar grande dificuldade, porque muitos começaram a utilizá-la para limitar a responsabilidade deles também nos casos de extravio e avarias de cargas, afetando diretamente os seguradores.

Fala-se isso porque normalmente o dono da carga é titular de apólice de seguro de transporte. Diante do dano, falta ou avaria, aciona seu segurador e se vê indenizado. O segurador, por força de lei (art. 786 do Código Civil) e de súmula (188 do Supremo Tribunal Federal), sub-roga-se nos seus direitos e ações e demanda o ressarcimento contra o transportador.

Sem considerar os detalhes que diferenciam um setor do outro, alguns magistrados reconheceram a pertinência do precedente e estenderam sua aplicação a seguradoras e empresas contratantes do serviço. Tais decisões implicaram diretamente na questão econômica em caráter macro.

Levando em consideração a economia de escala, em questão de tempo os valores atingiriam — e em vários casos atingiram — o consumidor final: a sociedade.

Transporte de pessoas é em tudo diferente do transporte de coisas. As particularidades da dinâmica entre passageiros e transportadores em nada se confundem com as da relação entre seguradores sub-rogados e transportadores.

As assimetrias são tantas que nem mesmo um rosário seria bastante para bem as expor aqui (e somente por essa razão é que serão deixadas de lado, em confiança no bom discernimento dos leitores).

Ora, quando no começo do século XX se elaborou a Convenção de Varsóvia, que é a base da Convenção de Montreal, as companhias aéreas ainda estavam em momento de fixação econômica, realidade que não é mais a mesma.

A norma que trata da limitação de responsabilidade é anacrônica. Fala-se isso porque se havia razão de ser da sua existência no passado, hoje não há mais.

Em seu início, a indústria da navegação aérea necessitava de alguma proteção. Os riscos eram elevadíssimos, e ela carecia de musculatura.

Hoje é forte, bilionária e muito segura. Os riscos são bem menores e os protocolos de segurança, alimentados pela vertiginosa tecnologia, em constante avanço, demonstram que a proteção, mais do que especial, não é aceitável, justa.

Nos dias que correm, temos em alça de mira os conceitos de sociedades de riscos e de efetiva responsabilização de danos, sendo inaceitável, até mesmo pelo prisma moral, existência de normas limitadoras das responsabilidades dos causadores de danos, salvo em situações muito particulares.

Isso, aliás, foi muito bem observado pelo **Ministro Bellizze**, em voto proferido bem antes do Tema 210: o anacronismo da limitação de responsabilidade, também conhecida por tarifada:

*“1. A jurisprudência desta Corte Superior perfilha, atualmente, o entendimento de que, estabelecida relação jurídica de consumo entre as partes, a indenização pelo extravio de mercadoria transportada por via aérea deve ser integral, não se aplicando, por conseguinte, a limitação tarifada prevista no Código de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Dessa orientação não se dissuade. Todavia, tem-se pela **absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.**”*

(REsp 1289629/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 03/11/2015.)



Aplicar a limitação de responsabilidade no transporte aéreo de bagagens é algo que, dependendo das particularidades de cada caso, até pode ser defendido. A situação se encaixa na já comentada extraordinariedade. Porém, não é justo fazer o mesmo com o transporte de mercadorias.

Quando ocorre o extravio de uma bagagem, não há como o transportador saber exatamente o que transportava. Isso abre margem para eventual abuso do passageiro, que pode tentar enriquecer ilícitamente à custa desse desconhecimento prático. Por mais que o transportador deva pagar pela desídia que seus atos materializaram em prejuízos, ele também não pode se ver prejudicado pelo arbítrio do cliente.

A proteção, que tem sentido ontológico no transporte de passageiros, esvai-se pela mesma razão no transporte de cargas, sobretudo quando o pleito é patrocinado por segurador subrogado, cujo direito não deriva do contrato de transporte inadimplido, mas do dano sofrido por seu segurado durante a vigência do contrato de seguro. O direito do segurador, sempre é bom reiterar, tem a ver com dano e pagamento de indenização securitária, não com qualquer outra coisa.

E, independente de tudo, no transporte de cargas, o transportador aéreo está mais do que ciente do valor das coisas que carrega consigo. Há diversas maneiras de comprová-lo: *Invoice*, *Packing List* e demais documentos. A maioria deles com referência no próprio Conhecimento de Transporte. Essa é uma circunstância que, pelos próprios termos da Convenção (art. 22.3), afasta a limitação tarifada.

Crentes dessa visão, nos últimos quatro anos viemos nos esforçando por demonstrá-la aos julgadores, em nome do mercado segurador. Nem mesmo a falta de pagamento do frete maior, chamado ad valorem, seria capaz de inibir a plenitude do ressarcimento. A uma, porque a declaração do valor existe por meio de muitos documentos; a duas, porque o dano e o dever de reparação se sobrepõem ao casuísmo negocial; a três, e finalmente, porque pagar a mais por um serviço, apenas a fim de garantir um respeito ao contratante que o valor normal deveria por si só assegurar, não deixa de ser bastante estranho.

Ao longo desse tempo, porém, a controvérsia dividiu tribunais por todo o país. Câmaras julgadoras de um mesmo tribunal, a poucos metros de distância, acabavam por decidir de maneiras diferentes casos de uma semelhança extrema.

O assunto então retornou ao Supremo Tribunal Federal, sob a ótica do transporte aéreo de cargas.

Desta vez as decisões foram em sentido diferente ao que os transportadores esperavam. De vários ministros do STF surgiram decisões que afastavam do transporte de cargas a aplicação do tema 210 e a limitação de responsabilidade baseada nela.

A mais recente, em caso que nossa equipe de advogados patrocinou em defesa de segurador sub-rogado, partiu do próprio relator do tema 210: ministro Gilmar Mendes.

Em decisão monocrática de 26/10/2021, no **Agravo em Recurso Extraordinário n.º 1.331.340/SP**, ele reconheceu a inaplicabilidade do tema ao transporte aéreo de cargas. Suas próprias palavras enfatizavam que a tese se aplicava somente ao transporte aéreo de bagagem: *“o caso dos autos se distingue 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”*

O fundamento acima reproduzido, e que figura no preâmbulo deste ensaio, é, para nossa satisfação, síntese do que temos defendido desde 2017: **que o Tema 210 não se aplica ao transporte de cargas, muito menos seria oponível ao segurador sub-rogado.**

Reconhecendo a nítida diferença entre as particularidades de cada tipo de transporte, o Supremo Tribunal Federal acertou em conferir primazia ao princípio da indenizabilidade irrestrita, ou da reparação civil integral. O reconhecimento de tal fato, partindo de tal relator, é de suma importância para a jurisprudência nacional.

Corretamente, a decisão do Ilustre Ministro repetiu o excelente acórdão que a motivou:

“AÇÃO REGRESSIVA. INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE MERCADORAIS. AVARIA. Inaplicabilidade de normas e tratados internacionais. Tema 210 de repercussão geral do Excelso Supremo Tribunal Federal (RE636.331/RJ) utilizado apenas para



passageiros e extravio de bagagem em voos internacionais. Transporte de mercadorias inerentes ao ramo de atividade da empresa segurada. Indenização tarifária inaplicável. Hipótese que não se relaciona com acidente aéreo. Indenização integral pelo valor do prejuízo. Recurso provido”

Ecoando a decisão do TJSP e amplificando sua fundamentação, o Ministro, em seu voto, expõe com clareza e brilhantismo a diferença entre a decisão paradigma e os casos envolvendo transportes de cargas: “Assim, verifica-se que a matéria debatida nos autos diverge da do tema 210 da repercussão geral, vista que não guarda perfeita identidade com o mencionado caso paradigma”.

E não é um posicionamento único. Outros membros da Corte também haviam proferido votos neste sentido. O **Ministro Alexandre de Moraes** afirmou que (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 conseqüente reconhecimento **do direito de regresso da parte recorrida decorrente de contrato de seguro.**” (Grifo nosso)

A **Ministra Carmen Lúcia**, no RE 1252909/SP: “**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.**” (Grifo nosso)

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.**” (Grifo nosso)



A **Ministra Rosa Weber**, no RE 1.196.955/SP: “*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.*” (Grifo nosso)

7

O **Ministro Luiz Fux**, na relatoria do acórdão do AG.REG. no AI 822.191/SP: *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.* (Grifo nosso)

Portanto, nota-se um caminho muito claro para que a jurisprudência se pacifique em favor do mercado segurador, que não pode ser destruído em prol do enriquecimento injustificado das transportadoras.

Em outros casos, caberá ao STJ definir, no plano infraconstitucional, a reparação integral como vetor do ressarcimento.

Esperemos que a Corte Superior, seguindo a trilha deixada pelos ministros do STF, aponte para a defesa do princípio da reparação civil integral e observe bem as diferenças profundas entre a decisão paradigma, que gerou o Tema 210, e os casos envolvendo cargas e seguradores sub-rogados.

O *Distinguishing* existe exatamente para isto: observar assimetrias. Se um caso não for exatamente igual ao da decisão paradigma, não há que se falar em Precedente.

Precedente é algo importantíssimo e tem por finalidade uniformizar, tanto quanto possível, o Direito em exercício e permitir maior segurança jurídica. Por isso, não pode ser banalizado; tem que ser aplicado somente nos casos verdadeiramente cabíveis.

Podemos afirmar que a decisão do Ministro Gilmar Mendes é uma funda respiração em meio a uma batalha intensa e cada vez mais perto do fim. A condenação do transportador



desidioso deve manter-se ligada ao princípio da reparação civil integral. Qualquer decisão desviada desse norte jurisprudencial acabaria por prejudicar a economia e todo um colégio de segurados, colocando o transportador aéreo numa situação absurdamente privilegiada: de enriquecimento à base do próprio inadimplemento contratual.

Ancorados nos fundamentos da decisão em comento e de outras, todas de ministros do STF, e nos nossos próprios argumentos, expostos em ocasiões anteriores (artigos, ensaios, palestras e peças forenses), apresentamos em breves tópicos, *bullet points*, o entendimento da situação:

- 1) O Tema 210 aplica-se aos transportes internacionais aéreos de passageiros com extravios de bagagens.
- 2) Não incide nos casos de transportes de cargas, especialmente quando protagonizados por seguradores sub-rogados.
- 3) Impossível falar em Repercussão Geral sem falar em Modulação e Distinguishing, especialmente cabíveis no caso do Tema 210.
- 4) Independentemente do chamado frete ad valorem, é fato incontroverso que toda coisa transportada (carga) tem o valor conhecido ou conhecível, portanto declarado por meio de muitos documentos.
- 5) O direito do segurador sub-rogado não decorre do contrato de transporte não cumprido, mas do pagamento de indenização de seguro por dano;
- 6) O segurador tem direito ao ressarcimento integral do que pagou ao dono da carga. Quando busca o ressarcimento, defende o mútuo que representa. Há no ressarcimento integral elevada carga social.
- 7) A norma da limitação de responsabilidade, a despeito de qualquer discussão sobre fatos e argumentos jurídicos, é anacrônica e fundamentalmente desordenada. Não tem mais cabimento no mundo atual.
- 8) Limitar a responsabilidade do causador de dano é lesar uma segunda vez a vítima e prejudicar a ortodoxia do Direito, além de comprometer a ordem moral.

- 9) A indústria da navegação aérea é poderosa, bilionária, razão pela qual tem que responder integralmente pelos danos e prejuízos que causa, sob pena de ver incentivada a sua desídia operacional.
- 10) A par do Tema 210 e das questões envolvendo transportes de cargas e seguradores sub-rogados, tem-se por certo que sempre haverá indenização integral quando demonstrada a conduta temerária do transportador aéreo.

Terminamos este modesto comentário lembrando que são muitas as decisões, embora ainda monocráticas, de ministros do STF negando aplicação imediata do seu próprio Precedente, Tema 210, aos casos de transportes aéreos internacionais de cargas e aos seguradores sub-rogados. Razões ônticas diferentes e que exigem, portanto, respostas jurídicas igualmente diferentes. O princípio da reparação civil integral, do ressarcimento pleno, não pode ser esvaziado, sobretudo quando o Direito dos Transportes se encontra com o Direito do Seguro.

Basta dizer – e isto será assunto para novo e breve artigo (ou ensaio) que se não houver o cuidado de se tratar transportes de passageiros de modo distinto ao de cargas e se a figura do segurador sub-rogado não for devidamente dimensionada, o Tema 210 colidirá com a Súmula 188 do mesmo e supremo Tribunal (que trata do direito ao ressarcimento), ferindo-se gravemente a grandeza da sub-rogação e prejudicando-se o colégio de segurados e a sociedade em geral.

Carlos Alberto dos Santos Júnior é membro do Escritório Machado, Cremoneze, Lima e Gotas - Advogados Associados.

Paulo Henrique Cremoneze, advogado, especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca (Espanha), mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, acadêmico da Academia Nacional de Seguros e Previdência, membro do CIST – Clube Internacional de Seguro de Transportes, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, membro da Ius Civile Salmanticense (Espanha), autor de livros de Direito de Transportes e de Seguros.