

Comentários à Jurisprudência

3ª Edição

Setembro | 2023

COMENTÁRIO AO TEMA 1.240 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF – Dano moral por atraso de passageiro ou extravio de bagagens em voos internacionais

Andre Ladeira da Rocha Leão
Juiz de Direito

DA DECISÃO COMENTADA

Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal

Processo: Recurso Extraordinário 1.394.401

Relatora: Min. Rosa Weber

Recorrente: Deutsche Lufthansa Ag

Recorrido: Tatiane Englerth Teles

Órgão julgador: Plenário

Data de Autuação: 27.07.2022

Data de Julgamento: 15.12.2022

Data de publicação: 03.03.2023

Comentários à Jurisprudência

DA DECISÃO

Ementa: Direito civil. Responsabilidade civil. Danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional. Inaplicabilidade do Tema 210 da Repercussão Geral. Distinção. Não incidência das normas previstas nas Convenções de Varsóvia e Montreal. Questão constitucional. Potencial multiplicador da controvérsia. Repercussão geral reconhecida com reafirmação de jurisprudência. Recurso extraordinário a que se nega provimento. - O entendimento da Corte de origem não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação dos limites das Convenções de Varsóvia e de Montreal, definida no julgamento do Tema 210 da repercussão geral, está adstrita aos casos de indenização por danos materiais. - Recurso extraordinário não provido. - Fixada a seguinte tese: não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. Não se manifestou o Ministro André Mendonça. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro André Mendonça. No mérito, por unanimidade, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. Não se manifestou o Ministro André Mendonça.

Tema 1.240 - Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia, no que diz com a reparação por dano moral decorrente da má prestação de serviço de transporte aéreo internacional.

Tese - Não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional.¹

¹ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12902/false>. Acesso em: 17 ago. 2023.

Comentários à Jurisprudência

DO COMENTARISTA



Andre Ladeira da Rocha Leão

- Juiz de Direito do TJMG desde 2010.
- Mestre em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura FUMEC.
- Professor da rede Doctum, unidade Caratinga, de 2011 a 2012.
- Professor da Universidade Cândido Mendes, unidade Tijuca, de 2009 a 2010.
- Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro de 2001 a 2010.

Comentários à Jurisprudência

DA ANÁLISE

1 INTRODUÇÃO

Recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal pôs fim à controvérsia constitucional sobre a possibilidade de tarifação do dano moral verificado em contratos de transporte internacional de passageiros.

A questão constitucional envolvia a responsabilidade civil das companhias aéreas que operam voos internacionais e a consequente conciliação das disposições constitucionais que determinam a promoção da defesa do consumidor, art. 5, XXXIII, da CRFB/88, a garantia de reparação integral do dano moral, art. 5, X, da CRFB/88, e a disposição que trata da prevalência de tratados internacionais nas controvérsias envolvendo o transporte aéreo internacional, art. 178 da CRFB/88.

Tratou-se de fixar o alcance da prevalência de normas internacionais nos contratos de transporte aéreo, ponderando-se as razões subjacentes às normas, de um lado, que preconizam a necessidade de proteção do consumidor, de reparação integral do dano extrapatrimonial e, de outro, a que determina o

Comentários à Jurisprudência

respeito aos tratados internacionais que pretendem oferecer um mínimo de garantia à atuação dos agentes econômicos que operam voos internacionais.

A decisão ora comentada efetuou uma distinção entre o ressarcimento do dano material, que poderia ser tarifado – Tema 210 da Repercussão Geral do STF – da reparação do dano moral. Reconheceu, portanto, que a Convenção de Varsóvia não tratou de dano moral na medida em que, ao tempo em que tal tratado foi ratificado, predominava uma visão patrimonialista da responsabilidade civil. A convenção de Montreal, embora tenha pretendido atualizar a convenção anterior, não tratou da reparação dos danos a direitos da personalidade, deixando a matéria para o direito ordinário de cada país.

A questão da responsabilidade civil no transporte aéreo internacional começou a ser discutida no Tema 210 da Repercussão Geral do STF. O Tema 1.240, ora comentado, fecha o ciclo da delimitação da responsabilidade civil das companhias aéreas nos contratos de transporte internacional de passageiros.

Propõe-se, com esse estudo, uma reflexão sobre as dificuldades do trabalho com um sistema híbrido, que procura conciliar materiais jurídicos tão diversos como são os textos legais e os precedentes. Procura-se, a partir da pesquisa bibliográfica e documental, desenvolver uma contribuição para a correta compreensão dos Temas 210 e 1.240 da Repercussão Geral do STF. Com esse desiderato, o presente comentário começará apontando o contexto dos

Comentários à Jurisprudência

Temas 210 e 1.240. O segundo passo será discorrer sobre duas formas de solução de controvérsias jurídicas: subsunção e comparação. Em seguida, uma palavra sobre distinção operada pelo Tema 1.240. Por fim, pretende-se propor uma reflexão sobre a construção do modelo decisório híbrido inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, que possui características de *civil law* e de *common law*.²

2 RESPONSABILIDADE CIVIL EM VOOS INTERNACIONAIS: A CONSTRUÇÃO DA NORMA APLICÁVEL

Ao se analisarem as questões referentes à responsabilidade civil das companhias aéreas em voos internacionais e o eventual direito dos consumidores a danos morais e materiais, percebe-se a necessidade de distinção das situações concretas para se definir a aplicabilidade das teses fixadas pelo STF, nos Temas 210 ou 1.240. Para esse fim, exige-se uma comparação de casos que possa representar a construção da decisão que equilibre a proteção ótima do consumidor e, ao mesmo tempo, seja capaz de fomentar a atividade econômica. Portanto, a solução deve representar a intervenção suficiente do

² Sobre as duas grandes tradições no direito comparado, confira-se: DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010. Sobre o ponto, compartilha-se, ao lado de Thomas Bustamante, a ideia de que a diferença entre os dois sistemas é de grau. Confira-se: BUSTAMANTE, 2007.

Comentários à Jurisprudência

controle judicial na referida atividade econômica. O STF apresentou soluções diferentes para os Temas 210 e 1.240 em razão da distinção entre as situações concretas. O ponto será desenvolvido a seguir.

2.1 O TEMA 210 DO STF: A QUESTÃO DO DANO MATERIAL

No Tema 210 da Repercussão Geral do STF, o Tribunal debruçou-se sobre a responsabilidade civil nos voos internacionais. Mas o *leading case* tratou, apenas, da questão do dano material nos casos de atrasos de voos ou extravio de bagagens.

No ano de 2009, tramitava, no STF, o Agravo de instrumento (AI) n. 762.184, relatado pelo Ministro Cesar Peluso. Esse foi o primeiro *leading case* para repercussão geral relativo ao tema. Tal acórdão, que serviu como paradigma para a controvérsia entre 2009 e 2011, estava assim ementado:

[...] Recurso. Extraordinário. Extravio de Bagagem, limitação de danos materiais e morais. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Norma prevalente. Relevância da questão. Repercussão Geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que versa sobre a possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais, decorrentes de extravio de bagagem (Brasil. Agravo de Instrumento n. 762.184 Rio de Janeiro. Pleno do STF. Rel. Min. Cezar Peluso (BRASIL, 2009b, grifos nossos).

Comentários à Jurisprudência

No ano de 2011, o STF alterou o paradigma da repercussão geral passando a constar como *leading case* o Recurso Extraordinário (RE) nº 636.331, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Convém um breve resumo dos principais atos deste processo.

A controvérsia foi apreciada em primeiro grau pela 4ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. Os fatos materiais³ (GOODHART, 1930) diziam respeito ao extravio de uma mala e de seu conteúdo. Na sentença, a companhia aérea foi condenada a pagar à consumidora os prejuízos materiais no valor correspondente ao peso da mala extraviada multiplicado pelo valor do DES (Direito Especial de Saque), conforme fixado na Convenção de Varsóvia, e a reparar o dano moral no valor de R\$6.000,00 (seis mil reais).

As partes apelaram, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso da companhia aérea, ao passo que deu parcial provimento ao recurso da consumidora para fixar o ressarcimento do dano

³ Fatos materiais são aqueles acontecimentos que estão na base e são determinantes para o raciocínio judicial. No Tema 1.240, a questão dizia respeito ao extravio definitivo de uma mala em um voo internacional. Essa premissa fática está na base de todo o raciocínio que se desenvolveu e que deveria compor a tese, que é um fragmento da *ratio decidendi*. No mesmo sentido: “The crucial question is ‘what facts are we talking about? [...] The judge finds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a large mass of facts [...] It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts [...] A divorce of the conclusion from the material facts on which that conclusion is based is illogical, and must lead to arbitrary and unsound results [...]” (GOODHART, 1930, p. 169).

Comentários à Jurisprudência

material em R\$7.171,00 (sete mil, cento e setenta e um reais) e a reparação do dano moral em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Interposto o RE nº 636.331, o STF deu provimento ao recurso da companhia aérea para restabelecer o valor do dano material fixado da sentença de primeiro grau que, reitero-se, aplicou ao caso a Convenção de Varsóvia. O acórdão foi assim ementado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. - *Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. - 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. [...]* - 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". - *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.* - Recurso a que se dá provimento (BRASIL, 2017b).

A leitura atenta das 137⁴ folhas do acórdão demonstra, com clareza, que o tema discutido era a possibilidade de limitação do dano material no caso de

⁴ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 17 ago 2023.

Comentários à Jurisprudência

extravio de bagagem. Entretanto, houve também o julgamento conjunto do RE nº 766.618, da relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, que tratava da discussão sobre o prazo prescricional nesses casos.

Em razão da duplicidade de julgamento, a tese fixada não fez referência à delimitação da controvérsia ao dano material, optando o tribunal por uma tese mais minimalista. Parece útil destacar a 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 (BRASIL, 2017b).

A redação da tese contribuiu para a incerteza quanto à *ratio decidendi*⁵ do referido precedente, como se verá a seguir. Mas, aqui, pode-se adiantar que merece reflexão a conveniência de um enunciado de tese que aponta um dispositivo constitucional para resolver um suposto conflito entre leis ordinárias, matéria que cabe ao STJ, sendo certo que há até súmula resolvendo tal conflito infraconstitucional. O ponto será explorado adiante, mas se acredita que a redação da tese contribuiu para a celeuma que se formou no Tema 1.240.

⁵ Sobre *ratio decidendi*, confira-se: GOODHART, 1930; MACCORMICK; SUMMERS, 1997. Na doutrina nacional, confira-se: MITIDIERO, 2021; MARINONI, 2011; MACCORMICK, 2008; ZANETI JUNIOR, 2021; MACEDO, 2016; RONCHI, 2023.

Comentários à Jurisprudência

2.2 A DELIMITAÇÃO DO TEMA 1.240 DO STF: A QUESTÃO DO DANO MORAL

O pecado original...

Na discussão sobre a tarifação do dano moral, Tema 1.240, o Magistrado de primeiro grau aplicou ao caso a tese fixada no Tema 210, nos seguintes termos:

[...] Como houvesse grande questionamento quanto à legislação aplicável, decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário 636.331), com nota de repercussão geral, que devem prevalecer as Convenções de Varsóvia e de Montreal, além de outros acordos internacionais, quando se trata de responsabilidade civil envolvendo transporte aéreo internacional, *o que significa dizer que, nesta matéria, abarcando todo tipo de responsabilidade civil, inclusive a que diga respeito apenas a supostos danos morais, não se pode aplicar o regime jurídico fixado no Código de Defesa do Consumidor, senão aquelas Convenções [...]* (BRASIL, 2017b, grifos nossos).

A sentença de primeiro grau⁶ expôs que tanto o dano material quanto o dano moral poderiam ser limitados pelos tratados internacionais e fariam parte de um mesmo gênero, qual seja a reparação civil no transporte aéreo internacional. Aqui, convém destacar a formulação legislativa constante do Decreto 5.910, de

⁶ Não obstante a crítica que vai no texto, a decisão de primeiro grau procurou seguir a obtusa diretriz legislativa constante do art. 1.039 do CPC, que trata dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos, aplicando ao caso a tese, e não o precedente, como um todo. Destaca-se: “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. [...]”

Comentários à Jurisprudência

27 de setembro de 2006, que entronizou a Convenção de Montreal ao direito pátrio:

Artigo 22 – Limites de *Responsabilidade* Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga

1. Em caso de *dano* causado por *atraso no transporte de pessoas*, como se especifica no Artigo 19, a *responsabilidade* do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

2. No transporte de bagagem, a *responsabilidade* do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, *uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível*. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (BRASIL, 2006, grifos nossos).

A sentença incluiu, na denotação da palavra “dano”, a espécie dano moral, equiparando sua reparação ao ressarcimento do dano material. Assim fazendo, entendeu que a consequência de tais danos estaria incluída na expressão “responsabilidade” constante da formulação normativa.

Ao incluir o dano moral na denotação da palavra “dano” constante da formulação normativa, utilizou a técnica da subsunção para imputar os fatos descritos na inicial à tese fixada no Tema 210, que retrata um fragmento da solução jurídica.

Comentários à Jurisprudência

Conforme se verá mais adiante, no Tema 1.240, o STF entendeu que não há previsão de dano moral nas normas convencionais. A rigor, não há sequer antinomia entre formulações normativas (decretos que entronizaram a Convenção de Varsóvia e de Montreal e o Código de Defesa do Consumidor). O manejo das normas constitucionais importará na exclusão da incidência do art. 178 da CRFB/88 e na aproximação com o princípio da reparação integral decorrente da disposição do art. 5, X, da CRFB/88.

Retomando o *iter* processual, houve apelação do consumidor e o recurso foi provido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para condenar a companhia aérea ao pagamento de R\$12.000,00 (doze mil reais) a título de reparação do dano moral, em razão do atraso de 48h do voo e do extravio temporário (cinco dias) da bagagem do consumidor.

O feito prosseguiu. Houve recurso para o STF no qual a companhia aérea pretendeu fosse aplicado ao caso o Tema 210 (dano material) na linha do que fixado na sentença de primeiro grau. O Tribunal entendeu que o dano moral não está previsto na Convenção de Montreal. O acórdão foi assim ementado:

Direito civil. Responsabilidade civil. Danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional. Inaplicabilidade do Tema 210 da repercussão geral. Distinção. Não incidência das normas previstas nas Convenções de Varsóvia e Montreal. Questão constitucional. Potencial multiplicador da controvérsia. Repercussão geral reconhecida com reafirmação de jurisprudência. Recurso extraordinário a que se nega

Comentários à Jurisprudência

provimento. - O entendimento da Corte de origem não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação dos limites das Convenções de Varsóvia e de Montreal, definida no julgamento do Tema 210 da repercussão geral, está adstrita aos casos de indenização por danos materiais. - Recurso extraordinário não provido. - Fixada a seguinte tese: *Não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional*. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. Não se manifestou o Ministro André Mendonça. No mérito, por unanimidade, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. Não se manifestou o Ministro André Mendonça (BRASIL, 2017b, grifos nossos).

A leitura atenta do acórdão apresenta, como razão de decidir, a inexistência de norma expressa sobre o dano moral nas disposições convencionais e a impossibilidade de tarifação prévia do dano a direito da personalidade. Duas palavras sobre a *ratio decidendi* deste paradigma.

A razão subjacente à limitação de danos das normas convencionais está expressa na exposição de motivos das normas convencionais. Ali, colhe-se, como razão subjacente às disposições, que o que se pretende é a viabilização da atividade econômica e a restituição equitativa e integral dos prejuízos materiais. Sobre o ponto, *verbis*: “[...] RECONHECENDO a importância de assegurar a proteção dos interesses dos usuários do transporte aéreo internacional e a necessidade de uma indenização equitativa, fundada no princípio da restituição [...]” (BRASIL, 2006).

Comentários à Jurisprudência

Sobreleva notar que o dispositivo do art. 22 da Convenção de Montreal (à semelhança do art. 22 da Convenção de Varsóvia), após prever a possibilidade genérica de limitação do dano, prevê a possibilidade de uma “declaração especial” de itens de valor. Uma vez preenchida tal declaração, o transportador deve ressarcir o montante declarado previamente pelo consumidor. Tal sistemática, comum às duas convenções, afasta a possibilidade de inclusão do dano moral na referida norma em razão da impossibilidade de se fixar previamente o valor do dano a direito da personalidade.

Outro ponto a ser destacado é a impossibilidade de tabelamento da quantia reparatória do dano moral. Neste aspecto, o STF já havia fixado a impossibilidade de tarifação do dano moral desde 2004 nos Recursos Extraordinários nº 396.386-4/ SP, nº 420.784-2/ SP e nº 348.827-9, todos da Segunda Turma, relatados pelo Min. Carlos Veloso. Ainda do mesmo órgão fracionário, o RE nº 447.584-7/ RJ, de relatoria do Min. Cezar Peluso. Todos estes recursos trataram da não recepção da lei de imprensa e da impossibilidade da tarifação de danos prevista no referido diploma normativo.

Na ADPF 130, que tratou da não recepção, em bloco, da Lei de Imprensa, o tema da impossibilidade de tarifação do dano moral constou de passagens dos votos dos Ministros Carlos Britto (f. 50), Ricardo Lewandowski (f. 102/103) e

Comentários à Jurisprudência

Gilmar Mendes (f. 304). Todos se manifestaram especificamente sobre a impossibilidade de fixação prévia do dano moral.⁷ Confira-se:

[...] E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido (BRASIL, 2009a, f. 50).

[...] De outro, nos art. 5º, incs. V e X, a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação. São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata - para usar a consagrada terminologia do Professor José Afonso da Silva -, como foi acentuado pelo Deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do texto magno. Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o

⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 17 ago. 2023.

Comentários à Jurisprudência

universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução (BRASIL, 2009a, f. 102/103).

[...] Quanto a esses dispositivos (art. 51 e 52 da Lei de imprensa), há de se assentar não prevalecerem eles, conforme jurisprudência sobre a matéria que já se pode ter como assentada. O Supremo Tribunal Federal (RE 447.584, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 26.03.2007) e o Superior Tribunal de Justiça (Resp. 213.188, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 12.08.2002) já se manifestaram, expressamente, pela não recepção da limitação indenizatória contida na Lei de imprensa [...] (BRASIL, 2009a, f. 304).

Mesmo no nível infralegal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinha entendendo que o dano moral não estaria sujeito à tarifação. Colhe-se do enunciado de Súmula 281 o seguinte texto: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.” Este tribunal tornou a visitar a matéria na sua “jurisprudência em teses” nº 164. Nesse passo, reiterou sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de tarifação do dano moral no transporte aéreo de passageiros. Destaca-se: “[...] 6) *As indenizações por danos morais envolvendo transporte aéreo internacional de passageiros não estão submetidas à tarifação prevista nas normas e nos tratados internacionais, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.*” (BRASIL, 2021).

Para encerrar o ponto, releva notar que o STF revisitou o tema da possibilidade de tarifação do dano moral por ocasião do julgamento conjunto de

Comentários à Jurisprudência

diversas ADIs relativas à reforma trabalhista (6.050, 6.069 e 6.082). Essas ADIs questionaram a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que efetuou diversas inovações na Consolidação das Leis do Trabalho. Dentre tantas, acrescentou os art. 223-A ao art. 223-G. Este último veio acompanhado de um parágrafo que procurou tarifar a reparação do dano moral, nos seguintes termos:

[...]

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (BRASIL, 2017a).

Novamente o tema trouxe alguma celeuma. Aqui, o Min. Relator se manifestou por conferir interpretação, conforme o novel dispositivo, para assentar que os parâmetros legais servem de diretrizes decisórias para que o magistrado possa adequar ao caso concreto a quantia apropriada à lesão ao direito da

Comentários à Jurisprudência

personalidade. Em seu voto, dois aspectos sobressaem: o argumento do direito comparado e o argumento histórico.

O primeiro caminho, na linha de uma fertilização cruzada de ordens jurídicas, que vem sendo percorrido pelo constitucionalismo contemporâneo retrata uma compilação feita a partir do direito comparado na qual o Min. Gilmar apresenta os modelos português, alemão, inglês, canadense, irlandês e, por fim, o modelo italiano, que reputa seja o mais “inspirador” para o direito brasileiro. Nesse modelo, a Lei estabelece parâmetros para a quantificação do dano moral sem fixar, previamente, um valor definido, em razão da própria natureza desse tipo de lesão.

Outro argumento recupera as tentativas de se tariffar o dano moral até o advento do art. 5, X, da CRFB/88, que instituiu o princípio da reparação integral da lesão a direito da personalidade. Nessa toada, apresentou um bosquejo da tariffação do dano moral até o advento da CRFB/88, nos seguintes termos:

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, era comum que os Tribunais aplicassem, analogicamente, diplomas legislativos que previam valores máximos de reparação por danos materiais ou morais em situações específicas. Nesse sentido, além da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa), a Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), por exemplo, definia que o valor da indenização por calúnia, difamação ou injúria deveria ser fixado entre cinco e 100 salários mínimos. De forma semelhante, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) dispunha que ‘a responsabilidade do transportador (arts. 123, 124 e 222, parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (arts. 233, 234, §

Comentários à Jurisprudência

1º, 245), estaria sujeita aos limites estabelecidos neste Título' (art. 257, 260, 262, 269 e 277)'. Todos esses diplomas legislativos compunham o chamado 'Sistema de Tarifação Legal da Indenização', o qual consistiria na 'previsão, pelo legislador do montante da indenização correspondente a determinados eventos danosos' (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010). *Com a promulgação do novo texto constitucional e a inauguração da disciplina do seu art. 5º, inciso V, que consolidou entre nós o princípio da reparação integral do dano, o STF foi chamado a discutir se o modelo de tarifação teria ou não sido recepcionado pela nova ordem. A jurisprudência consolidada deste Tribunal sugere que a constitucionalidade dos sistemas legais de tarifação depende da natureza do dano reparado. Nesse sentido, quando do julgamento do RE n. 636.331, de minha relatoria, entendi pela constitucionalidade do tabelamento fixado na Convenção de Varsóvia, por se tratar apenas de indenização por dano material [...] (BRASIL, 2023a, grifos nossos).*

O Ministro Relator foi acompanhado pelos demais Ministros, restando vencidos os Ministros Rosa Weber e Edson Fachin. O resultado, portanto, veio confirmar a sólida jurisprudência do STF sobre a impossibilidade de tarifação do dano moral. No referido aresto, ficou claro que a impossibilidade de tarifação não impede possa o legislador fixar parâmetros para aferição da lesão e da consequente quantia reparatória. Mister destacar o ponto:

O Tribunal, por maioria, conheceu das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082 e julgou parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que: 1) As redações conferidas aos arts. 223-A e 223-B da CLT não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial

Comentários à Jurisprudência

previstos no art. 223-G, *caput* e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que julgavam procedente o pedido das ações. Plenário, Sessão Virtual de 16.06.2023 a 23.06.2023 (BRASIL, 2023a).



A matéria continua pacífica no âmbito do STF, e tanto o Tema 210 quanto o Tema 1.240 configuram o que, em doutrina, convencionou-se chamar “superprecedentes”.⁸

2.3 Precedentes: entre a subsunção e a comparação

O direito brasileiro vem sofrendo o influxo e um forte movimento pela valorização e sistematização dos precedentes. Nesse sentido, o novo CPC prevê

⁸ Superprecedentes são precedentes de conteúdo amplo e denso capaz de oferecer regras, princípios, *standards*, presunções e rotinas que desoneram as cortes inferiores do ônus argumentativo, simplificando o processo decisório. Confira-se: LEGALE, 2016. Na doutrina alienígena: GERHARDT, 2008, p. 190.

Comentários à Jurisprudência

diversos padrões decisórios que fazem parte desse movimento de aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*.

São inúmeros os esforços teóricos para precisar a denotação de palavras como “tese”, “*ratio decidendi*”, “*obiter dictum*”, “jurisprudência dominante”, “distinção (*distinguishing*, no direito alienígena) entre outras expressões que procuram traduzir o novo paradigma híbrido dominante.

Não se pretende fazer uma aprofundada revisão teórica do raciocínio por subsunção, por ponderação e por comparação.⁹ Apenas destacar que o trabalho com precedentes suscita um raciocínio mais complexo do que a mera subsunção de um problema concreto a um texto legislado, ou a uma tese de repercussão geral.

Padrões decisórios, seja uma tese de repercussão geral ou um enunciado de súmula, representam o fragmento de soluções jurídicas para situações concretas bem delimitadas. É preciso resistir à tentação de utilizar, sempre, a racionalidade da subsunção em tais padrões decisórios.

É certo que a comparação de casos envolve a subsunção no início do processo, quando se procura ajustar os fatos a grupos de casos resolvidos em decisões anteriores. Também é certo que, após a análise discursiva das

⁹ O ponto foi desenvolvido por Robert Alexy (confira-se: ALEXY, 2019, p. 203-2014).

Comentários à Jurisprudência

características relevantes, haverá a aproximação ou o afastamento dos casos anteriores (ALEXY, 2019). A norma prevalente será aplicada por subsunção.

Fixada a premissa de que o método comparativo admite subsunções parciais, deve-se destacar que a comparação de casos envolve duas operações básicas: aproximação, por semelhança, e distinção.

O direito latino-americano permanece impregnado de um formalismo primitivo (ATIENZA, 2017b, p. 57) que pretende ajustar fatos a textos na pressuposição de que existe um essencialismo semântico a contextual e imutável. Assim, fixadas as palavras sacramentais, ontem nos textos legais, hoje nas teses dos Tribunais Superiores, deveria o operador do direito subsumir a situação concreta à interpretação superficial do texto.

Tal forma de operar com o material normativo representa um esforço dos operadores do direito em tentar acompanhar a evolução dos textos normativos e da jurisprudência dos Tribunais. Representa, como ressaltado, uma forma de ver o direito incompleta e inadequada para o novo paradigma emergente.

A sentença de primeiro grau do Tema 1.240 aplicou a tese do Tema 210 por subsunção, e não por comparação de casos. Vê-se que o Magistrado aplicou o método subsuntivo para adequar os danos morais na tese fixada pelo STF no Tema 210 da Repercussão Geral. Nesse ponto, convém destacar que a inclusão do dano material na denotação da expressão “responsabilidade civil” importou

Comentários à Jurisprudência

na aplicação de um mesmo regime jurídico para situações díspares. O caso revela hipótese de sobreinclusão¹⁰ de danos distintos à denotação de tal formulação legislativa, para além da razão subjacente à norma convencional, que só pretendeu regular aspectos econômicos do transporte aéreo internacional.

O método subsuntivo empregado não ofereceu uma solução satisfatória, na medida em que a análise do inteiro teor do RE 636.331 (Tema 210) afasta a tarifação do dano moral por se tratar de um dano a direitos da personalidade. O relator, Ministro Gilmar Mendes, reiterou, expressamente, vetusta jurisprudência do Tribunal acerca da impossibilidade de tarifação do dano moral, esclarecendo, portanto, que o Tema 210 referia-se, apenas, aos fatos materiais: extravio temporário de bagagem, atraso em voo, dano material e prescrição da demanda reparatória de tais danos no transporte aéreo internacional. Esse ponto foi destacado pela Ministra Rosa Weber por ocasião do julgamento do Tema 1.240. Convém destacar o que disse o Ministro Gilmar Mendes:

O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a

¹⁰ Segundo Frederick Schauer, sobreinclusão seria um dos problemas recalcitrantes de uma formulação legal. Ocorre quando a literalidade do texto excede o propósito subjacente que ensejou a promulgação do texto (confira-se: SCHAUER, 2004, p. 101).

Comentários à Jurisprudência

disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Corrobora a interpretação da inaplicabilidade do limite do quantum indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar 'declaração especial' do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal. Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences, e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível. Assim, meu voto é no sentido de declarar a aplicabilidade do 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 (BRASIL, 2017b, grifo nosso).

No voto do Ministro Gilmar, colhe-se, inclusive, a proposta de tese que, talvez, fosse adotada, evitaria a necessidade de se revisitar a matéria para deixar claro que o dano moral não estaria abrangido pela decisão do Tema 210. Confira-se: "Para fins da sistemática da repercussão geral, proponho a seguinte tese: 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." (BRASIL, 2017b).

Embora não tenha prevalecido a redação proposta para a tese, não há dúvida de que o Relator delimitou a possibilidade de tarifação apenas do dano

Comentários à Jurisprudência

material. A omissão da referência ao dano material, como proposto pelo Min. Gilmar tem explicação. É que o Tema 210 resultou do julgamento conjunto de dois recursos. O Recurso Extraordinário 636.331 (que trata da tarifação do dano material) e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618 (prescrição bienal), relatado pelo Min. Luís Roberto Barroso. Nesse recurso, o Ministro deixou consignado que o julgamento envolvia esses dois aspectos delimitadores da controvérsia. Sobre o ponto, convém destacar:

Quanto ao Recurso Extraordinário nº 636.331, este da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o que se discute é a existência, ou não, de um limite material à indenização por danos materiais. E eu aqui estou alinhado também com a posição do Tribunal, referida pelo Ministro Marco Aurélio. Mas essa não foi a discussão neste caso presente. Portanto, também aqui eu acho que se aplica a Convenção de Varsóvia, com a sua indenização tarifada (BRASIL, 2017b).

No debate que se seguiu, além do Min. Luís Roberto Barroso, os Min. Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes fizeram questão de enfatizar a limitação do Tema 210 à discussão da possibilidade de tarifação, apenas, do dano material. Destacam-se as seguintes passagens:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para prestar um esclarecimento, uma vez que aparteei o Ministro Gilmar Mendes, o objeto do Extraordinário de nº 636.331 é único: a indenização por dano material, presente o conteúdo da mala. Não está em jogo aqui a responsabilidade por danos morais.

Comentários à Jurisprudência

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu fiz questão de deixar claro, de qualquer forma, que a *Convenção só limita por dano material*. Portanto, nós não [...] tal como Vossa Excelência já havia firmado [...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A meu ver, como corretamente assentado, tanto pelo Ministro Barroso, como pelo Ministro Gilmar e o Ministro Marco Aurélio, *não está em causa aqui a condenação dos danos morais, até porque o Tribunal tem posição no sentido de cindir essas duas questões*. O Ministro Marco Aurélio foi o Relator de um acórdão, como Sua Excelência revelou, aprovado por unanimidade na Segunda Turma, em que disse o seguinte - Vossa Excelência me corrija se eu estiver errado: *que, com relação aos danos materiais, aplica-se sim a Convenção de Varsóvia*. Mas, tendo em conta as disposições da Constituição, no que tange a proteção do consumidor, se houver dano moral, nesse aspecto, *aplica-se inteiramente o Código do Consumidor, que se encontra inclusive fundado, arrimado na Constituição Federal*. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De acordo.
[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois bem, Vossa Excelência me permite? Eu tenho impressão que a *quaestio iuris* que estamos discutindo aqui é bastante restrita. *O que se decide aqui é saber se, no caso de dano material proveniente de extravio de bagagem, se aplica a Convenção de Varsóvia com as suas alterações, ou o Código do Consumidor*. Quer dizer, nós temos que refinar a nossa tese, nós vamos decidir apenas isso (BRASIL, 2017b, grifo nosso).

A Min. Rosa Weber reiterou a firme jurisprudência do Tribunal quanto à impossibilidade de tarifação do dano moral no transporte aéreo internacional e fez consignar que a questão em julgamento no Tema 210 trataria, apenas, do dano material, nos seguintes termos:

Comentários à Jurisprudência

A leitura das alterações empreendidas na Convenção de Varsóvia e incorporadas ao ordenamento jurídico doméstico autoriza concluir que, nos seus arts. 22 e 25, sempre foram veiculados, com singelas variações, textos normativos suscetíveis de conciliar o mencionado tratado com a indenização ilimitada e integral dos danos materiais. *Esclareço que o enfoque se dá apenas quanto aos danos materiais, pois, como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio, quando do início do julgamento deste feito, na sessão de 08.05.2014, a Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no mencionado pacto internacional.* Transcrevo, por oportuno, a ementa de julgado da Segunda Turma desta Corte, em que sufragado tal entendimento: 'Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. - *O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.*' (RE 172.720, Relator(a): Min. MARCO Aurélio, Segunda Turma, julgado em 06.02.1996, DJ e 21.02.1997 PP-02831 ement vol-01858-04 pp-00727 RTJ vol-00162-03 pp-01093). Circunscrita, pois, à indenização por danos materiais decorrentes da perda, destruição, avaria ou atraso de bagagem – até porque, ênfase, a pretensão deduzida no RE 636.331/RJ diz apenas com tal modalidade de dano -, prevista no art. 22 da Convenção de Varsóvia, não me alinho, *data venia*, forte nas razões adiante elencadas, ao raciocínio desenvolvido no voto proferido, ao julgamento do RE 351.750, pelo eminente Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2023d, grifos nossos).

Acredita-se que a tese não refletiu adequadamente a solução jurídica proposta. Nesse passo, talvez seja oportuno ressaltar que teses, bem como enunciados de súmulas, não dispensam, antes recomendam, a leitura atenta do

Comentários à Jurisprudência

conjunto de precedentes que delimitaram os fatos materiais para os quais se oferece uma solução jurídica.

A redação proposta pelo Min. Gilmar Mendes não prevaleceu em razão da reunião do processo relatado pelo Min. Luís Roberto Barroso. Assim, o Tribunal optou por uma redação minimalista da tese, que não delimitou expressamente a controvérsia aos fatos materiais em discussão.

3 COMPARAÇÃO DE CASOS: PROXIMIDADES E DISTANCIAMENTOS DOS TEMAS 210 E 1.240.

Não obstante os Temas 210 e 1.240 possuírem semelhanças que os aproximam, uma vez que ambos tratam da responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, tem-se que a natureza do dano moral enseja outra solução para a controvérsia constitucional entre os dispositivos envolvidos, art. 5, X, e art. 178 da CRFB/88. As características relevantes da controvérsia (ALEXY, 2019) aproximam o caso tratado no Tema 1.240 do conjunto de casos que trataram da possibilidade de tarifação do dano moral, ao passo que o afasta do Tema 210, que tratou, apenas, da discussão sobre o dano material e da prescrição, nestes casos.

A natureza do dano moral não comporta tarifação e o STF houve por bem realizar uma redução teleológica do art. 22 do Tratado de Montreal. Assim,

Comentários à Jurisprudência

embora a literalidade do texto refira-se à “limitação da responsabilidade” no transporte aéreo, entendeu-se que o dano moral não estaria compreendido na denotação da expressão “responsabilidade” constante da formulação normativa.

Nesse ponto, convém esclarecer que o texto da Convenção de Varsóvia foi elaborado a partir da organização inicial do transporte aéreo e teve por finalidade propiciar alguma previsibilidade e segurança para os agentes econômicos que se lançassem à referida atividade. Com essa finalidade, foram estabelecidas limitações à responsabilidade do transporte aéreo internacional.

A Convenção de Varsóvia foi elaborada no ano de 1929 e ratificada pelo Brasil no Decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931. Já a Convenção de Montreal teve por finalidade “modernizar e refundir a convenção de Varsóvia” e propiciar uma “indenização equitativa fundada no princípio da restituição”, conforme exposição de motivos da referida convenção, de acordo com o decreto que entronizou tal diploma normativo no direito brasileiro, Decreto nº 5.940, de 27 de setembro de 2006 (BRASIL, 2006).

Outro aspecto digno de nota é que no Tema 1.240 pesou, ainda, a necessidade de maior proteção do consumidor quanto a danos à proteção dos direitos da personalidade. Aqui, assentou-se que o interesse de proteger a dignidade humana deve prevalecer em relação ao interesse econômico que

Comentários à Jurisprudência

visa propiciar mais segurança jurídica aos agentes econômicos, finalidade que está na base dos dois tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

4 CONCLUSÃO

O tema abordado propiciou uma reflexão sobre as dificuldades na construção de uma teoria híbrida do precedente capaz de conciliar uma tradição mais formalista, proveniente do sistema do *civil law*, com uma nova sistemática, que reconhece um papel mais construtivo ao precedente.

Como destacado por Manuel Atienza (2017b), a América Latina ainda padece da influência de um formalismo primitivo baseado no fetiche da lei como solução ótima para complexas controvérsias jurídicas. Esse apego ao sentido superficial dos textos resulta em uma tentativa de subsunção das controvérsias a teses abstratas que, como ressaltado, representam fragmentos de decisões anteriores.

Essa herança positivista deita raízes profundas no ordenamento jurídico brasileiro. Acredita-se que até a elaboração de teses excessivamente abstratas demonstra certa preocupação com a fixação de soluções jurídicas sem a devida delimitação fática. Nesse ponto, talvez os Temas 210 e 1.240 possam suscitar uma reflexão pelos operadores do direito no sentido de se fazer um aprimoramento da

Comentários à Jurisprudência

elaboração de teses que, fossem mais amplas e descrevessem os fatos materiais delimitadores da controvérsia, suscitariam menos inquietações.

Acredita-se que os Tribunais, especialmente os de cúpula, devem transmitir diretrizes decisórias de forma mais clara para as instâncias iniciais e para os operadores do direito. Assim, as teses devem refletir a solução jurídica contextualizada pelos fatos materiais, de maneira mais clara e assertiva. Trata-se de injunção legal e importante diretriz para os tribunais brasileiros (art. 926, § 2º, do CPC).¹¹

O resquício formalista também contaminou o legislador que, ao dispor sobre a aplicação dos precedentes fixados nos recursos extraordinário e recurso especial repetitivos, estabeleceu que os tribunais deveriam aplicar aos casos as teses (*rectius*, os precedentes), art. 1039 do CPC.¹² Aqui neste estudo, sustenta-se que as “teses” são fragmentos de precedentes e devem funcionar como índices que remetem o operador do direito para precedentes qualificados. A solução

¹¹ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

¹² “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada [...]” (BRASIL, 2015).

Comentários à Jurisprudência

que se procura está no precedente, e não no fragmento da *ratio decidendi* (tese).

Tanto a legislação brasileira quanto os tribunais superiores precisam enfrentar o viés formalista, que impede a construção de um sistema híbrido capaz de conciliar o método subsuntivo e o método comparativo na construção de soluções jurídicas. A jurisprudência hoje desempenha um papel mais proeminente que outrora. É preciso cuidado na formulação dos enunciados das teses.

No sítio do STF, ao se pesquisar o Tema 210 da Repercussão Geral do STF, ainda aparece a descrição¹³ da controvérsia tal como inicialmente formulada no AI 762.184. Tal paradigma, como ressaltado, era mais abrangente e envolvia o dano material e o moral. Nesse ponto, acredita-se que o STF deveria alterar o tema para adequá-lo à solução proposta. Também deveria acrescentar em suas teses os fatos materiais que delimitaram a solução jurídica, no caso: extravio de bagagem, atraso em voo, dano material.

Noutro *front*, operadores do direito deveriam resistir à tentação de subsumir casos a teses jurídicas como se fossem textos legislados. Sustenta-se que o

¹³ Tema 210 - Descrição: Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 178, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de limitação, com base na Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional), das indenizações por danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem (BRASIL, 2022, grifos nossos).

Comentários à Jurisprudência

método comparativo propicia uma aproximação de casos e uma distinção de acordo com as características relevantes (ALEXY, 2019). Nesse ponto, é essencial para o contexto de justificação que a fundamentação decorra da leitura do inteiro teor do acórdão e dos precedentes correlatos na busca pela identificação de tais características.

Sustenta-se, por fim, que é preciso uma teorização dos precedentes adequada à realidade brasileira. O jurista brasileiro acostumou-se com enunciados de súmulas abstratos criados pela Corte Victor Nunes Leal¹⁴ em uma época que não havia internet, Google ou chatgpt. Tratava-se de um facilitador de pesquisa para o fim de auxiliar os Ministros a conhecerem a jurisprudência dominante do STF.

As súmulas hoje possuem outro papel e caminham ao lado de novas figuras, como teses de repercussão geral, teses de recursos repetitivos, precedentes, fundamentos determinantes, entre outros institutos do modelo híbrido inaugurado pelo novo Código de Processo Civil de 2015. Aqui, deve-se ressaltar que a tecnologia vem provocando uma revolução no direito, e o Judiciário deve incorporar as vantagens desses novos instrumentos de comunicação para aprimorar a prestação jurisdicional.

¹⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema: FERREIRA; FERNANDES, 2013, p. 24-45.

Comentários à Jurisprudência

Teses bem redigidas, capazes de retratar fidedignamente o fragmento da *ratio decidendi* dos precedentes, podem cumprir melhor o papel de diretrizes decisórias para controvérsias jurídicas complexas, trazendo mais segurança e previsibilidade para os agentes econômicos e para todos os brasileiros, equilibrando discursivamente o justo e o bem.

O tema escolhido retrata uma hipótese de distinção (*distinguishing*). Nesses casos, há uma redução teleológica da regra fixada no precedente anterior, diante das características relevantes da nova situação concreta. Espera-se que a jurisprudência assim fixada permaneça íntegra, estável e seja capaz de motivar os agentes econômicos e os operadores do direito na apreciação de casos semelhantes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ATIENZA, Manuel. A propósito do novo Código de Processo Civil brasileiro. Trad. Roberta Simões Nascimento. *Revista Brasileira de Direito*, Passo fundo, v. 13, n. 3, p. 3-15, set./dez. 2017a.

ATIENZA, Manuel. *Filosofia del derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2017b.

Comentários à Jurisprudência

BRASIL. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Distrito Federal. Pleno do STF. Rel. Min. Carlos Brito. DJe de 30.04.2009a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.050*. Distrito Federal. Pleno do STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 18.08.2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.069*. Distrito Federal. Pleno do STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 18.08.2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.082*. Distrito Federal. Pleno do STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 18.08.2023c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5640983>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Agravo de Instrumento n. 762.184*. Rio de Janeiro. Pleno do STF. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe de 18.12.2009b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22AI%20762184%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm.

Comentários à Jurisprudência

BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*, Edição nº 164: Direito do Consumidor VIII. Brasília, p. em 26.02.2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/indemx.php/JuriTeses/article/view/11568/11692>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210>. Acesso em 10 ago. 2023.

Comentários à Jurisprudência

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 348.827-9*. Rio de Janeiro. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Veloso. DJe de 06.08.2004a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261165>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 396.386-4*. São Paulo. Pleno do STF. Rel. Min. Carlos Veloso. DJe de 13.08.2004b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 420.784-2*. São Paulo. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Veloso. DJe de 25.06.2004c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368439>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 447.584-7*. Rio de Janeiro. Segunda Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe de 16.03.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409800>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 636.331*. Rio de Janeiro. Pleno do STF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 25.05.2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Recurso Extraordinário n. 1.394.401*. São Paulo. Pleno do STF. Rel.^a Min. Rosa Weber. DJe de 28.06.2023d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6450365>. Acesso em: 17 ago. 2023. Acesso em: 10 ago. 2023.

Comentários à Jurisprudência

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-RJ, 2007.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Erick Baracho Dore. O STF nas “cortes”, Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, p. 24-45, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/20851/19577>. Acesso em: 17 ago. 2023. Acesso em: 10 ago. 2023.

FERREIRA, Siddharta Legale. Superprecedentes. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 810-845, 2016.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, England, v. XL, n. 2, dec. 1930.

LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: The University of Chicago Press Ltda., 1950.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Routledge, 1997.

Comentários à Jurisprudência

MACEDO, Lucas Buril de Macêdo. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodvm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2021.

RONCHI, Renzo Giacomo. *O Tema n. 793 do STF sob a perspectiva da teoria dos precedentes*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/661375271/Comentarios-a-Jurisprudencia-Ed-2-Renzo-Giacomo-Ronchi#>. Acesso em: 17 ago. 2023. Acesso em: 10 ago. 2023.

SCALIA, Antonin. *Uma cuestión de interpretación: los tribunales federales y el derecho*. Perú: Palestra Editores, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego: um examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução: Claudia Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons, Eiciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. *California Law Review*, Califórnia, v. 83, n. 4, p. 956-1021, jul. 1995.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. Salvador: JusPODIVM, 2021.