



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS
GERÊNCIA DE REGULAÇÃO DA NAVEGAÇÃO MARÍTIMA - GRM/SRG

RELATÓRIO DE AIR

Assunto: Relatório de AIR – Tema 2.2 – Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Trata-se de versão preliminar do relatório de Análise de Impacto Regulatório - AIR do tema 2.2 da Agenda Regulatória do biênio 2020/2021: Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres.

2. A presente proposta foi incluída no bojo desta Agenda a partir de determinação da Diretoria oriunda da Resolução nº 7992/2019 (SEI 1103004), a qual estabeleceu:

Resolve:

Art. 1º Aprovar o Plano de Trabalho GRM (SEI nº 1079630), sobre o tema 2.2 da Agenda Regulatória ANTAQ do biênio 2020/2021, que versa sobre o desenvolvimento de metodologia para determinação de abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres.

Art. 2º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União - DOU.

3. O problema regulatório enfrentado pela ANTAQ no que se refere ao tema é a possível abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres por parte dos transportadores. Nesse sentido, inicialmente define-se o escopo da análise a ser desenvolvida destacando-se que causas decorrentes de ações provenientes dos agentes intermediários/transitários não fazem parte do objeto de análise.

4. Definido o escopo, demonstra-se que a Agência possui fundamentação legal para apreciar o tema. Atividade esta que coaduna com o respeito ao art. 43 da Lei nº 10.233/2011 e a recente lei de liberdade econômica nº 13.874/2019, isto é, não se vislumbra nenhuma proposta de tabelamento de preços.

5. Em seguida, discute-se de forma pormenorizada a controvérsia jurídica referente a sobre-estadia. Sugere-se que de acordo com o nosso ordenamento jurídico, em particular o Código Civil, a conceituação que se aplica à sobre-estadia é de cláusula penal moratória.

6. Definida a natureza jurídica, tem-se a base legal para apreciar as possíveis ações regulatórias no sentido de identificar a existência ou não de abusividade nos preços. Dentre as opções regulatórias vislumbradas, elencou-se: manter o *status quo* (nada fazer); ampliação da transparência por meio de pesquisa periódica de preços; preço de referência e estabelecimento de novos procedimentos para aferição da abusividade.

7. Após análise custo-benefício-risco, sugere-se a realização de pesquisa quadrienal de preços e a definição de novos procedimentos administrativos que concedam robustez técnica na apreciação das possíveis abusividades em casos concretos.

8. O *benchmark* internacional realizado pela Gerência de Desenvolvimento e Estudos (GDE) complementa os assuntos abordados neste relatório, destacando: a factibilidade de conceituação da sobre-estadia como cláusula penal moratória; a proximidade das práticas internacionais e a sugestões regulatórias propostas; frente a metodologia adotada os preços de sobre-estadia pesquisados nos portos de Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Xangai,

apontam, de forma geral, para valores brasileiros em linha com os valores estrangeiros; dada a pequena amostragem a pesquisa de preços de sobre-estadia mostrou-se insuficiente para concluir a respeito da abusividade ou não dos preços e para explicitar eventuais distorções quantitativas de preços e prazos.

9. Ao fim, resume os principais achados decorrentes da análise técnica realizada.

1. INTRODUÇÃO

10. Trata-se de Relatório de AIR preliminar do Tema 2.2 da Agenda Regulatória da ANTAQ biênio 2020/2021. O tema proposto à área técnica da ANTAQ é desenvolver metodologia para determinar a abusividade na cobrança de sobre-estadia (ou *demurrage*) de contêineres.

11. De modo a iniciar a apreciação do tema, propôs-se o Plano de Trabalho GRM SEI 1079630, o qual foi aprovado pela Diretoria Colegiada da Agência por meio da Resolução nº 7922 – ANTAQ, SEI 1103004. Neste plano de forma resumida apresentam-se o escopo do trabalho, os objetivos, a metodologia e o cronograma tentativo das etapas a serem cumpridas até a finalização do tema 2.2.

12. A caracterização e instrução inicial do projeto deu-se na Nota Técnica nº 129/2020/GRM/SRG (SEI 1128179) que sugere como encaminhamento “a realização de consulta interna e tomada de subsídios, com o propósito de: 1) alinhar internamente os entendimentos a respeito da natureza jurídica da *demurrage*; 2) colher contribuições externas que auxiliem a ANTAQ na decisão da melhor opção regulatória referente a natureza jurídica da sobre-estadia; 3) sondar o mercado a respeito da melhor opção regulatória para aferição da abusividade”.

13. As perguntas propostas para a tomada de subsídios foram:

I - Dentre as interpretações existentes sobre a natureza jurídica da *demurrage*, qual melhor se adequa a essa cobrança, indenização ou cláusula penal? Justifique.

II - Pode-se afirmar que o Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner (TCDC) assume o caráter de “contrato de adesão”? Justifique.

III - Na hipótese da *demurrage* assumir a natureza jurídica de cláusula penal, em qual (ais) lei (s) ela melhor se adequa? Por quê?

IV - É possível sustentar juridicamente o entendimento da *demurrage* possuir natureza híbrida, composta de parcela de cláusula penal (multa) e de parcela de indenização (custo de oportunidade)? As práticas de mercado se adequariam a esta definição?

V - Qual a natureza jurídica da *demurrage* em outros países, cite exemplos?

VI - Qual a política regulatória a respeito da *demurrage* em outros países, cite exemplos?

VII - Diante de um preço de referência hipotético, qual a banda, em termos percentuais, você considera justa para a *demurrage* com fins de verificação de abusividade? Justifique.

VIII - O valor cobrado de *demurrage* possui relação direta com o valor do frete presente no BL?

IX - Discorra sobre essas opções regulatórias:

a) não propor metodologia, mas sim política de ampliação da transparência. Isto é, a ANTAQ poderia solicitar aos armadores que enviassem os respectivos valores praticados (valores de tabela) de *demurrage* e também solicitar aos agentes de carga e/consignatários os valores médios praticados de *demurrage*. Essas informações poderiam ser disponibilizadas a todos os interessados pela Agência na mídia digital.

b) propor ao mercado uma metodologia de precificação da sobre-estadia de referência, exemplo, a partir da fórmula $D = a + bX$, onde D = *demurrage*; a = valor de multa; b = coeficiente que representa a indenização e X = valor do frete.

14. A partir das perguntas apresentadas, observa-se que o foco inicial da caracterização foi trazer à tona o debate acerca da natureza jurídica da *demurrage*. A razão para isso é evidente, pois para discussão de proposta de metodologia de averiguação da “abusividade” com fins regulatórios é necessário consenso sobre o enquadramento jurídico do ato. Isto é, a regulação deve atuar em bases legais bem definidas.

15. No caso da sobre-estadia o referido enquadramento não é trivial, pois há ausência de consenso a respeito da natureza jurídica. Além disso, essa dificuldade foi reconhecida pela ANTAQ no processo de elaboração da RN 18, que evitou discutir o tema, para que isso não impedisse que as importantes inovações regulatórias decorrentes desta Resolução Normativa fossem implementadas (vide Nota Técnica 20/2015 – GRM).

16. A tomada de subsídios nº 03/2020/SRG – ANTAQ foi realizada no período de 21/09/2020 a 16/10/2020 e, posteriormente, foi prorrogada até 03/11/2020.

17. A tomada contou com ampla participação dos agentes de mercado interessados no tema e teve 30 (trinta) contribuições. Os participantes não se ativeram somente às perguntas apresentadas, mas também apresentaram novas informações por meio de documentos anexos. Tais contribuições foram de suma importância para elaboração deste relatório.

18. Assim, além desta breve introdução, o presente relatório é composto pelas seguintes seções: problema regulatório, agentes econômicos, fundamentação legal, natureza jurídica, benchmark internacional, opções regulatórias (avaliação custo-benefício-riscos), proposta regulatória, estratégia de implementação, encaminhamentos e conclusão.

2. PROBLEMA REGULATÓRIO

19. A questão da sobre-estadia é um problema posto para a ANTAQ. Existem manifestações de ouvidoria e denúncias afirmando que há abusividade ou sobre preço na cobrança de *demurrage*. Em pesquisa recente sobre usuários da cabotagem realizada pela Agência, verificou-se que a sobre-estadia de contêineres é problema para 73% dos usuários (vide http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Estudo_Cabotagem_06-02.pdf).

20. Pois bem, cada caso concreto possui as suas especificidades e deve ser avaliado sob esse prisma. O fato é que na maioria dos casos a ANTAQ não identificou a existência de preços abusivos e ao mesmo tempo verificou que não existe política regulatória sobre o tema, vide, por exemplo, processo SEI nº 50300.013648/2019-58.

21. Por estes motivos, a Diretoria Colegiada introduziu o tema 2.2 na Agenda Regulatória. Nesse sentido, cumpre especificar o problema regulatório que será apreciado e, de modo didático, o primeiro passo é verificar quais os atores que se interessam ou são afetados pela sobre-estadia.

22. Em linhas gerais, os interessados no tema são todos aqueles abarcados pela RN 18, isto é, usuários, agentes intermediários e empresas que operam nas navegações de cabotagem e longo curso (transportadores de contêineres). Neste trabalho, adotam-se os conceitos definidos na RN 18:

Art. 2º Para os efeitos desta Norma são estabelecidas as seguintes definições:

(...)

II – agente intermediário: todo aquele que intermedeia a operação de transporte entre o usuário e o transportador marítimo ou que representa o transportador marítimo efetivo, podendo ser:

a) agente transitário: todo aquele que coordena e organiza o transporte de cargas de terceiros, atuando por conta e ordem do usuário no sentido de executar ou providenciar a execução das operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo propriamente dito, sem ser responsável por emitir conhecimento de carga ou Bill of Lading – BL;

b) transportador marítimo não operador de navios: a pessoa jurídica, conhecida como Non-Vessel Operating Common Carrier – NVOCC, que não sendo o armador ou proprietário de embarcação responsabiliza-se perante o usuário pela prestação do serviço de transporte, emitindo conhecimento de carga ou BL, agregado, house, filhote ou sub-master, e

subcontratando um transportador marítimo efetivo; ou

c) agente marítimo: todo aquele que, representando o transportador marítimo efetivo, contrata, em nome deste, serviços e facilidades portuárias ou age em nome daquele perante as autoridades competentes ou perante os usuários;

(...)

XI - consignatário: todo aquele que retira a mercadoria, após a realização de transporte marítimo, mediante a apresentação do conhecimento de carga ou BL, mesmo que não tenha contratado esse transporte;

XII - embarcador: todo aquele que embarca mercadoria no transporte marítimo e consta nesta qualidade no conhecimento de carga ou BL, podendo ser responsável ou não pela contratação do referido transporte.

(...)

XX - sobre-estadia de contêiner: valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos dias que ultrapassarem o prazo acordado de livre estadia do contêiner para o embarque ou para a sua devolução;

(...)

XXIV - transportador marítimo efetivo: todo aquele que realiza o transporte de cabotagem ou de longo curso, em embarcação própria ou alheia, emitindo conhecimento de carga ou BL – único, genérico ou máster;

XXV - usuário: todo aquele que contrata, diretamente ou por meio de um agente intermediário, o transporte marítimo de cargas de sua propriedade ou posse, ou a operação nas navegações de apoio marítimo ou portuário.

23. De modo simplório, tem-se que a possível abusividade da cobrança de sobre-estadia decorreria da relação comercial existente entre o transportador marítimo e o consignatário da carga. Isso nem sempre é o caso. O Conselho dos Exportadores de Café do Brasil (Cecafé) em contribuição a tomada de subsídios relata caso concreto em que a possível abusividade em desfavor da usuária seria decorrente da cobrança do agente representante do armador e não do armador em si:

XXX, usuária de serviços, de um lado, e o agente intermediário YYY - 0308920-20.2015.8.24.0033, em curso na 3ª. Vara Cível da Comarca de Itajaí, em cobrança de demurrage com termo que não cobria os contêineres da NYK, e sem que a autora usuária tenha tido acesso ao valor da demurrage do armador NYK, cinco vezes superior ao do armador (USD 300 X EUR 52), com free time de 4 dias. Nesse processo, a cláusula 13 do termo assinado entre as partes (doc. 04), não há período de free time, e o valor da demurrage para um contêiner Refrigerado é USD 300,00 a partir do 11º dia.

...

(...) proibição do agente intermediário cobrar valor superior ao do transportador marítimo (...).

24. O caso apresentado pela Cecafé deve ser apreciado pela Fiscalização da ANTAQ, de toda forma entende-se que situações de abusividade podem ser originárias da relação entre o usuário e agentes intermediários. No entanto, este não é o foco deste trabalho, adentrar nessa seara nos remeteria a estudar as causas da sobre-estadia e sabe-se que o rol destas pode ser extenso: impedâncias criadas pelos agentes intermediários para cobranças de *spread*, ineficiências logísticas (operacional e administrativa), desconhecimento de boas práticas de gestão de sobre-estadia etc.

O Guia de Melhores Práticas divulgado pela FIATA (FIATA, 2018) reconhece que as taxas de sobre-estadia e detenção são importantes e instrumentos válidos para os armadores assegurarem o retorno de seus equipamentos o mais rápido possível e os usuários que excederem a duração contratual devem ser cobrados de acordo. Contudo, a FIATA não acredita que os embarcadores devam estar sujeitos a injustas ou não razoáveis cobranças desta natureza, especialmente quando o atraso ocorre por falta do armador (retirado do estudo da GDE, SEI 1180937).

25. No estudo realizado pela GDE a ser analisado na sexta seção deste relatório, vê-se presente a preocupação em destacar a existência de diversas outras causas da existência e abusividade da sobre-estadia. Inclusive há um capítulo exclusivo para abordar o tema. Reconhece-se a importância disto, mas as opções regulatórias decorrentes destas causas seriam diferentes das que sugere-se nas seções seguintes. Isto é, apreciar neste trabalho a denúncia da Cecafé faria com que fosse necessário identificar as possíveis causas como as citadas acima e os interesses/ações de diversos agentes intermediários. Entende-se que para isso seria necessário a realização de outro AIR com foco exclusivo no possível problema regulatório proveniente das relações entre usuários e agentes intermediários.

26. Assim, dado que a demanda é desenvolver metodologia para apuração da abusividade restringe-se o problema a cobrança de *demurrage* efetuada pelo transportador perante o consignatário. Sendo a causa deste problema a inexistência de procedimentos metodológicos para análise de situações de possíveis abusividades na cobrança de sobre-estadia.

3. AGENTES ECONÔMICOS

27. Na seção anterior na qual se discorre sobre o processo regulatório evidencia-se que a abusividade da cobrança de *demurrage* e sua possível política regulatória interessa a todos os atores regulados pela RN 18.

28. No entanto, dado que o foco é metodologia para apuração da abusividade, de modo a atingir o objetivo demanda, não se pretende adentrar as diversas causas da existência e de possível sobre-preço na cobrança da *demurrage*.

29. Deste modo, os atores a serem investigados neste trabalho, no que diz respeito a suas ações e interesses são os transportadores marítimos efetivos e os usuários conforme definido na RN 18:

XXIV - transportador marítimo efetivo: todo aquele que realiza o transporte de cabotagem ou de longo curso, em embarcação própria ou alheia, emitindo conhecimento de carga ou BL – único, genérico ou máster;

XXV - usuário: todo aquele que contrata, diretamente ou por meio de um agente intermediário, o transporte marítimo de cargas de sua propriedade ou posse, ou a operação nas navegações de apoio marítimo ou portuário.

4. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

30. A proposta apresentada pela Diretoria Colegiada no tema 2.2 consiste em estudar a viabilidade de aperfeiçoamento da RN 18 no que diz respeito ao problema regulatório acima descrito que envolve a sobre-estadia de contêineres.

31. Assim sendo, a fundamentação legal que embasa esta é iniciativa é a mesma que fundamentou a edição da RN 18. Primeiramente, pode-se citar a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre e criou a ANTT e a ANTAQ, a qual estabelece que:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura (sic) de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

32. Em resumo, pode-se afirmar que o objetivo da ANTAQ é implementar as políticas públicas setoriais e garantir a prestação do serviço adequado, harmonizando os interesses dos agentes de mercado. O tema *demurrage* é sem dúvida caso de desarmonia e de conflito entre os agentes do mercado, cabendo a Agência atuar para evitá-lo.

33. Adicionalmente, observa-se que a mesma Lei determina a tutela dos usuários como um dos principais objetivos no gerenciamento da operação dos transportes aquaviários:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura (sic) e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

(...)

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

IV – assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;

34. O presente estudo, como afirmado, tem como objetivo avaliar possíveis metodologias de apuração da abusividade da sobre-estadia de contêineres. Assim, não é possível de antemão afirmar se é necessário propor alguma política regulatória (ao final do texto isso será elucidado). No entanto, caso se proponha ato normativo, a Lei nº 10.233 concede à ANTAQ essa competência:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura(sic) aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

35. Em resumo, a Lei de criação da ANTAQ traz os elementos necessários para fundamentar a realização do presente estudo.

36. Nesta seção cumpre também esclarecer o que pode ter sido mal entendido pelos participantes da tomada de subsídios. Faz-se aqui referência a última pergunta, abaixo reproduzida:

Discorra sobre essas opções regulatórias:

I - não propor metodologia, mas sim política de ampliação da transparência. Isto é, a ANTAQ poderia solicitar aos armadores que enviassem os respectivos valores praticados (valores de tabela) de demurrage e também solicitar aos agentes de carga e/consignatários os valores médios praticados de demurrage. Essas informações poderiam ser disponibilizadas a todos os interessados pela Agência na mídia digital.

II - propor ao mercado uma metodologia de precificação da sobre-estadia de referência, exemplo, a partir da fórmula $D = a + bX$, onde D = demurrage; a = valor de multa; b = coeficiente que representa a indenização e X = valor do frete.

Caso identifique terceiras opções, apresente e justifique.

37. Em particular, tratando-se do item II, a partir das respostas apresentadas na tomada de subsídios percebe-se que o entendimento geral do mercado foi que a ANTAQ estaria almejando estabelecer em normativo fórmula para precificação da sobre-estadia. Isto é, a ANTAQ estaria infringido as decisões privadas de precificação. Abaixo, citam-se exemplos desse entendimento, que preponderou nas respostas dos transportadores e seus representantes:

Asia Shipping

Assim, ao analisar a possibilidade desta Agência em estabelecer limites subjetivos para a cobrança de valores de sobre-estadias de contêineres, não podemos desconsiderar que o instituto da demurrage é oriundo do direito privado, e que como tal encontra-se tutelado pelo princípio da liberdade de contratar.

(....)

Em conclusão, observa-se que, caso a metodologia aplicada imponha limites aos valores e condições para a cobrança de sobre-estadias de contêineres, objeto de livre negociação entre as partes, parece que a ANTAQ poderia ultrapassar sua competência regulatória, tendo em vista que interfere no livre mercado e na liberdade econômica, na medida em que são impostos limites que poderão inviabilizar as negociações usuais do mercado.

Maersk

Ter esse elemento do acordo comercial substituído por uma diretiva governamental prejudicaria todo o arranjo contratual e colocaria em risco a capacidade das partes comerciais de confiar em seus acordos comerciais. Se a ANTAQ buscasse uma abordagem regulatória semelhante à “opção regulatória II” supra, e procurasse impor

restrições à liberdade de contrato, todo o ambiente de contratação do comércio internacional se tornaria muito menos flexível e teria menor agilidade na resposta às forças do mercado.

Centronave

A fixação do montante cobrado tem como base a valoração comercial de mercado e concorrencial, levando-se em conta fatores compensatórios, inibitórios e punitivos. Descabida, portanto, a elaboração de uma fórmula geral que se preste a enquadrar e definir os preços de cobrança das sobre-estadias de contêiner no território nacional. O cálculo desta quantia é demasiado complexo e multifatorial para ser resumido em uma simples equação de primeiro grau.

WSC

As noted in the other answers, detention and demurrage charges are part of longstanding commercial practices in the shipping industry serving multiple purposes, and WSC is not aware of any country that has taken the drastic step to insert itself into the private commercial negotiations of parties as it relates to these charges. While ocean carriers understand the benefits to all stakeholders of increased transparent practices as described in Item 1 above, and certainly other countries like Brazil in NR 18/2017 and the United States in the recently adopted interpretive rule have supported such concepts of transparency, it would indeed be extremely unusual for ANTAQ, under Item II above, to go a step further and propose to the market that a particular methodology be used in all cases for the pricing of detention and demurrage, or otherwise mandate that certain commercial contract terms be used on a generic basis.

Bruno Tussi

A precificação (opção II), (...), é totalmente inviável, por caracterizar absoluta infringência aos ditames legais e contratuais e, principalmente, à liberdade contratual.

Login

Conforme disposto no artigo 43, da Lei nº 10.233/2001, a atividade de navegação é exercida em regime de liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição. Sendo assim, considerando que a atividade é exercida em livre mercado, a regulação de preços, tarifas e indenizações NÃO é a medida regulatória recomendável, tendo em vista os conhecidos prejuízos de qualquer intervenção estatal no livre estabelecimento de valores contratuais (...).

38. Importante explicitar que em nenhum momento ao propor essa pergunta a ANTAQ teve o intuito de desrespeitar o art. 43 da Lei nº 10.233/2011 e a recente lei de liberdade econômica nº 13.874/2019:

Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de liberdade econômica):

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

(...)

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

(...)

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

(...)

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001:

Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

(...)

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição.

39. Ao se tratar da Lei de liberdade econômica, observa-se que o art.7º altera o Código Civil, em particular o art. 421:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

40. Isto é, os agentes econômicos possuem liberdade para atuação desde que respeitem a função social do contrato, no caso em discussão (contrato de transporte) esta função incorpora o conceito de modicidade em contraposição ao conceito de abusividade. Isso é expresso na RN 18, ao citar os deveres dos transportadores:

Art. 3º Os transportadores marítimos de longo curso e cabotagem e os agentes intermediários devem observar permanentemente, no que couber, as seguintes condições para a prestação do serviço adequado:

...

VII - modicidade caracterizada pela **adoção de preços, fretes, taxas e sobretaxas em bases justas, transparentes** e não discriminatórias e que reflitam o equilíbrio entre os custos da prestação dos serviços e os benefícios oferecidos aos usuários, permitindo o melhoramento e a expansão dos serviços, além da remuneração adequada.

...

Art. 5º Os transportadores marítimo e os agentes intermediários devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, **aumentar arbitrariamente os lucros**, ou exercer de forma abusiva posição dominante.

41. Assim, ao apresentar a referida pergunta, o intuito da área técnica foi discutir com o mercado a possível fórmula para constituição de valor de referência da sobre-estadia a ser utilizado pela ANTAQ em eventuais casos concretos, nos quais a Agência fosse instada a se manifestar a respeito de abusividade. Isto é, a ANTAQ reconhece que o preço é livre e determinado na livre negociação entre os participantes do mercado. Este intuito será explanado com detalhes na seção das opções regulatórias.

42. Assim, passa-se a discussão da natureza jurídica da sobre-estadia.

5. NATUREZA JURÍDICA

5.1. Definição e previsão legal

43. A sobre-estadia de contêiner, definida como o atraso ou avanço no tempo de utilização de um navio ou de uma unidade de carga além do prazo pactuado no contrato de transporte marítimo, em dias corridos de livre estadia, para a devolução ou o seu embarque, resulta para o contratante na obrigação de pagamento em favor do proprietário do pagamento de quantia em dinheiro.

44. Tornou-se bastante comum chamar a sobre-estadia de contêiner de *demurrage* ou *detention*, diferenciando-se o atraso na devolução da unidade de carga na importação de *demurrage*, e a devolução extemporânea pelo tomador do contêiner na exportação de *detention*. Todavia, conforme explicita Rodrigo Marchioli^[1], *detention* é a extrapolação de período especificado em determinado instrumento, o qual pode ensejar a cobrança de *demurrage*, desde que tais valores estejam previamente acordados entre as partes. Em outras palavras, *detention* significa a demora pela utilização do equipamento ou veículo, fora do período de franquia, sem necessariamente ensejar o pagamento de determinada quantia; e, *demurrage* é o valor ou cobrança devida por aquele que disponibilizou o equipamento ou veículo contra aquele que o tomou, e incorreu em *detention*.

45. A cobrança da *demurrage* de contêiner no Brasil originou-se do entendimento que o

contêiner é parte integrante do navio. Assim, se a caixa de transporte não estiver acoplada à embarcação e pronta para o início da expedição marítima seguinte, o armador sofrerá o prejuízo decorrente da ausência do compartimento na embarcação, isto é, a perda de oportunidade de exercer sua atividade-fim, qual seja, o frete. Nasce daí o fundamento jurídico, atualmente entendido como de regime jurídico indenizatório, que visa à reparação desse dano^[2].

46. O embasamento legal para confirmar o entendimento de que o contêiner faz parte do navio vem do artigo 3º da [Lei nº 6.288, de 11 de dezembro de 1975](#), segundo o qual “o contêiner não constitui embalagem das mercadorias, sendo considerado sempre um equipamento ou acessório do veículo transportador”, e do artigo 24 da [Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998](#), segundo o qual “a unidade de carga não é considerada embalagem e faz parte integrante de um todo”^[3].

47. Apesar de considerado parte do navio, o contêiner pode ser de propriedade do transportador ou de proprietário independente. Este último, pode fornecer-lo ao transportador por meio de *leasing*. Em caso de sobre-estadia, importante destacar que o credor será o transportador^[4].

48. Ademais, a *demurrage* aplicada aos contratos de afretamento de navios gera efeitos jurídicos e comerciais diretamente entre o fretador e o afretador, podendo também, excepcionalmente e conforme o caso, gerar efeitos indiretos aos donos das cargas, mas não tem nenhuma relação com a não entrega ou a não devolução pontual do contêiner, e sim com a devolução do navio. Trata-se de instituto regulado pelo [Lei nº 556, de 25 de junho de 1850](#) desde 1850. A *demurrage* aplicada aos contêineres na importação gera efeitos jurídicos e comerciais entre o armador (*carrier*) e o consignatário da carga, em alguns casos envolvendo até mesmo terceiros, como o próprio agente de cargas, o despachante aduaneiro ou o NVOCC, variando caso a caso^[5]. Neste relatório, conforme exposta na segunda seção estuda-se a relação entre o transportador e o consignatário da carga.

49. A cobrança de sobre-estadias de contêineres não possui previsão expressa na legislação brasileira, sendo aplicada por analogia as regras para *demurrage* de navios previstas no Código Comercial de 1850 (cujos dispositivos relacionados ao comércio marítimo não foram revogados pelo Código Civil de 2002). Destacamos os arts. 567 e 591:

Art. 567 - A carta-partida deve enunciar:

(...)

5 - o tempo da carga e descarga, portos de escala quando a haja, as estadias e sobre estadias ou demoras, e a forma por que estas se hão de vencer e contar;

6 - o preço do frete, quanto há de pagar-se de primagem ou gratificação, e de estadias e sobre estadias, e a forma, tempo e lugar do pagamento;

(...)

Art. 591 - Não se tendo determinado na carta de fretamento o tempo em que deve começar a carregar-se, entende-se que principia a correr desde o dia em que o capitão declarar que está pronto para receber a carga; se o tempo que deve durar a carga e a descarga não estiver fixado, ou quanto se há de pagar de primagem e estadias e sobreestadias, e o tempo e modo do pagamento, será tudo regulado pelo uso do porto onde uma ou outra deva efetuar-se.

50. Em âmbito infralegal, as definições de livre estadia (*free time*) e de sobre-estadia de contêiner estão previstas no art. 2º, incisos XIX e XX da [Resolução Normativa ANTAQ nº 18, de 21 de dezembro de 2017](#):

Art. 2º (...)

(...)

XIX - livre estadia do contêiner (*free time*): prazo acordado, livre de cobrança, para o uso do contêiner, conforme o contrato de transporte, conhecimento de carga ou BL, confirmação da reserva de praça (*booking confirmation*), ou qualquer outro meio disponibilizado pelo transportador marítimo;

XX - sobre-estadia de contêiner: valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos dias que ultrapassarem o prazo acordado de livre estadia do contêiner para o embarque ou para a sua devolução.

51. A norma adicionalmente prevê, além da contagem do prazo de estadia e a responsabilidade do usuário (arts. 20 e 21), a disponibilização das regras e valores de sobre-estadia ao consignatário, endossatário e portador do conhecimento de embarque:

Art. 19. As regras e os valores de sobre-estadia, bem como o número de dias de livre estadia do contêiner deverão ser disponibilizados até a confirmação da reserva de praça ao embarcador,

5.2. Sobre-estadia de navio e sobre-estadia de contêineres

52. Na ausência de legislação específica sobre o tema, e diante da necessidade de reparar eventuais prejuízos pela não devolução do contêiner, o Poder Judiciário e boa parte da doutrina, baseado no [Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942](#), conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, equipararam a *demurrage* de contêineres às regras do Código Comercial ([Lei nº 556, de 1850](#)) aplicadas à *demurrage* de navios.

53. A maior parte dos estudos disponíveis acerca da sobre-estadia de contêiner inspira-se em autores das décadas de 50 e 60 que tratavam da aplicação do instituto nas operações com navios, sem, contudo, abordar aspectos do transporte de mercadorias em contêineres, consolidados a partir da década de 80. A discussão ganhou destaque com o processo de unitização de cargas em contêineres que, considerando a história da navegação, trata-se de situação recente^[6].

54. James Winter ressalta o risco da aplicação irrestrita do uso e costumes para a sobre-estadia de contêiner, isso porque a parte não revogada do Código Comercial foi elaborada em 1850, data em que nem sequer existia o uso de contêineres no transporte marítimo mundial. Como não é demasiado reforçar, o uso de tais unidades de carga só começou efetivamente no Brasil após 1980, praticamente mais de cento e trinta anos após a entrada em vigor do Código Comercial^[7].

55. Ainda que se leve em consideração o custo que o armador teria com a sobre-estadia de contêiner, chama a atenção o autor sobre a utilização de *leasing* de contêineres por significativa parte dos armadores no transporte marítimo internacional e a discrepância entre quanto se paga por diária de *leasing* de contêiner e quanto se cobra pela diária do mesmo contêiner a título de *demurrage*^[8]. Tal circunstância facultaria-lhes plenas condições de, a qualquer tempo, substituir as caixas para não atrasar ou impedir o início da viagem^[9].

56. Ressalta, por fim, que o contrato de afretamento envolve a devolução da embarcação (navio) fora do *laytime* ou *layday*, e o contrato de transporte trata da devolução do contêiner fora do prazo (*free time*), com base no BL ou Conhecimento de Transporte ou no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner. Trata-se de fatos diferentes, originados de tipos de contrato e objetos diferentes, com consequências práticas jurídicas diferentes, tendo de comum apenas o “atraso” ou “demora” na devolução do bem.

57. Dessa maneira, não se deve confundir *demurrage* de navio com a *demurrage* de contêineres, aqui tratada simplesmente como sobre-estadia. Muito embora esta derive daquela, há diferenças entre os institutos, que nem sempre recebem a mesma nomenclatura. Há países, inclusive, que não se referem à sobre-estadia de contêiner com a palavra *demurrage*, mas sim puramente *container detention* ou *container laydays*. No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, a sobre-estadia, ou *demurrage*, refere-se tanto ao contêiner quanto ao navio, porquanto que decorrentes do mesmo fator, qual seja o trespasse do tempo livre, seja ele intitulado de *free time* ou *laydays* (*laytime*)^[10].

58. Muito embora a cobrança de sobre-estadias decorra do próprio contrato celebrado entre as partes, é praxe da atividade marítima que seja requerido ao consignatário da carga, quando da retirada da unidade, a assinatura de um Termo de Compromisso, no qual reitera sua obrigação de devolução das unidades envolvidas, bem como os valores de *free time* e taxas de *demurrage* que serão devidas em eventual retenção indevida^[11]. As cláusulas do referido termo determinam, entre outras obrigações, o valor em razão de eventual atraso na devolução e conservação da unidade, trazendo segurança às partes envolvidas na demanda, e reiterando termos que constavam do Conhecimento de Embarque.

59. Importante lembrar que a [Resolução Normativa ANTAQ nº 18, de 2017](#), em seu artigo 30, incisos I, II e III, estabelece penalidades e multas de cunho pecuniário em relação a forma de cobrança da sobre-estadia:

Art. 30. Constituem infrações administrativas de natureza média:

I - cobrar valor de sobre-estadia de contêiner referente ao prazo de livre estadia: multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

II - deixar de manter disponível ao embarcador, ao consignatário, ao endossatário e ao portador do conhecimento de carga – BL, a partir do primeiro dia de contagem da sobre-estadia, enquanto esta durar, a identificação do contêiner e o valor diário de sobre-estadia a ser cobrado: multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

III - cobrar valores diretamente de terceiros estranhos à relação jurídica estabelecida no contrato: multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

60. Alguns autores alegam que o termo de compromisso de devolução de contêiner (TCDC) consistem em termo de adesão, de modo tal que a demurrage é passível de cobrança devido a assinatura do referido termo que fixa o seu custo. No entanto, como destacado o TCDC é obrigação subsidiária e acessória ao contrato de transporte^[12], de tal forma que alguns transportadores como visto na tomada de subsídios não o aplicam. Isso, por sua vez, não impede a existência da sobre-estadia e sua cobrança.

5.3. Código de Defesa do Consumidor

61. Diversos doutrinadores consultados investigam a controvérsia da definição de consumidor sob o prisma do contrato de transporte de coisas acondicionadas em contêineres.

62. Marchioli^[13] explicita que, de modo geral, foram engendradas duas teorias para enfrentar essa problemática: a finalista (ou corrente subjetiva) e a maximalista (ou corrente objetiva).

63. Segundo a teoria finalista, o tomador do contêiner não será considerado consumidor quando for elo da cadeia produtiva, isto é, fornecedor (ex. exportador, importador) ou prestador de serviço (ex. agente de carga, *trading company*), independentemente das especificidades que o levaram a contratar o transporte. A contrário senso, será consumidor quando for destinatário final da carga, e não a utilizar enquanto insumo da sua produção, prestação de serviço ou comercialização, nos termos do artigo 2º, da [Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](#). Isso porque, segundo o raciocínio finalista, prevalece a noção subjetiva de consumidor (ou noção *stricto sensu*), isto é, a ideia de que o consumidor é alguém que não se utiliza do bem ou serviço adquirido com finalidade profissional-empresarial, com vistas ao lucro.

64. Para os defensores da teoria maximalista, não importa se o consumidor é destinatário final econômico do bem ou do serviço, mas tão somente se ele é destinatário final fático. Aqui, abarca-se as relações jurídicas com aspecto profissional-empresarial, com vistas ao lucro, nas quais os produtos e os serviços são adquiridos enquanto insumos, pouco importando, portanto, em que local esse consumidor se insere na cadeia produtiva.

65. Destaca o autor que fica bem clara a intenção dos maximalistas em tutelar, sob a égide do [Código de Defesa do Consumidor](#), o maior número possível de pessoas consumidoras, notadamente para proteger o consumidor empresário- profissional, não necessariamente exposto a condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica ou técnica.

66. Nos contratos de transporte por contêiner, pactuados entre pessoas jurídicas profissionais, entretanto, embora se verifique marcante vulnerabilidade fática entre as partes componentes da relação jurídica, pela enorme assimetria econômica, notadamente entre os transportadores marítimos e a grande massa de empresas de pequeno e médio porte que afretam a unidade de carga, não é possível estabelecer, *a priori*, que o liame obrigacional entre as partes é de caráter consumerista. Isso não significa, todavia, que não se possa nessas situações analisar concretamente, caso a caso, e se concluir que se trata, de fato, de hipótese de incidência do [Código de Defesa do Consumidor](#), na linha, inclusive, do que já decidiu o STJ^[14].

67. Por fim, conclui Marchioli^[15] que nos contratos de transporte por contêiner celebrados entre pessoas jurídicas profissionais, mais do que possível, é imprescindível ter-se em firme linha de conta os ditames insculpidos no [Código de Defesa do Consumidor](#), precipuamente quanto aos princípios de transparência (artigo 4º, *caput*), informação (artigos 4º, inciso IV, 6º, inciso III, 30, 36) e não-abusividade (artigos 4º, inciso VI, 6º, inciso IV, 37, *caput*, 39 e incisos, e 51, inciso IV), em diálogo, nas formas mencionadas acima, com os princípios previstos no [Código Civil](#) de boa-fé (artigos

113, 128, 187 e 422) e função social (artigos 421 e 2.035, parágrafo único), inquestionavelmente aplicáveis às avenças cingidas neste estudo.

68. Contudo, conforme aponta Maurício Cabral^[16], a jurisprudência possui dificuldade em reconhecer a vulnerabilidade do importador nessa situação. Os tribunais só admitem a existência de vulnerabilidade nas situações em que o importador figura como consumidor intermediário (teoria finalista temperada).

69. Todavia, conforme ensinamentos de Eliseu Jusefovicz^[17], apesar do princípio do *pacta sunt servanda* possuir aplicação de maior intensidade nas relações empresariais, a proteção ao vulnerável contratual é suficientemente regulada pelo código civil:

Tudo indica que, independentemente de ser ou não, uma relação de consumo, o controle interno do conteúdo contratual deve sustentar-se sempre que a parte mais forte, aproveitando-se do seu poder negocial ou da situação de desigualdade, predispõe cláusulas no contrato que, por um lado, internalizam direitos e benefícios, e, por outro lado, externalizam custos, impondo à contraparte (mais fraca) obrigações, encargos, ônus, etc., que criam uma situação de grave desequilíbrio contratual.

70. Winter^[18] ressalta a excepcionalidade de se afastar o princípio do *pacta sunt servanda*. Para o autor, sua flexibilização somente deverá ocorrer quando caracterizada a abusividade ou má-fé da parte contrária na cobrança da *demurrage*, em face dos termos do contrato de adesão, com base no artigo 423 do Código Civil.

71. Nesse sentido, como ensina Alves^[19], o [Código Civil](#) de 2020 oferece aos contratantes o íntegro equilíbrio de interesses, por meio do princípio da boa-fé:

A irrevogabilidade ou imutabilidade do *pacta sunt servanda*, cujo axioma configura o princípio da obrigatoriedade dos contratos, em observância de que os pactos devem ser cumpridos (art. 427), com risco de perdas e danos pelo inadimplemento (art. 389), cede lugar a uma relatividade dogmática, a reprimir a falta de idêntica liberdade entre as partes contratantes, o proveito injustificado, a onerosidade excessiva, admitindo a correção dos rigores contratuais ante o desequilíbrio contratual. (...) A primeira novidade é, portanto, a oferecida pelo art. 421 do Código, acentuando a diretriz da sociabilidade do direito, com o princípio da função social do contrato, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. O reflexo social da norma serve de escopo de garantia ao íntegro equilíbrio entre os interessados dos contratantes e os da comunidade, superando a dicotomia entre interesses privados e coletivos.

72. Portanto, sem esgotar todas as antinomias decorrentes da interpretação sistemática do tema, são adequados ao presente estudo a congregação dos princípios gerais de boa-fé do [Código Civil](#) com o restante do arcabouço aplicável ao contrato de transporte entre pessoas jurídicas profissionais, tanto nacional quanto internacional, sem deixar de lado as especificidades que marcam os subsistemas particulares.

5.4. Indefinição jurídica

A indefinição conceitual e jurídica da *demurrage* é tema que não possui entendimento pacífico. Azeredo Santos demonstrava em 1968 as principais correntes sobre a matéria^[20]:

São conhecidas as divergências sobre a natureza jurídica das sobre-estadias, podendo-se resumi-las desta forma:

- a) é o prolongamento do tempo necessário ao carregamento do navio, não se devendo falar em culpa do carregador. Corresponderá, assim, a remuneração ou frete suplementar;
- b) é uma cláusula penal, em caso de mora, uma pena ou multa;
- c) é uma indenização devida pelo atraso nas operações de embarque e desembarque das mercadorias. Constituem ressarcimentos pelos danos emergentes e pelo lucro cessante devidos em virtude da paralisação do navio. Compensação pela execução tardia do contrato de fretamento, as sobre-estadias não representam a prorrogação desse ajuste.

(SANTOS, Theophilo de Azeredo. Direito da Navegação – marítima e aérea. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 255.)

73. Eliane Martins^[21] elucida que “em regra, entende-se que a *demurrage* de contêiner tem natureza indenizatória, sendo enquadrável a responsabilidade civil contratual e respectiva indenização por danos materiais”.

74. Em sentido oposto, Cremoneze^[22], ao tratar da temática, afirmou inequivocamente que “a natureza jurídica da *demurrage* foi subvertida ao longo dos anos” elucidando que esta cobrança deixou de ser mecanismo de proteção do transportador e passou a ser o método que propicia maior lucro aos transportadores, descaracterizando o intuito compensatório da cobrança. Concluiu afirmando que:

A *demurrage* é cláusula penal e como tal deve ser tratada, não se podendo reconhecer ampla eficácia e ilimitada validade aos termos de acordo impostos unilateralmente pelos armadores aos usuários dos seus contêineres.

(CREMONEZE, Paulo Henrique. Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 254.)

75. Ainda, Melo^[23], abordando a sobre-estadia de contêiner, é firme em atribuir à cobrança a natureza jurídica de cláusula penal, “simplesmente porque na legislação brasileira esse é o instituto que regula as indenizações por perdas e danos pré-fixadas contratualmente”. Conclui elucidando que:

Ademais, o instituto da *demurrage* foi criado com o objetivo único de implementar um mecanismo de compensação ágil, para uma atividade na qual a rapidez das transações comerciais e a resolução dos problemas delas oriundas faz-se imprescindível. Como nos ensina o mestre português Antonio Pinto Monteiro, é aí que reside a função indenizatória da cláusula penal.

76. Wesley Collyer^[24], em estudo mais recente, destaca a ausência de consenso na doutrina quanto à natureza jurídica da sobre-estadia:

Não chegou a um consenso a doutrina maritimista quanto à natureza jurídica da sobre-estadia: cláusula penal, multa, suplemento do frete (ou frete suplementar), entre outras. Contudo, a tendência majoritária tem sido no sentido de considerá-la indenização.

(...)

No direito inglês, por muito tempo, a remuneração da sobre-estadia era a soma ou valor pago (em consequência de um contrato) por detenção do navio no porto de carga ou descarga além da estadia contratada. Na atualidade, o entendimento dominante, por força da jurisprudência, é que a sobre-estadia é indenização prefixada por quebra de contrato (*liquidated damages for such a breach*), como noticiou John Schofield (2000, p. 317).

77. Por fim, Theóphilo de Azeredo Santos^[25] sustenta a tese que a sobre-estadia de contêiner equivale a prolongamento do tempo necessário à utilização do equipamento. Portanto, se foi cobrado determinado valor a título de frete, para utilização por certa quantidade de dias após o permitido (período de franquia), tanto no embarque, quanto na descarga, mesma lógica deve ser utilizada na hipótese em que ocorrer o atraso na devolução (sobre-estadia).

78. Na prática, dentre os vários problemas que prejudicam os usuários, como visto tem-se as alegações de cobrança de valor abusivo de sobre-estadia por parte dos armadores ou agentes intermediários de transporte marítimo.

79. Como afirmado, parte do problema identificado decorre da falta de consenso quanto à natureza jurídica do instituto. Daí porque a importância de investigar os diferentes posicionamentos na doutrina acerca da natureza jurídica da sobre-estadia (*demurrage*), interpretado à luz do direito e da realidade atual, ultrapassando os conceitos e bases fáticas do século XIX, sob risco de ratificar injustiças nas relações comerciais e no tratamento isonômico entre as partes. Ao final, pretende-se enquadrá-lo em um dos institutos existentes no ordenamento positivo brasileiro.

5.5. Entendimento jurisprudencial

80. A jurisprudência é controvertida no que tange à caracterização da natureza jurídica da sobre-estadia de contêiner. Ilustrando a discrepância de julgados nesta seara, Gabrielle Fóes^[26] cita as ementas do Tribunal de Justiça de São Paulo, acatando naturezas jurídicas distintas:

APELAÇÃO DEMURRAGE NATUREZA PUNITIVA AFERIÇÃO DE CULPA - DESNECESSIDADE. A

disposição de **demurrage tem natureza de cláusula penal**, não sendo necessária a aferição de culpa para sua exigibilidade, já que constitui mera antecipação para um possível inadimplemento do contrato, de natureza puramente objetiva e também há que mencionar o fato de que a aferição de culpa nos casos de *demurrage*, dada a sua complexidade, é incompatível com o comércio internacional, atividade absolutamente dinâmica. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 00186267820118260003. Desembargador Relator Carlos Abrão. Julgado em 26.02.2013) (grifo nosso)

Demurrage ou sobre-estadia de contêiner. Ação de cobrança. Natureza jurídica. **Indenização pré-fixada**. Desnecessidade de demonstração de culpa. A natureza jurídica da *demurrage* não é de cláusula penal, mas de indenização pré-fixada em caso de inadimplemento contratual. Não há falar em culpa do devedor pelo atraso na devolução do contêiner. Para que haja o dever de indenizar, basta a demonstração da devolução do cofre fora do prazo especificado. Apelação provida.

(BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 00407254820108260562. Desembargadora Relatora Sandra Galhardo Esteves. Julgado em 27.02.2015.) (grifo nosso)

81. Na mesma ocasião, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou enquadrando que a natureza jurídica da *demurrage* de contêiner é indenização pré-fixada, mas não é cláusula penal:

5.1. De início, cabe a definição quanto à natureza jurídica da verba cobrada pela autora.

Nesse passo, a doutrina especializada em Direito Marítimo, invocando lição de Carlos Rubens Caminha Gomes, sinala a natureza indenizatória da sobre-estadia:

Sobre-estadia é, então, o tempo gasto a mais que o concedido na Carta-Partida, para carregar e/ou descarregar o navio. Portanto, uma das partes não cumpriu o contrato e deste modo deve pagar à outra parte uma indenização pelos prejuízos resultantes. Esse pagamento é chamado de multa de sobre-estadia (*demurrage*), que quase sempre é calculado na base de uma taxa diária (*demurrage rate*) e do número de dias de sobre-estadia. (Lord Choirley e O. C. Giles, na obra *Shipping law*, nos informam que *demurrage* é o tempo adicional gasto pela operação, além da estadia, mas que essa palavra é ordinariamente usada no sentido de prejuízo por detenção do navio. Já Raoul Calinvaux, em *Carver's carriage by sea*, diz que *demurrage* é a multa que o afretador deve pagar ao armador.) Portanto, diz Lord Stevenson "multa de sobre-estadia é a indenização pelos prejuízos causados pelo atraso a um navio no carregamento ou na descarga além do tempo acordado". (MIRANDA, Edson Antonio. Estudo sobre o *demurrage* e as operações com contêineres. In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 4, 1999, p. 124).

[...]

Em suma, sobre-estadia ou *demurrage* é termo técnico deveras utilizado em direito marítimo e que significa a obrigação de pagamento de certo montante, em decorrência do prejuízo causado ao armador pela ultrapassagem do prazo preestabelecido no contrato para devolução do navio ou do equipamento utilizado para acomodar a carga.

Assim, o atraso na entrega do contêiner importa o descumprimento de cláusula do contrato de afretamento, rendendo ensejo ao pagamento do respectivo ressarcimento, haja vista que a permanência prolongada do equipamento na custódia do consignatário gera desequilíbrio econômico ao impedir que o transportador desenvolva sua atividade principal, que é vender frete.

De fato, este Tribunal Superior posicionou-se no sentido de ser a *demurrage* uma indenização, consoante se deduz do seguinte excerto do voto condutor do REsp 176.903/PR (publicado no DJ de 9/4/2001):

Na sobre-estadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobre-estadia do 'contêiner', a devolução deste se dá após o prazo usual no porto do destino. Num caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1355173/SP. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em 15.10.2013)

82. Após o julgado do STJ acima colacionado, o Desembargador Cauduro Padin, do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao relatar Recurso de Apelação (REsp n.º 1.286.209-SP) envolvendo *demurrage* de contêiner, assim se manifestou:

Ação de obrigação de fazer c.c. pedido condenatório. Transporte marítimo de cargas. Sobre-estadia *demurrage*). Natureza equiparável à cláusula penal. Antecipação de perdas e danos. Incidência do valor da sanção de acordo com o estipulado no termo de responsabilidade. Conduta culposa que equivale à própria mora/inadimplemento. Exclusão da responsabilidade apenas em casos fortuitos. Inocorrência. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor. Manutenção da sentença. Recurso não provido.

83. Do acórdão acima se extrai exatamente o argumento anteriormente tratado^[27]:

A sobre-estadia tem efeito e natureza equiparável à cláusula penal e esta é pacto lícito entre as partes. Procura-se com ela alcançar o desestímulo ao descumprimento total ou parcial da obrigação ou ainda afastar a mora no adimplemento. A cláusula traz consigo uma prévia avaliação das perdas e danos livremente ajustada pelas partes. Em razão disto é que independe da prova de prejuízo.

84. O mesmo Recurso Especial, em 2016, foi julgado pelo STJ, que, por decisão unânime da Terceira Turma, assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBRE-ESTADIAS DE *CONTAINERS* (*DEMURRAGES*). NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. INDENIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESÍDIA DO DEVEDOR. LIMITAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. *PACTA SUNT SERVANDA*. É descabida a alegação negativa de entrega da plena prestação jurisdicional se a Corte de origem examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitaram a controvérsia. 2. As *demurrages* têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do art. 412 do Código Civil. 3. Se o valor das *demurrages* atingir patamar excessivo apenas em função da desídia da parte obrigada a restituir os *containers*, deve ser privilegiado o princípio *pacta sunt servanda*, sob pena do Poder Judiciário premiar a conduta faltosa da parte devedora. 4. Recurso especial conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.Turma). Recurso Especial no 1286209 / 2011/0119491-9. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julg. 8 de março de 2016. Publicação Dje. 14 de março de 2016.)

85. Pode-se afirmar que a divergência de entendimentos no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, deriva da ausência normativa regulando este instituto tão peculiar ao Direito Marítimo. A exemplo disso pode-se observar pela citação no colacionado acórdão de doutrina correlata à *demurrage* de navio.

86. Relevante análise é suscitada por Winter, ao investigar os votos pela ocasião dos julgamentos^[28], verificou o autor que os mesmos não tiveram o cuidado de diferenciar a aplicação do instituto da *demurrage*, ora aplicada a contrato de afretamento de navio, originada do contrato de afretamento, ora aplicada a *demurrage* de contêineres, fundamentada no Conhecimento de Embarque ou *Bill of Lading* (BL), ou ainda no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner.

87. Anteriormente, ressaltou-se a distinção entre o “afretador” e o “consignatário ou dono” da carga. O primeiro, gerando prejuízos pela não devolução de navio (embarcação), o segundo, apenas pela não devolução de contêiner (equipamento). Logo, não é o fato de ser o contêiner parte integrante do navio circunstância suficiente para fazer que sua não devolução por parte do consignatário no prazo estipulado pelo armador (*free time*) seja igual, ou gere iguais consequências, à do afretador que atrasa ou não devolve o navio (embarcação) dentro do prazo pactuado^[29].

88. Dentre as premissas equivocadas, destaca o autor a impropriedade técnica do voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (respeitados os entendimentos contrários e as razões dos respeitáveis ministros):

No voto condutor do acórdão proferido no julgamento do REsp no 1.355.173/SP (4a Turma), o Ministro Luis Felipe Salomão, Relator daquele feito, ao discorrer a respeito da natureza jurídica da sobre-estadia de contêineres, consignou:

Assim, o atraso na entrega do contêiner importa o descumprimento de cláusula do contrato de afretamento, rendendo ensejo ao pagamento do respectivo ressarcimento, haja vista que a permanência prolongada do equipamento na custódia do consignatário gera desequilíbrio econômico ao impedir que o transportador desenvolva sua atividade principal, que é vender frete.

De fato, este Tribunal Superior posicionou-se no sentido de ser a *demurrage* uma indenização, consoante se deduz do seguinte excerto do voto condutor do REsp 176.903/PR (publicado no DJ de 9 de abril de 2001):

Na sobre-estadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobre-estadia do 'contêiner', a devolução deste se dá após o prazo usual no porto do destino. Num caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos prejuízos estão sujeitos à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial.

A mesma ratio perpassou a definição do Banco Central acerca da *demurrage*: 'a indenização convencionada para o caso de atraso no cumprimento da obrigação de carregar e descarregar as

mercadorias no tempo pactuado' (Circular n. 2.393 de 22/12/1993, posteriormente revogada pela Circular n. 3.280/2005).

Além do contrato de transporte marítimo propriamente dito - também denominado de carta-partida, é certo que, segundo a praxe do comércio marítimo, o pagamento da *demurrage* exsurge especificamente de dois instrumentos, quais sejam: (i) o Conhecimento de Transporte, que prevê a responsabilidade da consignatária de zelar, guardar e devolver em bom estado o equipamento; e (ii) o Termo de Responsabilidade pela Devolução da Unidade de Carga, em que a consignatária assume o dever de retornar o *container* dentro do prazo estipulado, sob pena de pagar indenização por cada dia adicional. (ALVES, André Luiz de Barros. A prescrição na cobrança de sobre-estadia de contêiner. Revista Jurídica Consulex, n. 354, 2011, p. 24)

No referido 'Termo de Responsabilidade', encontram-se disposições relativas aos termos inicial e final e aos valores referentes à sobre-estadia, 'que é calculada *per diem basis* em consonância com a tarifa de cada transportador, que, por conveniência comercial, poderá variar em sua taxa diária e dia de isenção (*free time*)'. (Ibidem. p. 22).

Assim, o poder jurídico de exigir o pagamento da indenização pela *demurrage* nasce do próprio contrato, que traz em seu bojo os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos a título de taxa de sobre-estadia.

(REsp no 1.355.173/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15 de outubro de 2013, DJe: 17 de fevereiro de 2014) (grifo nosso)

89. Conclui o voto:

Perfilho-me à orientação doutrinária aqui reproduzida e à jurisprudência consolidada nesta Corte Superior quanto ao tema, reconhecendo a **natureza indenizatória da sobre-estadia**, o que afasta as conclusões da Corte local pela aplicação das normas insertas nos arts. 408 a 416 do Código Civil e, em especial, da limitação de que trata o art. 412 desse diploma legal, visto que são dispositivos próprios das cláusulas penais, inaplicáveis, portanto, quando presente o dever de reparação integral dos prejuízos resultantes do inadimplemento contratual. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar do acórdão recorrido a limitação indevidamente imposta aos valores cobrados a título de sobre-estadia. (grifo nosso)

90. Argumenta o mesmo autor sobre a razoabilidade de se dar natureza jurídica de indenização à *demurrage* originada de contrato de afretamento. Isso porque, caso o navio não seja devolvido ou atrase em suas operações, é plausível que dano decorrente desse atraso possa levar o dono ou fretador à insolvência ou até mesmo à falência. O mesmo não se pode presumir da sobre-estadia de contêineres.

91. Assim ensina Gonçalves, nas palavras de Pontes de Miranda^[30]:

no fretamento há transferência da posse da nave, o que afasta qualquer teoria que pretende ver no fretamento da nave nua ou da nave armada e equipada locação de serviços e não locação de coisa. Na verdade, aduz, —o fretador (dono do veículo) não é responsável pelo adimplemento de transportes, porque não é, *ex hypothesi*, transportador: transportador é o afretador (o que recebeu a posse da nave). Esse transporta a suas expensas e a próprio risco. O fretador nada tem com a custódia dos bens transportados.

92. Logo, o contrato de transporte marítimo não deve ser confundido com contrato de fretamento, pois o contrato de fretamento tem por objeto a posse da embarcação, portanto, caráter de contrato de locação, diferente do contrato de transporte que possui por objeto a locomoção.

93. Dessa feita, após o julgamento do Resp n.º 1.286.209, ficou assente no Poder Judiciário o entendimento de que o regime jurídico aplicável à *demurrage* de contêiner no Brasil deve ser indenizatório, sem limitação de valores, com base no princípio do *pacta sunt servanda*.

94. Ocorre que, ao generalizar o entendimento sobre a *demurrage*, nascem consequências jurídicas e econômicas indesejáveis para o mercado regulado, pois se não houver esclarecimento sobre os limites aos exageros nas cobranças, o custo financeiro do transporte nacional acarretaria grande perda de produtividade e de investimentos nos mais diversos setores da economia nacional. Não por outro motivo, como afirmado, a Diretoria Colegiada da Antaq solicitou este estudo.

95. Conforme apontado por Marques, apesar da jurisprudência ser considerada fonte meramente intelectual ou informativa (não formal), a realidade é que, no plano da realidade prática, ela tem-se revelado fonte criadora do direito, sendo considerada para alguns como cientificamente fonte formal de direito^[31]. Nessa esteira, tem-se observado peculiar movimento de convergência entre o nosso *civil law* para o *commom law*, com a utilização de julgados dos tribunais superiores como se, por essência, precedentes fossem.

96. Assim, considerando que a premissa técnica que fundamenta as decisões da Corte dá margem a eventual interpretação equivocada acerca da natureza jurídica da sobre-estadia de contêiner, entende-se oportuna a investigação técnica e jurídica que se segue.

5.6. Posicionamento hermenêutico

97. Diante da realidade de mercado, em detrimento do posicionamento jurisprudencial majoritário, considera-se oportuno o posicionamento hermenêutico desta Agência Reguladora quanto ao regime jurídico da sobre-estadia de contêiner, em especial para pautar o início das discussões técnicas e jurídicas sobre a correta aplicação desse instituto.

5.6.1. Adicional de frete

98. Corrente minoritária defende a tese da sobre-estadia de contêiner como um adicional de frete, portanto, equivale a um prolongamento do tempo necessário à utilização do equipamento. Nesse sentido, como foi cobrado determinado valor a título de frete, para utilização por certa quantidade de dias após o permitido (período de franquia), tanto no embarque, quanto na descarga, mesma lógica deve ser utilizada na hipótese em que ocorrer o atraso na devolução (sobre-estadia)^[32].

99. Dessa maneira, a sobre-estadia de contêiner tem o mesmo *status* legal e jurídico que o frete, e por ele se orienta no que diz respeito à determinação do quanto deve ser pago em caso de devolução em atraso. Se o atraso corresponder a determinado número de dias, a cobrança da sobre-estadia corresponderá ao quanto de frete deixou-se de auferir nesse período. Se a sobre-estadia for prefixada (*demurrage*), o parâmetro para prefixação continuará sendo o frete. Se não for prefixada (*detention*), de modo ainda mais imprescindível, o montante de frete perdido será o balizador na determinação do valor devido àquele que disponibilizou a unidade de carga^[33].

100. Todavia, conforme alerta Marchioli, essa interpretação "dá ensejo a conotações destoantes da verdadeira natureza da sobre-estadia de contêiner, especificamente ao conferir o mesmo status do frete, o que permitiria, inclusive – diga-se, de maneira equivocada –, o direito de retenção da carga àquele que disponibilizou a unidade de carga por analogia ao previsto no artigo 7º, do [Decreto-Lei nº 116, de 25 de janeiro de 1967](#)":

Art. 7º Ao armador é facultado o direito de determinar a retenção da mercadoria nos armazéns, até ver liquidado o frete devido ou o pagamento da contribuição por avaria grossa declarada.

101. Ademais, é comum que as cobranças não guardarem paridade em relação às taxas cobradas à época do adimplemento do contrato de transporte, reforçando a ideia que a equiparação do valor efetivamente pago a título de sobre-estadia não guarda relação fática com às taxas de frete usualmente cobradas pelo mercado.

5.6.2. Cláusula penal

102. A jurisprudência predominante tem definido a *demurrage* como "indenização pré-fixada em favor do armador". Ocorre que, como apontado por Maurício Pereira Cabral^[34], o instituto da indenização pré-fixada é matéria presente nos países da *common law*, berço moderno do instituto *demurrage*, que inadequadamente passou a ser aplicada pela jurisprudência nacional. Porém, sob a ótica do sistema *civil law*, do qual o Brasil se filia, a natureza da *demurrage*, caso se queira dar o efeito pré-fixado de ressarcimento e penalidade, deveria possuir outro caráter, que é a da cláusula penal moratória. Esta é a análise realizada por Flávia Carvalho:

Não obstante tratem-se de institutos com mecanismos de cobrança distintos, conforme exporemos melhor adiante, a divisão do conceito jurídico de *demurrage* só aparece no *Black's Law Dictionary* porque, ao contrário do que ocorre em países civilistas como o nosso, nos países em que se aplica a *Common Law* existe uma distinção jurídica entre os significados de multa e indenização pré-fixada para perdas e danos, tal qual nos ensina o professor Clive M.

Schmitthoff: —Pela lei inglesa, uma quantia fixa a ser paga por quebra contratual pode ser uma indenização pré-fixada ou uma multa. (...) No que concerne ao tratamento das cláusulas penais contratuais em outros sistemas legais, o Sr. Peter Benjamin aduz que — a extrema complexidade das leis francesas, alemãs e soviéticas sobre as cláusulas penais, a começar pelo princípio de que as cláusulas penais são ou não são passíveis de modificação, cada sistema trabalhou sua regra, adotando uma série de exceções que deram origem a uma considerável incerteza na prática...

Essas observações, entretanto, não se aplicam ao países de *commom law*, onde a distinção inglesa entre indenização pré-fixada e multa se aplicam. Realmente, no Brasil, que segue o sistema civil similar ao francês, alemão e russo mencionados pelo professor Schmitthoff, o conceito de indenização pré-fixada contratualmente enquadra-se nas hipóteses de cláusulas penais, previstas pelo nosso Código Civil em seus artigos 408 e seguintes, admitindo, inclusive, limitações à sua aplicabilidade, o que é vedado pelo sistema Inglês.

MELO, Flávia Carvalho. Os Limites à Cobrança de Demurrage de Contêineres. Disponível em http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/0298.pdf

103. A cláusula penal possui função ambivalente, por reunir, ao mesmo tempo, reforço do vínculo obrigacional, punindo o devedor pelo seu inadimplemento, e a liquidação antecipada das perdas e dos danos^[35].

104. Destacam os autores Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Nery Júnior e Pablo Stolze:

“Vislumbra-se destarte, nitidamente, as duas faces da cláusula penal (**intimidação e ressarcimento**). De um lado, como meio de pressão, ela reforça o vínculo, compelindo o devedor a honrar sua palavra; de outro, como instrumento de indenização, fixa a priori cifra que o contratante terá de pagar, caso se torne inadimplente, isto é, converte em res certa aquilo que é incerto.”

(MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 198) (grifo nosso)

“Duas são as finalidades ou funções da cláusula penal: a) serve de reforço à obrigação principal; b) representa um sucedâneo, **pré-avaliado**, das perdas e danos devidos pelo inadimplemento do contrato.”

(RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte geral das obrigações. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83) (grifo nosso)

“Cláusula penal é uma obrigação de natureza acessória. Por meio desse instituto infere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo. Aí estão as duas faces da cláusula penal: de um lado, possui a finalidade de **indenização prévia de perdas e danos**, de outro, a de **penalizar o devedor moroso**.”

(VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 367) (grifo nosso)

“Exerce função ambivalente, sendo, ao mesmo tempo, reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos.”

(DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 393) (grifo nosso)

Cláusula penal, também chamada de pena convencional, é pacto acessório a obrigação principal, no qual se estipula a obrigação de pagar pena ou multa, para o caso de uma das partes se furtar ao cumprimento da obrigação principal. Como é pacto acessório, subordina-se a obrigação principal. As duas funções principais da cláusula penal são: a) obrigar o devedor a cumprir a obrigação principal (cláusula penal compulsória); b) **fixar previamente as perdas e danos** no caso de descumprimento (cláusula penal compensatória)

(NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 610) (grifo nosso)

A cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso de mora. Em outras palavras, a cláusula penal, também denominada pena convencional, tem a precípua função de **pré-liquidar danos**, em caráter antecipado, para o caso de inadimplemento culposos, absoluto ou relativo, da obrigação.

105. O código civil, ao regulamentar a matéria sobre cláusula penal (art. 408 a 416), assim o define:

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

106. O artigo que se segue ainda define duas modalidades de cláusula penal:

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

107. Sobre o assunto, Diniz ainda ensina que^[36]:

A cláusula penal (*stipulatio poenae*) vem a ser um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não, contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução completa culposa ou à de alguma cláusula especial ou de seu retardamento (CC, art. 408), fixando, assim, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (CC, art. 409, 2a parte). Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou abstenção de um fato (RT, 172:138/ RF, 146:254, 120:18), se não cumprir o devido ou o fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual.

108. Conclui Maurício Pereira Cabal^[37] :

Portanto, se i) a *demurrage* é obrigação acessória, já que não existe *demurrage* sem prévio contrato de transporte; ii) está previamente fixada em termo, com prazo e valores pelo atraso; e iii) ocorre pela simples mora, inevitavelmente sua natureza é de **cláusula penal moratória**. (grifo nosso)

109. Portanto, o valor fixo preestabelecido pela sobre-estadia de contêiner só é exigível no caso de descumprimento contratual, qual seja, a não devolução de carga dentro da livre estadia (*free time*). Ainda, dispensada a efetiva comprovação ou liquidação do dano, conforme preceito do art. 416 do [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#):

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

110. Justamente pela dinâmica do transporte marítimo, a cláusula penal dispensa a prova do dano, visando a evitar que o transportador tenha que, a cada situação, levantar e comprovar, caso a caso, seus prejuízos, o que realmente afetaria sua atividade, dada a dificuldade do procedimento a ser realizado caso a caso^[38]. Por essa razão, sendo o Brasil um país cujo ordenamento jurídico é puramente civilista, ao considerarmos a *demurrage* de contêiner como indenização convencionalmente previamente, no direito brasileiro tal verba possui necessariamente natureza de cláusula penal.

111. Gabriella Fóes^[39] aponta que conceituar a sobre-estadia de contêiner no Brasil como cláusula penal e atribuir-lhe esta natureza jurídica não a distingue da sobre-estadia de contêiner perante o Direito Inglês, o qual atribui a natureza jurídica de indenização pré-fixada. O que se tem são enquadramentos distintos do mesmo instituto, cada qual no seu ordenamento jurídico que, em regra, não atribuirá à sobre-estadia características diferentes. Isso, de fato, vem a consolidar as características necessárias do Direito Marítimo, quais sejam a uniformidade e internacionalidade.

112. Ainda, a legislação pátria, visando coibir o abuso de direito e o enriquecimento sem causa, estabelece limites para a fixação da indenização pré-fixada:

[Lei nº 10.406, de 2002](#)

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

113. Os referidos dispositivos legais preveem mecanismos para limitação de cláusulas penais manifestamente excessivas, em que a relação entre o valor a ser pago e o prejuízo ultrapassa

qualquer limite de razoabilidade, violando os princípios da boa fé e da função social dos contratos.

114. Apesar de minoritários, há julgados que analisam os valores pleiteados e reduzem equitativamente o montante da penalidade imposta:

RECURSO DE APELAÇÃO. Ação de cobrança de sobre-estadia de contêiner. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Matéria exclusivamente de direito. Autorizado o julgamento no estado. Carência da ação e ilegitimidade passiva. Inocorrência. Rê que autorizou a exportadora a contratar terceiros para realizar o transporte da carga e constou no Conhecimento Marítimo como consignatária. Entrega de equipamento contratada para o porto de Santos, não havendo previsão contratual de entrega porta a porta. Responsabilidade da Ré pelo desembaraço aduaneiro e pagamento da *demurrage*. Abusividade dos valores da sobre-estadia não verificada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(...)

Sobre-estadia ou *demurrage* - Lapso prescricional para o exercício da ação de cobrança, em face da Lei 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências. Não há transporte com utilização de "container" que não seja multimodal, prescrevendo a ação de cobrança de sobre-estadia, consequentemente, em 01 (um) ano (art. 22). Exclusão de contratos nestas condições. Exclusão de contratos com prova insatisfatória dos termos finais previstos para a devolução dos cofres. Exclusão de contratos com ausência de consentimento das partes em torno da multa pela devolução em atraso dos cofres. Redução da multa contratual - Desproporcionalidade - Aplicação do art. 944, parágrafo único do NCC. Apelação provida em parte.

(BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 04676340220108260000. Desembargadora Relatora Lidia Conceição. Julgado em 24.09.2014)

115. Nesse julgado, foi considerada a natureza jurídica de cláusula penal à sobre-estadia, afirmando que "a multa não pode ser superior ao valor da obrigação principal". Asseverou o julgado que caso o contêiner não fosse devolvido, a indenização ao transportador seria do valor comercial do bem, logo, se mostrava desproporcional que o valor da sobre-estadia fosse superior ao próprio valor da unidade^[40].

116. Admitem os autores^[41] que o transportador detém o legítimo direito de cobrar pela sobre-estadia do contêiner que disponibilizou ao seu contratante, visto que, caso nenhum valor fosse exigido, haveriam usuários utilizando-se de contêineres como armazéns de suas cargas (ou outros fins), ficando o transportador logisticamente desfalcado de contêineres para atender os próximos contratantes. Todavia, o fato é que as decisões justificam a inexistência de abusividade com motivos indenizatórios, embora não se requisite prova do dano efetivo em uma ação de sobre-estadia.

117. Cremoneze^[42] aponta a subversão desse instituto com o passar do tempo, surgido como algo positivo e até mesmo necessário, mas somado a todos os problemas paralelos que o usuário enfrenta para conseguir devolver o contêiner em um tempo razoável, acarreta em lucro exacerbado do transportador:

Percebemos, com indisfarçada preocupação, que a natureza jurídica da *demurrage* foi subvertida ao longo dos anos, de tal forma que ela deixou de ser um mecanismo de legítima proteção do armador contra eventuais abusos dos usuários dos seus contêineres para se converter numa forma condenável de opressão e de **enriquecimento indevido**.

Não todos, mas muitos armadores lucram mais com as cobranças de *demurrage* do que com os fretes propriamente ditos, e a cobrança de *demurrage* não se presta a tal fim, o lucro, mas apenas a "punir" eventuais abusos dos consignatários de cargas quanto ao uso dos contêineres, mais tempo do que o devido e pactuado. (grifo nosso)

118. Ainda, citando Sávio José Di Giorgi Ferreira de Souza, o mesmo autor^[43], descreve as práticas desse mercado:

A verdade nua e crua é que os transportadores, unidos num bloco fechado, coeso, alheio a competição que impulsiona mudanças diversas em setores da economia global, apresentam contratos praticamente idênticos, todos com cláusulas adesivas, no melhor estilo *hardship*, sem possibilidade alguma de transação para a parte contrária, impondo suas vontades em face de situações fáticas privilegiadas e das necessidades e carências do setor, cada vez mais reclamando por demanda de transporte.

119. Catiani Rossi^[44] destaca que os valores cobrados a título de sobre-estadia são reconhecidamente superiores aos prejuízos alegados pelo proprietário do contêiner, mas não comprovados, acarretando aumento arbitrário de lucro do proprietário ou do agente intermediário. Essa conduta tem gerado enriquecimento sem causa e a especulação lucrativa em favor daqueles que

exploram os contêineres, impactando drasticamente os custos logísticos justamente pela falta de parâmetros razoáveis para a cobrança da sobre-estadia, a fim de alcançar a modicidade no seu preço.

120. O mesmo autor ainda entende que, mesmo com a aplicação do regime jurídico de indenização, é possível coibir situações de cobrança abusivas, nas quais os valores cobrados extrapolam comprovadamente a extensão dos danos.

121. Isso porque, para que se configure o dever de indenizar, exige-se a presença do requisito de prova do dano patrimonial, ou seja, a existência de prejuízo efetivo. Ele, nas palavras de Maria Helena Diniz^[45], "é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo". O dano patrimonial abrange, nos termos do art. 402 do [Código Civil](#), não só o que efetivamente perdeu (dano emergente), mas também o que razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante).

122. Assim, segundo Sílvio de Salvo Venosa^[46], "a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima". Portanto, para conceder indenização o magistrado deveria considerar se, de fato, houve o dano. Em sede de responsabilidade contratual, somente nas hipóteses em que a lei prevê a presunção de existência de dano, como no caso da cláusula penal, o lesado é liberado do ônus de provar sua existência.

123. Todavia, a maioria dos julgados brasileiros tende a não analisar a possível abusividade do montante pleiteado, que em muito ultrapassam o valor da obrigação principal, acarretando em completa ausência de modicidade nos valores de sobre-estadia. A jurisprudência da Inglaterra aponta a necessidade de intervenção para se garantir valor justo de forma a fundamentar a sobre-estadia, que é, senão, compensação por eventuais perdas suportadas, mas não forma de lucro do transportador^[47].

124. A visualização da questão sob a perspectiva da cláusula penal, apesar do grande potencial inibidor do enriquecimento sem causa, porque restringe a possibilidade de indenização além das perdas e danos (ou lucros cessantes) realmente sofridos pela parte prejudicada, na linha dos artigos 402, 403 e 884 a 886, do [Código Civil](#) de 2002, geraria não somente uma reviravolta do ponto de vista técnico, teórico e jurídico, mas os transcenderia, atingindo dimensões econômicas, políticas e, principalmente, culturais em torno da "indústria da sobre-estadia de contêiner"^[48].

5.6.3. Indenização

125. A doutrina e jurisprudência consultada não nega que a sobre-estadia de contêiner tem a finalidade de indenizar por meio da compensação daquele que disponibilizou a unidade de carga pela utilização dela além do tempo contratado para a estadia. Entretanto, diferem-se apenas no que diz respeito à equiparação ao frete, aos critérios de quantificação do quanto devido e se dão primazia à subjetivação da responsabilidade ou não. Em termos esquemáticos, Marchioli^[49] apresenta interessante quadro comparativo:

Quadro 1. Correntes interpretativas da sobre-estadia de contêiner.

	Correntes interpretativas		
	Adicional de frete	Cláusula penal	Indenização
Finalidade	Indenizatória	Indenizatória	Indenizatória
Equiparação ao frete	Sim	Não	Não
Critério para quantificação	Sim, perdas de frete	Não	Não
Subjetividade da responsabilidade	Não	Sim	Não
Direito de retenção	Sim	Não	Não

Fonte: MARCHIOLI, 2019, p.40.

126. Isso posto, a distinção marcante entre a tese indenizatória e as demais é que, devido a não equiparação com o frete, não existiriam critérios delimitadores para a apuração da responsabilidade contratual relacionado à *demurrage*.

127. O mesmo autor entende como correta a não equiparação ao frete, visto que geraria indevidamente ao credor o direito de reter a mercadoria caso inexistisse o pagamento da sobre-estadia, por analogia ao previsto no artigo 7º, do [Decreto-Lei nº 116, de 1967](#). Em que pese a função precípua da *demurrage* consista em induzir o devedor a cumprir sua obrigação, não pode ele ficar privado da posse do bem que lhe pertence enquanto não satisfizer o débito de sobre-estadia, independentemente se presente ou pretérito, isto é, de embarques anteriores, mesmo quando se tratar de pessoa jurídica estrangeira. Mesmo porque, segundo as práticas internacionais, a própria cláusula de retenção (*lien clause*), quando existente, só tem sua aplicabilidade para o não pagamento de frete.

128. Ademais, atribuir o mesmo *status* do frete, que corresponde à remuneração pelo serviço prestado conforme previsto contrato principal (contrato de transporte – conhecimento de embarque), com a sobre-estadia, que equivale à compensação pelas perdas havidas pelo tempo em que o afretador ficou sem a unidade de carga à sua disposição, previsto, geralmente, num contrato acessório/secundário (termo de responsabilidade), ou baseado em normativas de ordem consuetudinária (usos e costumes) seria equivocada e desmedida^[50].

129. Por fim, e não menos importante, a mesma doutrina analisa dois outros pontos, a saber: i) a inexistência de critérios para mensuração dos danos materiais, e ii) a prescindibilidade do aspecto subjetivo para caracterização do dano.

5.6.3.1. Comprovação de danos

130. A começar pela inexistência de critérios balizadores para mensuração dos danos materiais, as reclamações sobre o tema são uniformes sobre a permissividade jurisprudencial daquele que disponibilizou o cofre de carga receber além daquilo que efetivamente suportou de prejuízo (perdas de frete), mesmo quando a diária for prefixada (*demurrage*), porque isso representaria abuso de direito e locupletamento ilícito. Winter^[51] cita apontamentos sobre as frequentes distorções de conceitos jurídicos, que dão origem a graves erros de interpretação e à formação de decisões equivocadas, advindas sobretudo da não diferenciação entre modalidades de contrato de afretamento de navios e de contrato de transporte internacional marítimo de cargas:

“Outro motivo para a insegurança jurídica vista nos tribunais é a confusão de diversos conceitos. Esta confusão é muitas vezes gerada por especialistas na advocacia marítima, com o fim de proteger o interesse de seus clientes (geralmente armadores), que vêm acarretando a distorção de diversos conceitos e, principalmente, a formação de perigosos precedentes judiciais que não coadunam com os princípios gerais de direito privado, como a função social do contrato, o equilíbrio entre as partes, dentre outros.” (MOYSES FILHO, Marco Antônio e SILVA, Renã Margalho. In: MARTINS, Eliane M. Octaviano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de (Orgs.). Direito marítimo, portuário e aduaneiro: temas contemporâneos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 371)

131. Ainda, Gabrielle Fóes^[52], citando doutrina de Budgen, aponta as críticas da cobrança na lei inglesa (*case law*). Muito embora considere uma indenização pré-fixada nesse ordenamento jurídico, o é, na sua visão, uma cláusula penal (no conceito inglês), visto que “os valores de *demurrage* de contêiner estabelecidas por vários conhecimentos de embarque, ao menos na primeira vista, criam uma forte suspeita de que são intencionalmente operadas como, e de fato são, uma penalidade” (tradução livre). A crítica feita à sobre-estadia de contêiner não tange à sua natureza jurídica, mas sim aos moldes em que é cobrada atualmente, sem qualquer limitação no seu valor, o que a tornaria uma penalidade (no ordenamento inglês).

132. Mesmo que se tenha o entendimento hermenêutico alinhado com o regime jurídico de cláusula penal, é possível aplicar o regime jurídico de indenização. Isso porque, comprovado que a indenização previamente fixada ou liquidada ultrapassa a extensão real do dano, conforme preceito legal esculpido no art. 416 do [Código Civil](#):

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

133. Frise-se que o artigo 416, parágrafo único, do [Código Civil](#), está relacionado ao princípio da reparação integral, na qual Sanseverino afirma que "busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso"^[53].

134. Nesse sentido, não pode o devedor eximir-se de cumprir a estipulação penal, sob o argumento de ser excessiva, uma vez que, se a cláusula penal resultou de avença prévia, deve-se acreditá-la justa, já que decorreu da própria vontade das partes e foi fixada tendo como objetivo a reparação do prejuízo eventualmente derivado do inadimplemento^[54]. Portanto, o valor da cláusula penal é considerado como o mínimo de indenização, a ser suplementado conforme o prejuízo excedente, sendo fruto da autonomia privada (princípio *pacta sunt servanda*).

135. Relativamente a autonomia das partes, oportuno destacar acerca da compatibilização entre o poder de autodeterminação das partes e a necessidade de se evitar o exercício abusivo da posição assumida pelo credor da obrigação assegurada pela cláusula penal. Referida análise só é possível no momento em que a intervenção (regulatória, arbitral ou judicial) opera sobre o caso concreto, em que se vislumbra se o objetivo visado entre as partes era o de infligir uma sanção ou de reparar os danos.

136. Também, na possibilidade de perda de ganho provável, na frustração da expectativa de lucro e na diminuição potencial do patrimônio do transportador, poderão ser exigidos os lucros cessantes decorrentes da paralisação da atividade de transporte, bem como da frustração daquilo que era razoavelmente esperado crescer ao seu patrimônio. Nas palavras de Pontes de Miranda^[55]:

Tem-se de considerar lucro cessante todo ganho ou lucro frustrado pela ocorrência de fato ilícito. Frustrado é o ganho ou lucro seria de esperar-se, tomando-se por base o curso normal das coisas e as circunstâncias especiais, determináveis, do caso concreto, inclusive a organização, as medidas e previsões que se observavam. O ganho ou lucro não precisa já existir no momento da lesão. Pode ser o que, nas circunstâncias em que se achava o bem ofendido, seria de prever-se. Se A, em abril, montou a fábrica para ser inaugurada em junho, quando começaria o seu lucro, na indenização tem-se de computar esse lucro futuro, pois o dano mediato há de ser ressarcido pelo importe que se possa calcular, ainda que seja pelo estudo do mercado e pela comparação com outras empresas ou montagens semelhantes.

137. Nessa lógica, sobre a comprovação dos lucros cessantes, Martins Costa^[56] exemplifica:

(...) É necessário, tendo em conta as circunstâncias concretas, os dados objetivos e elementos racionalmente controláveis do que normalmente aconteceria (*id quod plerunque accidit*) se a vítima não tivesse sofrido a lesão. Assim o caso de um concessionário de certa marca de produtos agrícolas que costuma vender, em média, "x" caixa de produto, mensalmente, mas vem a sofrer com a conduta injustificável da empresa concedente, que ora não entrega o material, para entrega com atrasos, diminuindo os ganhos do distribuidor que ainda perde parte da clientela já formada. Nesse caso é possível comprovar, razoavelmente, com base na experiência pretérita, não apenas a existência de lucro cessante como a sua quantificação.

138. Verifica-se, portanto, que os lucros cessantes constituem na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro e na diminuição potencial do patrimônio do transportador, conforme previsão legal do art. 402 do [Código Civil](#):

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

139. Destacamos a ressalva de Sanseverino^[57], ao critica o tempo verbal pretérito empregado "deixou de lucrar", devendo haver a conceituação de lucros cessantes no presente ou no futuro, uma vez que abrangem toda a diminuição potencial do patrimônio do lesado decorrente do evento danoso.

140. Ainda, importante reflexão se abstrai do princípio da razoabilidade consagrado no art. 944 do do [Código Civil](#):

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

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

141. A doutrina de Sérgio Cavalieri^[58] destaca ser razoável tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional, ou seja, aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado tendo em vista um juízo de probabilidade, em conformidade com o normal desenrolar dos fatos. No mesmo sentido, sobre a apuração de lucros cessantes, Jorge Cesa^[59] e Miragem^[60] lecionam:

(...) Neste, é razoável o que é esperável, o que é presumível, em razão do andar normal dos acontecimentos e das especiais medidas adotadas pelo lesado. Em outras palavras, pressupondo-se que a economia permaneça nessas mesmas condições, é de se cogitar que o mesmo lucro experimentado antes do evento se reproduziria no futuro, se o evento dano não tivesse ocorrido. No mesmo sentido, se a curva de ganhos era ascendente ou descendente. Na hipótese de ser atingido um negócio recente, ou acidentado um jovem, é de se verificar o que um outro negócio semelhante ou outro jovem ganharia, posto nas mesmas condições. Se o negócio foi objeto de investimentos, ou se a pessoa se qualificava para o mercado, é de se preverem ganhos maiores do que os ordinários. Pelas ideias de probabilidade e de razoabilidade, ficam afastados, assim, os danos meramente hipotéticos, remotos, ou que, pelo seu vulto, dependeriam de um conjunto relativamente extenso de circunstâncias positivas.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

(...) Aqui, será exigido pela legislação que se trate de probabilidade razoável e objetiva, o que deve ser demonstrado e não meramente presumido. Ou seja, embora não haja certeza quanto à sua existência, mas, sim, a expectativa de ganho futuro que vem a ser frustrado em razão da lesão, esta deve ser calcada em elementos fáticos que permitam concluir razoavelmente que a vítima obterá a vantagem, não fosse a interferência do ofensor.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 372/373.

142. Conforme já visto anteriormente, por ter como finalidade coagir o devedor a prestar a obrigação, ao considerar-se a sobre-estadia de contêiner como a cláusula penal moratória, ela aceita cumulação com a indenização por lucros cessantes, desde que convencionado entre as partes, nos termos do art. 416, parágrafo único, do [Código Civil](#), sendo necessário comprovar a extensão do dano.

143. Dessa forma, caso ocorra o chamado "custo de oportunidade"^[61], e uma vez comprovado que a cláusula penal não é suficiente para suprir o prejuízo sofrido pelo transportador, será claramente possível exigência de reparação civil de danos materiais.

144. Nesse sentido, Marchioli^[62] aponta solução para a abusividade na cobrança de *demurrages*. Para o autor, deve-se estipular, como regra, a compensação mediante devida comprovação dos danos experimentados por aquele que disponibilizou o contêiner, a exemplo das perdas de frete. Com essa medida, além de preservar a liberdade de contratação, e a autonomia da vontade das partes, também auxiliaria na extinção dos "números mágicos", isto é, as virtualidades criadas e impostas pelos transportadores marítimos, no que se refere ao valor da diária da sobre-estadia e ao tempo de franquia, cuja coerção se materializa nos contratos de adesão, mais conhecidos como "termos de responsabilidade", estabelecidos com os usuários em praticamente todos os casos.

145. Defende o autor que essa pequena providência, extremamente simples do ponto de vista regulatório, surtiria resultado mais desejável que as atuais disposições normativas da Agência que regulamentam a matéria. Isso, tanto para equilibrar a relação entre os usuários e aqueles que disponibilizam a unidade de carga, quanto para evitar o enriquecimento sem causa, como ocorre hoje, nas suas palavras, descaradamente, com o endosso, inclusive, do Poder Judiciário que desconhece a dinâmica do comércio exterior.

146. Para tanto, sugere-se a utilização da arbitragem marítima como ferramenta importantíssima para o estabelecimento do devido equilíbrio jurídico ao setor frente a falta de familiaridade do Poder Judiciário sobre o tema. Sobre a proposta, elenca as seguintes vantagens^[63]:

- a) quem decide o conflito é um especialista em sobre-estadia de contêiner, desde que, evidentemente, respeitado o acordo de vontade entre as partes na eleição desse árbitro, conferindo muito maior objetividade quando ele se depara com as alegações, argumentos e provas trazidas aos autos pelas partes;
- b) o devedor sofre menos com a demora do Poder Judiciário, que faz acumular um

percentual gigantesco de juros de mora, assim como o credor tem condições muito maiores de ter o que lhe é de direito num prazo consideravelmente mais razoável; e

c) a depender do caso, e sempre desde que respeitado o convencionado entre as partes, o árbitro pode decidir por equidade ([Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996](#), artigo 2º, *caput*), possibilidade que inexiste no Judiciário. Em outras palavras, o juiz está totalmente adstrito às fontes formais da lei para decidir (lei, jurisprudência, doutrina, costumes), enquanto o árbitro pode lançar mão das máximas de experiência e de todo o conhecimento adquirido no âmbito da sua respectiva especialidade, para equilibrar a relação econômica e jurídica em torno da cobrança de sobre-estadia de contêiner.

147. De todo exposto, reputa-se como adequada a interpretação regulatória e legal que, mesmo aplicando o regime jurídico de cláusula penal, a prefixação contratual de valores das diárias de *demurrage* contidas no contrato de adesão que extrapolem o valor da obrigação principal poderão ser cumulados, desde que efetivamente comprovados, com a reparação civil pelos lucros cessantes advindos da sobre-estadia de contêiner.

5.6.3.2. Caracterização da responsabilidade civil

148. Acerca da necessidade de demonstração da culpa ou do dolo do tomador do contêiner, o ordenamento legal vigente no Brasil, em especial o regime civil, é claro ao impor, enquanto regime geral, a responsabilidade subjetiva do agente nas hipóteses indenizatórias, como se nota com nitidez no artigo 186, e nos Capítulos I e II, do Título IX – Da Responsabilidade Civil, todos do Código Civil. Em suas palavras:

Os artigos 186 e 187, do Código Civil, estabelecem, de maneira genérica, a forma de responsabilização civil vigente no direito brasileiro. Nessa âmbito de generalidades, da leitura desses dispositivos extrai-se a responsabilização subjetiva do agente. Por isso, concluímos que o sistema de responsabilidade civil dispõe enquanto regra a responsabilidade subjetiva. Isso se reforça da leitura do artigo 927, parágrafo único, também do Código Civil, quando revela que a responsabilidade objetiva somente se dará nos casos “especificados em lei”. Portanto, logo na interpretação imediata e literal da lei, percebe-se a intenção do legislador em preceituar que as hipóteses de responsabilidade objetiva fazem parte de sistemas específicos, o que se confirma, de todo modo, quando se analisa o ordenamento jurídico sistematicamente, pois, verifica-se que a responsabilidade objetiva somente está prevista não de forma genérica, mas especificamente, em casos pontuais. No entanto, de fato é impertinente diferenciar os sistemas de responsabilidade subjetiva e objetiva qualitativamente, ou em ordem de preponderância, como se o primeiro fosse mais importante que o segundo. Contudo, não podemos negar que o regime de responsabilidade subjetiva está exposto no bojo das generalidades do Código Civil, enquanto a responsabilidade objetiva no âmbito das especificidades. Sobre a impertinência em distinções qualitativas entre os sistemas de responsabilidade, ver NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 2a edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 182. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Responsabilidade civil. Volume 4. 19a edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11. Sobre quem, entretanto, entende haver a distinção qualitativa, ver VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil. Volume 4. 12a edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13/14.

149. A princípio, e salvo as hipóteses especificamente previstas em lei em contrário, para que haja direito à indenização, é preciso haver prova de que aquele contra quem se pretende a remuneração, deu efetivamente causa ao atraso na devolução do contêiner. Se não houver essa prova, não se pode pretender receber pela sobre-estadia. A diferença em comparação à cláusula penal, é que a culpa na indenização é fundamento, e na cláusula penal é pressuposto. E por ser fundamento, na corrente indenizatória propriamente dita continua-se levando em conta o risco da atividade, enquanto na tese da cláusula penal exclui-se essa variável.

150. Destaca-se, nesse passo, que essa é a teoria aplicada a respeito de nexo de causalidade no Direito Brasileiro, conforme se observa pelo RE 130.734/PR, em que o Ministro Moreira Alves afirma que:

Em nosso ordenamento jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC de 2002], a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada Teoria da Interrupção do nexo causa. Não obstante aquele dispositivo diga respeito a impropriamente responsabilidade contratual, aplica-se ele também

a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada.

RE 130.734/PR. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 07/08/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>. Acessado em 4 dez. 2020.

151. Contudo, dadas as características do comércio exterior, conforme apontado pelo mesmo autor, a tendência foi caminhar para a responsabilização objetiva do tomador do contêiner na modalidade pura. Por esse motivo, como solução para a distorção conceitual, propõe que a responsabilidade do tomador do contêiner seja enquadrada enquanto responsabilidade objetiva impura, isto é, prescinde-se da demonstração da culpa do agente por parte daquele que disponibiliza a unidade de carga, mas não se o exime da demonstração do nexo causa, nem da ocorrência do dano (prova do atraso e dos prejuízos sofridos).

152. Nesse sentido, preservando-se a possibilidade de exclusão da responsabilidade a partir da demonstração da culpa exclusiva de terceiro, ou de caso fortuito ou força maior, e o direito de regresso contra o efetivo causador, cujo critério indenizatório é limitado pelas perdas de frete. Isso se dá mesmo nas obrigações cujas diárias estejam prefixadas (*demurrage*), a fim de se evitar a antijuridicidade em permitir àquele que disponibiliza a unidade de carga cobrar e receber além do prejuízo patrimonial efetivamente experimentado^[64].

5.6.4. Dever de mitigar o próprio prejuízo

153. Também conhecida como teoria do "*duty to mitigate the loss*", decorre do princípio que exige que cada parte, de uma relação jurídica obrigacional, tanto nas relações contratuais quanto nas relações extracontratuais, empreenda esforços razoáveis para minimizar perdas.

154. Essa teoria trouxe à tona uma discussão acerca da responsabilidade do devedor de arcar com os danos que o credor poderia ter evitado com esforços minimamente razoáveis. Em outras palavras, questiona-se se atenderia aos deveres anexos à boa-fé objetiva a conduta do credor de manter-se inerte enquanto o inadimplemento do devedor se estende pelo tempo^[65].

155. Sob a égide de liames brevemente distintos de Aguiar Júnior,^[66] importante julgado decidiu pela aplicabilidade do *duty to mitigate the loss*:

"A consideração dos danos deve atender a alguns parâmetros. Entre eles, a *doctrine of mitigation* recomenda que o lesado (credor, autor da ação de resolução) deve comportar-se de modo a mitigar os danos, mantendo-se nos limites imediatamente decorrentes da existência do ato ilícito. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao lesado o dever de diligência para circunscrever o prejuízo e impedir a sua eventual expansão. Afirmo enfaticamente Tunc: '**A vítima não pode assistir passiva ao desencadear das diversas conseqüências da culpa, mas deve reagir com todo o seu vigor contra suas conseqüências na medida em que elas agravariam o dano**'. (...) Se a vítima concorrer para o aumento dos prejuízos, o que muitas vezes implica em verdadeira concausa, responderá por seu ato. Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor (...)"

(TJPR. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça Paranaense, 2004 apud COMINO, Tomas Barros Martins. As desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo (Dissertação de mestrado), 2015) (grifo nosso).

156. Importante enfatizar que o *duty to mitigate* é aplicado na maioria das vezes sobre a conduta do credor, como nota-se por meio de um dos julgados do STJ que reflete a aplicação do instituto:

Outrossim, vale trazer à baila o **dever geral imposto aos credores**, em virtude da aplicação direta da boa-fé objetiva, de minorar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*). Assim, se **impõe ao credor o ônus de adotar medidas menos prejudiciais a ambas as partes contratantes**, em obediência ao dever anexo de cooperação e lealdade. Nessa ordem de ideias, antes que se

proceda à efetiva contratação de advogado para a cobrança de débitos inadimplidos entre partes contratantes, é de se exigir a demonstração de tentativas de solução amigável frustradas. Do contrário, se a partir da mora o credor já contrata advogado, impingindo ao devedor um acréscimo considerável, muitas vezes, bastante superior aos encargos de mora, a contratação será desproporcional, portanto, abusiva e não sujeita ao ressarcimento.

(STJ – Resp nº 1.274.629 – AP 2011/0204599-4, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/05/13, DJe: 20/06/2013). (STJ, 2013, on-line) (grifo nosso).

157. Pelo exposto, o *duty to mitigate* tem sido amplamente aplicado à situações nas quais o exercício do direito pelo credor poderia ter evitado ou reduzido os prejuízos de que pretende ser indenizado, situações em que o credor demora em exigir o cumprimento do devedor, ou ainda nos casos em que o credor poderia ter informado ao devedor e solicitado providências.

158. Esta obrigação se traduz, segundo a doutrina consultada^[67], seja por uma obrigação de agir ou de se abster. Em todo caso, quando o devedor emprega recursos próprios com o objetivo de diminuir seu prejuízo, ela tem o direito de recuperar as despesas efetuadas, mesmo que a medida empregada não tenha permitido diminuição efetiva do dano, desde que, razoavelmente, fosse apta para tanto.

159. Diante disso, em decorrência da boa-fé objetiva, o dever de mitigar a perda implica que, sempre que possível, o credor deverá depreender esforços razoáveis de maneira a evitar desperdício de recursos econômicos pela sua inércia.

160. Nesse sentido, Gabriela Fóes^[68], chamando atenção acerca da discrepância entre quanto se paga por diária de *leasing* de contêiner e quanto se cobra pela diária do mesmo contêiner a título de sobre-estadia, descreve possibilidade na prática marítima onde se poderia mitigar os prejuízo do transportador frente a devolução do cofre fora do prazo especificado:

A navegação de linha, como é o caso dos navios porta-contêineres, não necessita que os exatos contêineres que estavam a bordo de determinado navio retornem a este mesmo navio. Isso afetaria drasticamente a logística do transporte, porquanto que o navio teria que aguardar o retorno ao porto de todos os contêineres para seguir viagem.

Há outros contêineres que estão à disposição do transportador no porto, e isso já está engajado na logística do transportador, sendo certo que, se há perdas pela devolução a destempo da unidade de carga, esta perda é (geralmente) inferior ao valor cobrado pela sobre-estadia. Ademais, nem todos os contêineres pertencem aos transportadores, sendo comum a utilização de contratos de *leasing* de contêineres.

Não se afirma aqui que o transportador não sofre perdas com a retenção das unidades pelos usuários. O que é afirmado é que os valores das sobre-estadias que são atualmente cobrados são superiores às possíveis perdas sofridas pelo transportador.

Sobre os contêineres objeto *leasing*, a crítica a esta questão subsiste porque, enquanto é pago em um contrato de *leasing* uma média de US\$ 3,00 (três dólares) por dia, o transportador cobra do usuário do contêiner um valor até 50 vezes maior que esse, acarretando em um lucro exacerbado, o que viola a modicidade. Tal circunstância, além de ir de encontro dos princípios contratuais brasileiros, fere a origem da sobre-estadia de contêiner, que seria pura e simplesmente compensar o transportador por possíveis danos causados devido à retenção da unidade de carga, compelindo o usuário a devolvê-lo no prazo.

161. Assim, pode-se concluir que não age de boa-fé quem, podendo substituir os contêineres para não atrasar ou impedir o início da viagem ou a realização de novos fretes, deixa de fazê-lo e perde a oportunidade de reduzir a extensão de seus danos.

5.7. Conclusões preliminares

162. Dentre os vários problemas que prejudicam os usuários, o presente estudo técnico-jurídico investiga as alegações de cobrança de valor abusivo de sobre-estadia por parte dos armadores ou agentes intermediários de transporte marítimo.

163. Como se sabe, parte do problema identificado decorre da falta de consenso quanto à natureza jurídica do instituto. Daí porque foi dedicada a presente análise, apontando os diferentes posicionamentos na doutrina acerca da natureza jurídica da sobre-estadia (*demurrage*), interpretado à luz do direito e da realidade atual, ultrapassando os conceitos e bases fáticas do século XIX, sob risco

de ratificar injustiças nas relações comerciais e no tratamento isonômico entre as partes.

164. Na ausência de legislação específica sobre o tema, e diante da necessidade de reparar eventuais prejuízos pela não devolução do contêiner, o Poder Judiciário e boa parte da doutrina, baseado no [Decreto-Lei nº 4.657, de 1942](#) (conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) equipararam a *demurrage* de contêineres às regras do Código Comercial ([Lei nº 556, de 1850](#)) aplicadas à *demurrage* de navios. Contudo, a parte não revogada do Código Comercial foi elaborada em 1850, data em que nem sequer existia o uso de contêineres no transporte marítimo mundial (o uso de tais unidades de carga só começou efetivamente no Brasil após 1980). Isso evidencia o risco da aplicação irrestrita do uso e costumes para a sobre-estadia de contêiner.

165. Ademais, a jurisprudência sobre o tema não teve o cuidado de diferenciar a aplicação do instituto da *demurrage*, ora aplicada a contrato de afretamento de navio, originada do contrato de afretamento, ora aplicada a *demurrage* de contêineres, fundamentada no Conhecimento de Embarque ou *Bill of Lading* (BL), ou ainda no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner.

166. Com isso, ao generalizar o entendimento sobre a *demurrage*, nascem consequências jurídicas e econômicas indesejáveis para o mercado regulado, pois se não houver esclarecimento sobre os limites aos exageros nas cobranças, o custo financeiro do transporte nacional acarretaria grande perda de produtividade e de investimentos nos mais diversos setores da economia nacional.

167. Diante da realidade de mercado, em detrimento do posicionamento jurisprudencial majoritário, entende-se como oportuno o posicionamento hermenêutico desta Agência Reguladora quanto ao regime jurídico da sobre-estadia de contêiner, em especial para pautar o início das discussões técnicas e jurídicas sobre a correta aplicação desse instituto.

168. Primeiramente, não se deve confundir *demurrage* de navio com a *demurrage* de contêineres. O contrato de afretamento envolve a devolução da embarcação (navio) fora do *laytime* ou *layday*, e o contrato de transporte trata da devolução do contêiner fora do prazo (*free time*), com base no BL ou Conhecimento de Transporte ou no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner. Trata-se de fatos diferentes, originados de tipos de contrato e objetos diferentes, com consequências práticas jurídicas diferentes, tendo de comum apenas o “atraso” ou “demora” na devolução do bem.

169. Além disso, o instituto da indenização pré-fixada é matéria presente nos países da *common law*, berço moderno do instituto *demurrage*, que inadequadamente passou a ser aplicada pela jurisprudência nacional. **Porém, sob a ótica do sistema civil law, do qual o Brasil se filia, a natureza da demurrage, caso se queira dar o efeito pré-fixado de ressarcimento e penalidade, deveria possuir outro caráter, que é a da cláusula penal moratória.**

170. Portanto, no caso de descumprimento contratual decorrente da não devolução de carga dentro da livre estadia (*free time*), será devido o valor fixo preestabelecido pela sobre-estadia de contêiner. Ainda que dispensada a efetiva comprovação ou liquidação do dano.

171. Todavia, a legislação pátria, visando coibir o abuso de direito e o enriquecimento sem causa, estabelece limites para a fixação da indenização pré-fixada. Nos termos do art. 412 do [Código Civil](#), o seu valor não poderá exceder ao da obrigação principal.

172. Isso não significa que o transportador não detenha o legítimo direito de cobrar pela sobre-estadia do contêiner que disponibilizou ao seu contratante, visto que, caso nenhum valor fosse exigido, haveriam usuários utilizando-se de contêineres como armazéns de suas cargas (ou outros fins), ficando o transportador logisticamente desfalcado de contêineres para atender os próximos contratantes.

173. Considerando a utilização de *leasing* de contêineres por significativa parte dos armadores no transporte marítimo internacional faculta-lhes plenas condições de, a qualquer tempo, substituir as caixas para não atrasar ou impedir o início da viagem, verifica-se situações nas quais o exercício de um direito pelo credor poderia ter evitado ou reduzido os prejuízos de que pretende ser indenizado. Assim pode-se concluir pela ausência de boa-fé objetiva quem, podendo substituir os contêineres para não atrasar ou impedir o início da viagem ou a realização de novos fretes, deixa de fazê-lo e perde a oportunidade de reduzir a extensão de seus danos.

174. **Logo, a problemática identificada não se refere à aplicação do regime jurídico (se**

cláusula penal, se indenização), ou aos valores cobrados a título de ressarcimento ou penalidade sobre a sobre-estadia de contêiner, mas nas situações de cobrança abusivas nas quais os valores cobrados extrapolam comprovadamente a extensão dos danos.

175. A partir da vasta doutrina analisada, e ainda considerando as diversas contribuições na Tomada de Subsídios, pode-se observar que o instituto da sobre-estadia de contêiner, com o passar do tempo, foi subvertido a natureza jurídica "*sui generis*", aproveitando-se de todas as vantagens de cada regime civilista sem, contudo, se limitar aos seus ônus. Têm-se com a prática atual a pré-liquidação de danos da cláusula penal sem os limites da obrigação principal. Ainda, a possibilidade de ressarcimento integral dos prejuízos da inadimplência, todavia, sem o encargo de comprová-los.

176. De todo o exposto, preliminarmente conclui-se que:

I - Sob a ótica do sistema *civil law*, caso se queira dar o efeito pré-fixado de ressarcimento e penalidade, a sobre-estadia de contêiner possuirá natureza jurídica de cláusula penal moratória;

II - O [Código Civil](#), visando coibir o abuso de direito e o enriquecimento sem causa, estabelece limites para a fixação da indenização pré-fixada, não podendo ser superior ao valor da obrigação principal (arts. 412 e 413);

III - Caso a cláusula penal não seja suficiente para suprir o prejuízo sofrido pelo transportador, é lícita cumulação com a indenização por lucros cessantes, desde que convencionado entre as partes, nos termos do art. 416, parágrafo único, do [Código Civil](#), sendo necessário comprovar a extensão do dano. Portanto, o valor da cláusula penal é considerado como o mínimo de indenização, a ser suplementado conforme o prejuízo excedente, a ser comprovado;

IV - Em atenção à autodeterminação das partes e a necessidade de se evitar o abuso do poder regulatório, a análise de abusividade de valores das diárias de *demurrage* só é possível no momento em que a intervenção (regulatória, arbitral ou judicial) opera sobre o caso concreto, em que se vislumbra se a conduta contratual tem gerado enriquecimento sem causa e a especulação lucrativa;

5. DOS OBJETIVOS QUE SE PRETENDE ALCANÇAR

177. Após discutir e propor a definição da natureza jurídica da sobre-estadia, tem-se que o principal objetivo deste trabalho é apreciar por meio de análise custo-benefício-risco as possíveis metodologias a serem adotadas pela Agência de modo a averiguar a existência ou não de abusividade na cobrança da *demurrage*.

178. Conforme citado na terceira seção, restringe-se a análise à relação comercial existente entre o transportador marítimo efetivo e o usuário conforme definido na RN 18. Possíveis interveniências que afetam ou originem a sobre-estadia decorrentes das ações de agentes intermediários ou transitários não são apreciadas neste trabalho.

179. Assim, em decorrência do objetivo principal espera-se que ao propor metodologia à Agência, a ação desta atue no sentido de mitigar a ocorrência de possíveis abusividades. Deste modo, os objetivos complementares deste trabalho consistem em fazer com que a sobre-estadia cumpra o seu devido papel que é reparar o dano incorrido pelo transportador e estimular a eficiência logística do transporte aquaviário.

180. Importante reprimir como afirmado na quarta seção que não se pretende adotar nenhum "tabelamento de preços", a ANTAQ reconhece que o preço é livre e determinado na livre negociação entre os partícipes do mercado.

6. BENCHMARK INTERNACIONAL

181. Esta seção do presente relatório foi realizada pela Gerência de Desenvolvimento e Estudos (GDE) que acatou solicitamente o convite da GRM para auxiliá-la na apreciação do tema

sobre-estadia, em particular a experiência internacional.

182. O estudo da GDE foi desenvolvido no processo SEI nº 50300.018188/2020-98, iniciando-se por meio do Termo de abertura de Projeto de E&P (SEI 1180937) no qual se apresenta o objetivo:

Subsidiar a equipe técnica do tema 2.2 da Agenda Regulatória Biênio 2020/2021 – Desenvolvimento de metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres. Nesse sentido, o presente projeto discorrerá sobre a natureza jurídica da cobrança de sobre-estadia, identificará as causas operacionais que resultam na sua cobrança, analisará o processo de judicialização no Brasil e, ainda, estudará como outros países tratam a questão, inclusive com comparação de valores praticados.

183. Este termo após aperfeiçoamentos tornou-se o Projeto de Execução de Estudos e Pesquisa SEI 1187829, no qual se especifica os objetivos gerais, específicos, metodologia, estrutura do projeto etc.

184. O relatório final intitulado "Experiencia Internacional na Regulação da Sobre-Estadia" (SEI 1215349) compõe-se de cinco capítulos:

1 - NATUREZA JURÍDICA DA SOBRE-ESTADIA", aborda a origem do instituto, diferenciando a sobre-estadia de contêineres da de navios. Na sequência são apresentadas as divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica da *demurrage* e a jurisprudência dominante. O capítulo discorre sobre os efeitos práticos de cada possível enquadramento.

2 – EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL", analisa as soluções apontadas por alguns países, trazendo outras perspectivas para a questão, sendo especialmente analisadas as sugestões da *International Federation of Freight Forwarders Associations* - FIATA e a proposta regulatória da *Federal Maritime Commission* - FMC.

3 – CARACTERÍSTICAS DA COBRANÇA DA SOBRE-ESTADIA NO BRASIL" tem o foco nos problemas regulatórios específicos brasileiros e faz uma análise estatística sobre os posicionamentos dos contribuintes na Tomada de Subsídios.

4 – COMPARAÇÃO DE VALORES" traz a comparação dos valores de *demurrage* de contêineres e dias de livre estadia cobrados internacionalmente pelos principais armadores que operam no Brasil, em comparação com os valores cobrados em território nacional.

5 – CONCLUSÕES" apresenta os principais apontamentos dos capítulos anteriores, fazendo um resumo crítico sobre o que foi apresentado.

185. Assim como discutido anteriormente, o estudo da GDE destaca que a sobre-estadia possui primordialmente dois papéis que consistem em: 1) estimular a devolução do contêiner de modo a evitar gargalos logísticos; 2) ressarcir perdas e danos ao transportador. Além disso, afirma ser importante definir a natureza jurídica da *demurrage*, pois isso tem consequências na regulação do tema.

Assim, um dos poucos consensos existentes na análise da questão é a dupla finalidade da sobre-estadia de contêineres: (i) ressarcimento das perdas e danos do transportador marítimo (frete que deixou de obter e prejuízos logísticos com reposicionamento de contêineres, por exemplo); e (ii) compelir à devolução do contêiner.

Essas funcionalidades inerentes e indissociáveis são responsáveis por entendimentos conflitantes quanto à natureza jurídica da sobre-estadia de contêineres. O ressarcimento das perdas e danos é a finalidade do instituto da indenização e compelir à devolução do contêiner é a finalidade do instituto da cláusula penal. A discussão é relevante porque sua definição traz significativas consequências na necessidade de comprovação de dolo, na limitação de valores, no prazo de prescrição, nos efeitos tributários, entre outras.

186. A seguir apresentam-se de modo não extensivo os principais achados da GDE.

6.1 Natureza jurídica da sobre-estadia

187. O estudo realiza comparação do direito internacional ao discutir as diversas conceituações jurídicas da sobre-estadia. Em particular, detalha a origem do termo e o seu enquadramento no direito francês e inglês, destacando a necessidade de diferenciar a *demurrage* proveniente dos contratos de afretamento e dos contratos de transporte.

188. Ao discutir o debate nacional, frisa que há enorme confusão sobre o tema a qual é permeada de interesses diametralmente opostos:

O exame da matéria é um desafio tanto na análise fática, pois sua presença nas relações de transporte marítimo é inevitável em razão dos problemas logísticos e administrativos nos

189. Assim como na quarta seção, por tratar-se de tema relacionado à contrato de transporte, a GDE destaca que o deslinde a respeito da definição da natureza jurídica ocorre no bojo do Código Civil brasileiro:

(...), a sobre-estadia de contêineres origina-se no contrato de transporte e não no contrato de afretamento.

Diante da inaplicabilidade do Código Comercial, é no bojo do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC), que se vislumbra o deslinde da questão.

190. O texto discorre sobre as diversas conceituações jurídicas nacionais (cláusula penal, indenização), assim como sobre a jurisprudência em vigor. Ao fim conclui que há necessidade de apreciação profunda do tema, pois verifica-se que apesar de haver jurisprudência dominante, há queixas de que o função contratual da sobre-estadia foi desvirtuada.

Percebemos, com indisfarçada preocupação, que a natureza jurídica da *demurrage* foi subvertida ao longo dos anos, de tal forma que ela deixou de ser um mecanismo de legítima proteção do armador contra eventuais abusos dos usuários dos seus contêineres para se converter numa forma condenável de opressão e de enriquecimento indevido. Não todos, mas muitos armadores lucram mais com as cobranças de *demurrage* do que com os fretes propriamente ditos, e a cobrança de *demurrage* não se presta a tal fim, o lucro, mas apenas a “punir” eventuais abusos dos consignatários de cargas quanto ao uso dos contêineres, mais tempo do que o devido e pactuado. (CREMONEZE, 2012, *apud* ROSSI e CASTRO JÚNIOR, 2018 p.32).

6.2 Experiência Internacional

191. Neste capítulo o estudo da GDE evidencia que os problemas regulatórios decorrentes da sobre-estadia não consistem em exclusividade nacional. Em particular, aborda-se como o tema foi apreciado e regulamentado pelo FMC e FIATA. Recentemente, o FMC publicou nova regra interpretativa sobre *demurrage* cujo objetivo é:

(...) a FMC pode avaliar até que ponto a taxa e a política de sobre-estadia de contêineres cumpre o objetivo de incentivar a circulação de carga e promover a fluidez do transporte. A regra também fornece orientações sobre como a Comissão pode aplicar este princípio no contexto da disponibilidade de carga (e de informação) e devolução de contêineres vazios.

192. Essa nova regra teve como origem estudo do FMC demandado pelos agentes de mercado americanos que solicitaram:

(...) uma regra interpretativa que esclarecesse o que seriam “regras e práticas justas e razoáveis”.

193. Em linhas gerais, assim como no debate nacional, o FMC observou que a sobre-estadia não estava servindo ao seu propósito original, dentre os seus principais achados encontram-se:

a sobre-estadia e detenção são cobranças valiosas quando aplicadas para incentivar a pronta movimentação de carga de portos e terminais marítimos;

toda a cadeia logística marítima internacional pode se beneficiar de práticas transparentes, consistentes e razoáveis de sobre-estadia;

o desempenho da cadeia logística internacional pode ser melhorado com a disponibilização de informação sobre a situação da carga;

linguagem padronizada e transparente de sobre-estadia também melhoraria o sistema internacional de frete;

prática de cobrança e processo de resolução de disputa devem ser claros, simplificados e acessíveis;

deve haver diretrizes explícitas quanto aos tipos de evidências que são relevantes para resolver disputas

194. Assim, a regra interpretativa proposta pelo FMC pretende auxiliar os agentes de mercado para que se evitem conflitos, e caso ocorram sejam resolvidos em bases comerciais. De modo tal, que a sobre-estadia atenda a sua função que é dar mais agilidade ao transporte. Nas próximas seções deste trabalho poderá ser observado que dentre as opções regulatórias a serem propostas à apreciação da Diretoria Colegiada, uma delas se aproxima da prática realizada pelo FMC:

A regra interpretativa final (FMC, 2020) parte do entendimento de que as cobranças de sobre-estadia servem para dar agilidade à movimentação de cargas nos terminais, pois são um incentivo para que os vários agentes atuantes na cadeia logística busquem mover-se com agilidade a fim de dar fluidez ao transporte. Nesta direção, a regra interpretativa da FMC tem como premissa que quanto mais as práticas de sobre-estadia estiverem alinhadas com a busca de agilidade e fluidez do transporte, menos devem ser consideradas não-razoáveis.

As diretrizes adotadas pela FMC na regra interpretativa final visam auxiliar os armadores e MTOs a evitar penalidades previstas na Lei de Transporte Marítimo (*Shipping Act*), bem como a aumentar a consciência dos embarcadores, intermediários e caminhoneiros sobre suas obrigações.

195. Assim como o FMC, a FIATA reconhece a importância da sobre-estadia como regra contratual de incentivo a agilidade no transporte. No entanto, enfatiza que estrão não pode ser injusta ou abusiva:

O Guia de Melhores Práticas divulgado pela FIATA (FIATA, 2018) reconhece que as taxas de sobre-estadia e detenção são importantes e instrumentos válidos para os armadores assegurarem o retorno de seus equipamentos o mais rápido possível e os usuários que excederem a duração contratual devem ser cobrados de acordo. Contudo, a FIATA não acredita que os embarcadores devem estar sujeitos a injustas ou não razoáveis cobranças desta natureza, especialmente quando o atraso ocorre por falta do armador

6.3 A cobrança da sobre-estadia no Brasil

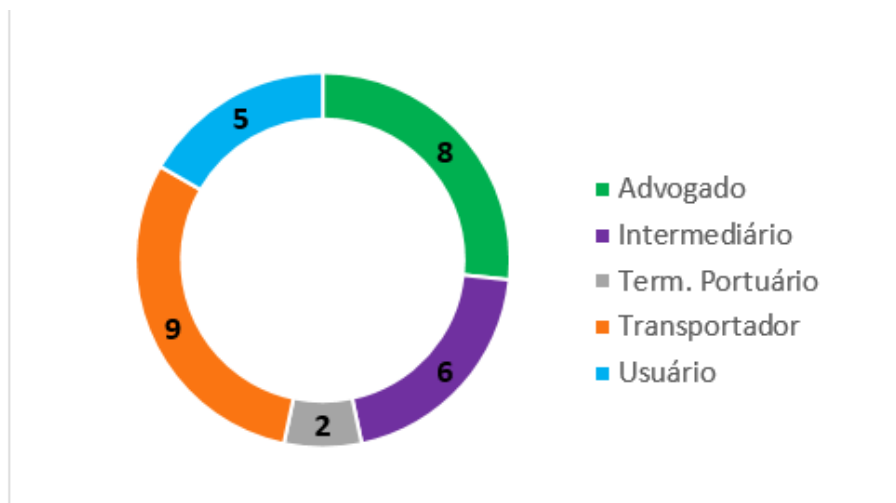
196. Este capítulo aborda temas que fogem ao escopo do presente trabalho (vide seção 2). Conforme afirmado, o escopo deste relatório se ateve a ausência de metodologia para apuração de possíveis abusividades no preço da sobre-estadia, isto é, não foi objeto da presente AIR as possíveis outras causas que têm como consequência a existência e possível abusividade da sobre-estadia.

197. O corte proposto na segunda seção, por sua vez, não implica na irrelevância da análise proposta pela GDE. Pelo contrário, este capítulo do estudo da GDE demonstra que o tema deve ser aprofundado e que somente a definição de metodologia para apuração da abusividade pode não ser suficiente para esgotar os problemas regulatórios que permeiam a sobre-estadia.

198. Em resumo, o capítulo em discussão aborda os seguintes temas:

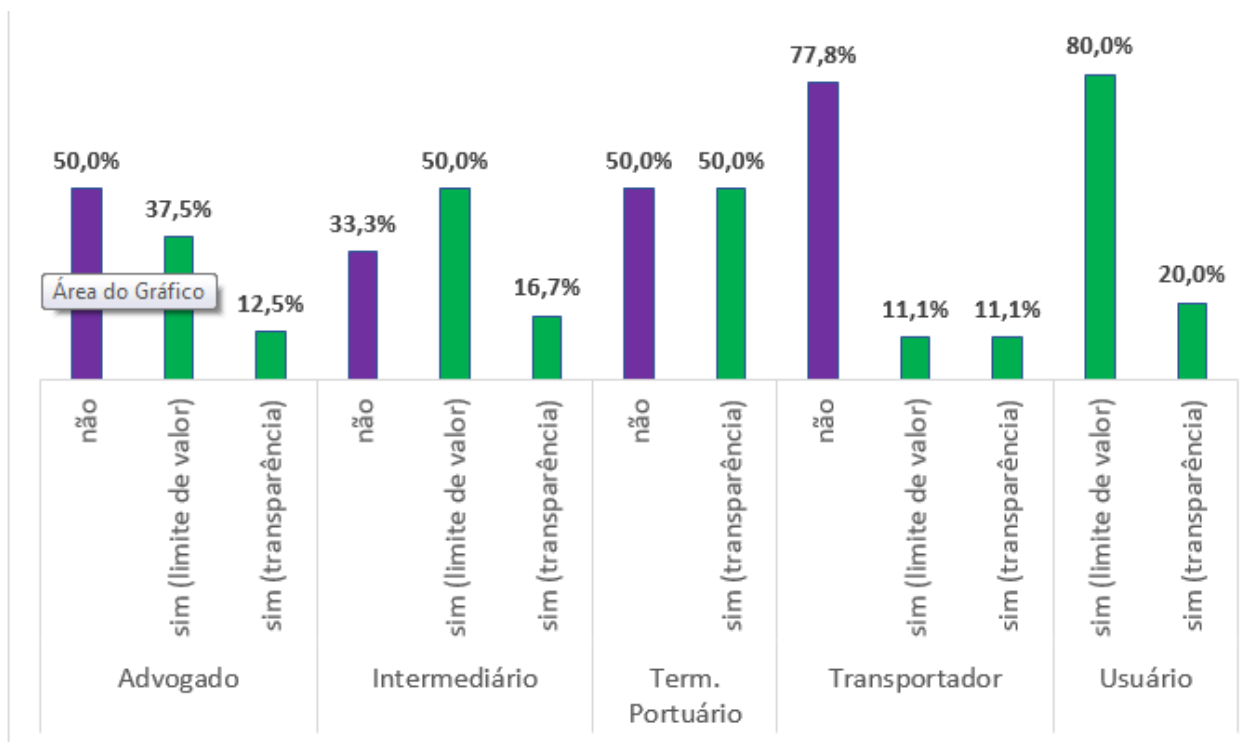
- ilegalidade da cobrança do Termo de Responsabilidade por Devolução do Contêiner;
- o papel do despachante aduaneiro e como este tem sido indevidamente responsabilizado no que se refere a sobre-estadia;
- existência de *spread* na sobre-estadia proveniente de atos dos agentes intermediários;
- existência da demurrage em decorrência de problemas logísticos no país;

199. Ao fim do capítulo, realiza-se importante avaliação das contribuições presentes na tomada de subsídios nº 03/2020/SRG – ANTAQ, cuja quantidade e perfil dos contribuintes constam no gráfico abaixo:



200. Dentre as contribuições, verificou-se de acordo com os perfis, quantos se manifestaram em prol da definição da *demurrage* como cláusula penal ou indenização e quantos consideram o TCDC como contrato de adesão. No que se refere a necessidade de regulação, obteve-se que:

(...) Todos os usuários foram a favor de algum tipo de regulação, sendo que 80% deseja uma limitação no valor da sobre-estadia e os outros 20% entende que basta uma melhoria na transparência. Já no grupo dos transportadores, a maioria (77,8%) é contra qualquer forma de regulação. (...).



6.4 Comparação dos valores

201. Nas palavras os autores do estudo da GDE, este capítulo teve como objetivo:

O presente capítulo refere-se à realização de uma pesquisa quantitativa de valores de sobre-estadia de contêiner e prazos de livre estadia de contêiner no Brasil e em outros países do mundo, utilizando-se, como dados de pesquisa, fontes primárias, isto é, aquelas obtidas, via busca individualizada, nos websites dos transportadores marítimos, na forma de preços de sobre-estadia e prazos de free time, ambos tabelados/preços balcão, por tipo de contêiner, por porto, nos sentidos importação e exportação

202. Como usual em pesquisas de sondagens de preços, diversas ponderações estão presentes:

Quanto à aplicabilidade de valores tabelados/balcão cabe esclarecer que, nos casos de usuários com volumes consideráveis de carga, pode ocorrer a negociação entre embarcador/consignatário e transportador marítimo, por meio de contratos de serviço (*service contracts*), que conferem condições especiais. Além disso, há casos em que NVOCC e agentes de carga aplicam valores de sobre-estadia e *free time* diferentes dos preços e prazos tabelados/balcão. Por fim, há circunstâncias excepcionais em que valores de sobre-estadia não são cobrados, são reembolsados ou ainda tem outra forma de mitigação.

203. Para a realização do estudo a amostra consistiu em 6 portos (Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Xangai), 4 transportadores marítimos (Maersk, MSC, CMA CGM e Hapag-Lloyd) e 4 tipos de contêineres (20 pés seco, 40 pés seco, 40 pés *high cube* e 20 pés refrigerado).

204. Detalhes metodológicos são descritos pormenorizadamente no capítulo, de todo o modo compete destacar que trata-se de pesquisa exploratória:

Tipicamente, a pesquisa exploratória se vale de uma pequena amostragem, a qual permite escolher técnicas adequadas de coleta e tratamento dos dados e verificar potenciais

dificuldades. Assim, este tipo de pesquisa é uma sondagem que permite proporcionar uma visão aproximada de determinado fato, de modo que pesquisa futura possa ser concebida para uma maior compreensão, entendimento e precisão.

205. Diante das limitações de informações, em grande parte resultantes da pequena amostra, a GDE conclui que os resultados obtidos são:

insuficientes para concluir a respeito da abusividade ou não dos preços de sobre-estadia no Brasil comparado aos demais portos do mundo;

insuficientes para explicitar eventuais distorções quantitativas de preços e prazos em relação aos demais portos estrangeiros.

206. Como exemplo das tabelas apresentadas tem-se:

Maersk - Preço da Sobre-estadia média na importação em USD (14º dia)

País	Porto	20' DC	40' DC	40' HC	20' Reefer
Brasil	Santos	\$26	\$49	\$49	\$62
Argentina	Buenos Aires	\$20	\$40	\$40	\$64
Bélgica	Antuérpia	\$47	\$62	\$62	\$93
Países Baixos	Roterdã	\$51	\$67	\$67	\$102
Cingapura	Cingapura	\$23	\$37	\$37	\$41
China	Xangai	\$7	\$14	\$16	\$30

Preço da sobre-estadia média na importação Maersk comparativo entre porto nacional e estrangeiros. Disponível em: <https://www.maersk.com/local-information/>. Acesso em: dezembro de 2020

Maersk - Preço da Sobre-estadia média na exportação em USD (14º dia)

País	Porto	20' DC	40' DC	40' HC	20' Reefer
Brasil	Santos	\$0	\$0	\$0	\$29
Argentina	Buenos Aires	\$0	-	-	\$30
Bélgica	Antuérpia	\$44	\$57	\$57	\$85
Países Baixos	Roterdã	\$44	\$57	\$57	\$85
Cingapura	Cingapura	\$17	\$30	\$30	\$67
China	Xangai	\$8	\$13	\$15	\$15

Preço da sobre-estadia média na exportação Maersk comparativo entre porto nacional e estrangeiros. Disponível em: <https://www.maersk.com/local-information/>. Acesso em: dezembro de 2020

207. Apesar das limitações metodológicas apresentadas, a comparação dos valores exemplificadas nas tabelas acima, permitiram a GDE afirmar que:

(...) a comparação de valores de balcão médios de sobre-estadia após o 14º dia de desembarque, pesquisados nos portos de Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Xangai, apontam, de forma geral, para valores brasileiros em linha com os valores dos demais portos estrangeiros (com exceção à Xangai, este nitidamente inferior).

6.5 Conclusões

208. Ao resumir os principais achados do estudo, no que diz respeito a natureza jurídica, a GDE afirma que:

Diante dos argumentos trazidos à baila, verificou-se que, no ordenamento jurídico pátrio, o instituto da indenização obrigatoriamente se restringe aos prejuízos efetivos e os lucros cessantes decorrentes da ação ou inação do devedor, ou seja, é inafastável a obrigação do credor comprovar os prejuízos, não podendo a cobrança ir além do que efetivamente perdeu ou do que razoavelmente deixou de lucrar.

209. Observa-se que esta conclusão vai ao encontro da natureza jurídica proposta na seção 5 deste relatório de AIR, em que se propõem definir a natureza jurídica sobre-estadia como cláusula penal moratória. Isso também é verificado ao analisar a abordagem americana sobre o tema:

Nesse contexto, ressalta-se que a FMC reconhece que a sobre-estadia tem elementos penais

que foram estabelecidos para encorajar a pronta movimentação da carga para fora do píer, mas também inclui um elemento compensatório.

....

(...) as regras deixam claro que cabe à Comissão analisar a razoabilidade da cobrança nos casos de discordâncias.

210. Como será discutido nas próximas seções, as opções regulatórias a serem propostas neste relatório se adequam às práticas do FMC.

211. Por fim, a partir da pesquisa exploratória, verificou-se que os dados obtidos são insuficientes para tecer afirmações taxativas a respeito da abusividade ou não dos preços da sobre-estadia no Brasil em comparação a outros países, assim como qualquer distorção no que se refere aos prazos de *free-time*. Entende-se ser necessário pesquisa futura para maior compreensão e precisão no que se refere a valores. No entanto, frente ao obtido, e com as devidas ressalvas metodológicas, vê-se que os preços de sobre-estadia pesquisados nos portos de Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Xangai, apontam, de forma geral, para valores brasileiros em linha com os valores estrangeiros.

7. OPÇÕES REGULATÓRIAS

212. Uma vez definido o conceito de natureza jurídica a ser sugerido para apreciação da Diretoria Colegiada e apresentada as práticas jurídicas e regulatórias internacionais, passa-se a discutir as opções regulatórias a disposição da Agência. Dentre as opções aventadas pela área técnica, seguindo o manual de AIR da Casa Civil, a primeira opção é manter o *status quo*. Esta e as demais opções (ampliação da transparência, preço de referência, mediação entre os privados) são discutidas nas subseções seguintes.

7.1. Manter o status quo

213. No caso em tela, a manutenção do *status quo* significa reafirmar a regulação estabelecida pela RN 18, em particular os artigos que se referem a necessidade de transparência nas relações comerciais entre transportadores e usuários. Nesse interim, podem-se citar os seguintes artigos:

Art. 4 Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem prestar informações corretas, claras, precisas e ostensivas, em especial dar conhecimento prévio de todos os serviços, operações ou disponibilidade a serem contratados pelos usuários, incluindo a especificação dos valores aplicáveis de preços, fretes, taxas e sobretaxas.

Parágrafo único. As informações indicadas no caput deverão ser acessíveis de maneira clara e precisa, até a contratação, ao embarcador, consignatário, endossatário ou portador do conhecimento de carga – BL, independentemente de ser contratante ou não.

Art. 8º São direitos básicos do usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e no contrato:

(...)

III - dispor de informação transparente, correta e precisa por meio de canais de comunicação acessíveis, com conhecimento prévio de todos os serviços, operações ou disponibilidade a serem contratados e dos riscos envolvidos, incluindo a especificação dos valores dos preços, fretes, taxas e sobretaxas, vedada a publicidade enganosa;

Art. 19. As regras e os valores de sobre-estadia, bem como o número de dias de livre estadia do contêiner deverão ser disponibilizados até a confirmação da reserva de praça ao embarcador, ao consignatário, ao endossatário e ao portador do conhecimento de carga – BL.

Art. 20. O prazo de livre estadia do contêiner será contado:

I - no embarque, a partir da data de retirada do(s) contêiner(es) vazio(s) pelo embarcador no local acordado; e

II - no desembarque do(s) contêiner(es) cheio(s), a partir do dia seguinte após a entrega da carga no local acordado.

Art. 21. A responsabilidade do usuário, embarcador ou consignatário pela sobre-estadia termina no momento da devida entrada do contêiner cheio na instalação portuária de embarque, ou com a devolução do contêiner vazio no local acordado, no estado em que o

recebeu, salvo deteriorações naturais pelo uso regular.

§ 1º Caso o embarcador decida postergar o embarque do contêiner por qualquer motivo, ou dê causa ao postergamento, a contagem do prazo da sobre-estadia somente se encerrará no momento do efetivo embarque.

§ 2º A contagem do prazo de livre estadia do contêiner será suspensa em decorrência de:

I - fato imputável diretamente ao próprio transportador marítimo, ao proprietário do contêiner, ou ao depósito de contêineres (depot); ou

II - caso fortuito ou de força maior, se não houver se responsabilizado por eles expressamente.

§ 3º A contagem da sobre-estadia que já tiver sido iniciada não se suspende na intercorrência de caso fortuito ou força maior.

§ 4º O transportador marítimo ou o proprietário do contêiner deverá manter disponível ao embarcador, ao consignatário, ao endossatário e ao portador do conhecimento de carga – BL, a partir do primeiro dia de contagem da sobre-estadia, enquanto esta durar, a identificação do contêiner e o valor diário de sobre-estadia a ser cobrado.

214. Em resumo, os art. 4º e 8º citados concedem aos usuários o direito de terem informações claras a respeito dos preços, formas de cobrança, metodologia da cobrança etc da sobre-estadia. A partir das respostas apresentadas na tomada de subsídios, verificou-se que em linhas gerais a maior parte dos transportadores divulga antecipadamente os preços a serem cobrados caso os contêineres entrem em *demurrage*.

215. No entanto, para os usuários não é plenamente entendível a que se refere à precificação da *demurrage*, isto é, quais os itens que compõem o preço final cobrado pelos transportadores na rubrica sobre-estadia.

216. Por sua vez, os arts. 19 à 21, mostram que a RN 18 exigiu transparência por parte dos armadores e seus representantes no que se refere aos prazos de *free time* e valores de sobre-estadia, determinou como se deve realizar a contagem do prazo e em quais situações os prazos podem ser suspensos.

217. Reafirmar a RN 18 seria, por exemplo, ampliar a fiscalização para verificar se o mercado está respeitando o regulamento. Dado que o conteúdo da RN 18 foi internalizado pelo mercado, pressupõe-se que esta opção regulatória agradaria aos transportadores.

218. Por outro lado, esta opção não agradaria aos usuários, pois estes exigem não somente maior transparência e informação como afirmam que os preços cobrados são exorbitantes em casos concretos. A título de exemplificação apresenta-se abaixo tabela contendo a lista de processos apreciados pela ANTAQ decorrentes de denúncias referentes a possível abusividade na cobrança de *demurrage*. Aqueles descritos como subsídios à PFANTAQ, consistem em casos judicializados, nos quais a Agência foi instada a se manifestar, novamente, via de regra, consistem em ações dos usuários questionando os valores cobrados por sobre-estadia.

Processo nº SEI	Descrição
50300.008297/2020-05	Denúncia/reclamação de usuário
50300.003861/2020-95	Medida Cautelar – <u>demurrage</u> de <u>contêineress</u>
50300.013648/2019-58	<u>Demurrage</u> x abusividade x RN 18
00408.027480/2019-91	<u>Demurrage</u> – Food Trade
00424.022742/2020-67	Subsídios à PFANTAQ – cobrança de <u>demurrage</u>
00408.001069/2019-96	Subsídios à PFANTAQ
00408.091860/2018-07	Subsídios à PFANTAQ
00408.088612/2018-17	Subsídios à PFANTAQ
00424.146944/2018-89	Subsídios à PFANTAQ
00410.052937/2018-76	Subsídios à PFANTAQ
00410.051825/2018-06	Subsídios à PFANTAQ
00410.051587/2018-21	Subsídios à PFANTAQ
00424.122992/2018-81	Subsídios à PFANTAQ
00424.100763/2018-14	Subsídios à PFANTAQ
00424.121352/2017-73	Subsídios à PFANTAQ
00424.043204/2018-91	Subsídios à PFANTAQ
00424.040422/2018-74	Subsídios à PFANTAQ
00424.014826/2018-11	Subsídios à PFANTAQ

219. A Diretoria Colegiada da Agência ao aprovar o tema 2.2 da Agenda Regulatória externalizou que a RN 18 necessita ser aprimorada no que diz respeito a compreensão da Agência sobre a *demurrage*. Isso não significa que necessariamente novo ato normativo deverá ser editado, mas demandou-se a área técnica que estudasse metodologias para auxiliar a apreciação da Agência nos casos concretos.

220. Manter o *status quo* significa não apresentar metodologias que auxiliem a tomada de decisão da Diretoria Colegiada. Diante das demais opções a serem discutidas, entende-se que manter o *status quo* não se configura a melhor opção regulatória. Pois manter o *modus operandi* da Agência significa que os questionamentos dos usuários frente aos (não) procedimentos da ANTAQ quanto a possível existência de abusividade continuaram presentes e não serão sanados.

7.2 Ampliação da transparência

221. Os artigos 4 e 8 da RN 18 concedem aos usuários o direito de terem informações transparentes quanto a sobre-estadia e estabelece o dever aos transportadores de fornecê-las. No entanto, a RN não especifica como isso deve ser realizado, exemplo, qual a temporalidade necessária para a divulgação de novos preços, qual a unidade monetária a ser utilizada, como se dá o escalonamento da cobrança de sobre-estadia etc.

222. A respeito desta questão, a Cecafé apresentou diversas sugestões de ações na sua contribuição na tomada de subsídios:

Dessa forma, é imprescindível que a ANTAQ regule adequadamente o tema (...), impondo critérios eficazes sobre o perfil das empresas que operam nesse mercado, com a exigência de:

I - cadastro do armador estrangeiro, ainda que esse opere sem outorga de autorização, por escolha equivocada da ANTAQ.

II - cadastro de todos os agentes intermediários que cobram *demurrage*, nos termos do art. 18 da RN 18/2017, da ANTAQ.

(...)

IV - discussão de um modelo de termo de responsabilidade padronizado, registrado na ANTAQ, ressaltando-se que o *Bill of Lading* no modelo chinês deve ser registrado (doc. 01),¹⁰ mediante o qual, o usuário terá garantia para evitar abusos nas cláusulas, em controle *ex ante*, e não *ex*

post, pois esse tem sido imprestável;

V - registro do valor da diária de sobre-estadia pelo armador e pelo agente, para que não haja sobrepreço pelo agente, via criação de um Sistema de Acompanhamento de Preços no Transporte Marítimo (Módulo APTM), tal como já existe com o Módulo APP, disponível no site da ANTAQ.

(...)

IX - a fim de proporcionar dados e estatísticas para que a ANTAQ possa conhecer o mercado e implementar as suas opções regulatórias com base em evidências do que ocorre no mercado, exigir a elaboração de um registro, com apresentação de um relatório anual, de caráter obrigatório a ser entregue para a ANTAQ, até o dia 31.01 do ano seguinte, pelo transportador e o agente intermediário, com a discriminação das cobranças efetuadas nas esferas extrajudicial e judicial, com os seguintes itens, dentre outros: a) nome do usuário; b) valor da cobrança; c) período de livre-estadia; d) cópia do conhecimento de embarque; e) valor da diária da sobre-estadia; f) tipo do contêiner; g) metodologia do cálculo da cobrança; h) se houve acordo extrajudicial ou cobrança judicial.

223. A partir das contribuições da Cecafé, vê-se que ampliação da transparência pode ser realizada de duas formas: 1) a ANTAQ determinando como deve ser a divulgação das informações; 2) a ANTAQ coletando informações do mercado e divulgando por iniciativa própria.

224. Avalia-se que a ANTAQ determinar a forma de divulgação pode infringir a lei de liberdade econômica e a Lei nº 10.233 que estabelece a liberdade de preços. Pode-se entender que a ANTAQ estaria limitando a liberdade de atuação das empresas.

225. Alternativamente, seria pertinente a ANTAQ discutir ou especificar o conteúdo do que deve ser divulgado e não como a informação deve ser divulgada. No entanto, nesta hipótese compreende-se que para melhor acompanhar o mercado e para atuar com fonte de informação primária para estudos e demais avaliações, a segunda hipótese é mais adequada.

226. No entanto, é importante destacar que esta opção apresenta custo regulatório, principalmente no que diz respeito aos custos administrativos que a Agência terá para estabelecer a metodologia de sondagem, processamento e divulgação da informação.

227. Quanto ao posicionamento dos agentes econômicos interessados, entende-se que seja do interesse de todos à ampliação da transparência. No entanto, para alguns usuários apesar de importante, este tipo de ação regulatória não resolve o problema da possível abusividade. Vide manifesto do Sindicato das Empresas de Comércio Exterior do Estado de Santa Catarina (Sinditrade):

Com todo o respeito, as metodologias apresentadas são absolutamente inadequadas.

Primeiro que os valores, aplicados pelos armadores, são abusivos, publicá-los ou não seria admitir um faz de conta!

(...)

Ademais, a pretensão do item I já restou implementada pela Resolução nº 18 desta Agência Regulatória, mas não impediu as fornecedoras de serviço da prática de abusividade!

(...)

Logo, frisa-se que de nada adianta a implementação da proposta descrita no item I, o problema não está exclusivamente na publicidade, mas sim no próprio valor cobrado, que é abusivo.

228. A que pese a possível assertividade das palavras do Sinditrade, caso se pretenda resolver o problema regulatório por etapas, sem dúvida a primeira etapa será ampliar a transparência das informações relacionadas a *demurrage*. Assim, sugere-se que periodicamente (por exemplo, em ciclo quadrienal) a Agência realize pesquisa a respeito dos preços tabelados de sobre-estadia. Nesse sentido, pode-se no momento de elaboração e proposição da pesquisa aventar a possibilidade de consultar não somente os transportadores, mas também os agentes intermediários e transitários. Além disso, abre-se também a oportunidade de ampliar o escopo de análise do tema, não se limitando somente a relação transportador e usuário, o que possibilita estudar as demais causas que geram ou afetam o preço cobrado de sobre-estadia.

229. Tratando-se dos transportadores, a priori seria de se esperar resistência na ampliação da transparência, em particular na hipótese da obrigação de enviar dados à ANTAQ. No entanto, isso não se verifica ao visualizar o manifesto da Maersk:

A primeira opção regulatória apresentada pela Agência, qual seja, a política de ampliação da transparência, denota ser plausível e viável, haja vista que os valores de tabela de *demurrage* e

detention já são divulgados atualmente, pelos transportadores marítimos, por meio de seus sítios eletrônicos. Ademais, os transportadores marítimos atualmente respeitam os princípios da publicidade, legalidade e transparência ao registrar a referida tabela de valores em Cartório de Registro de Títulos e Documentos. O que se propõe, com essa nova política, seria a concentração de todos os valores tabelares de sobre-estadia de contêineres, bem como os prazos de franquia de livre utilização, e disponibilização no sítio eletrônico da própria Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

230. Isto é, a Maersk não somente coaduna com a proposta, como considera ser viável a implementação.

231. Logo, ao se comparar esta opção regulatória frente à anterior (manter o *status quo*), conclui-se que apesar dos custos regulatórios administrativos, os benefícios o superam. Assim, trata-se de opção regulatória superior.

7.3. Preço de referência

232. Conforme citado, verificou-se nas respostas da tomada de subsídios que esta opção regulatória foi incompreendida, pois os leitores entenderam que a ANTAQ deseja determinar como o preço deveria ser cobrado. Pressupõe-se aqui que a seção 4 esclareceu o desentendido.

233. No entanto, cabe discutir certos aspectos. Ao se demandar a área técnica que estude metodologias para apreciação da abusividade, o método tradicional para verificar se qualquer preço é excessivo ou não é comparando o preço real a algum preço de referência.

234. Exemplo, suponha que um indivíduo deseje verificar se o preço de venda 1 kg de café tipo X pela fazenda Y é excessivo ou não. Neste caso, o indivíduo procurará preço de referência para comparar com o preço real divulgado pela fazenda Y. Em geral, o indivíduo recorrerá ao preço comercializado na bolsa de valores para o kg do café tipo X e se estiver disponível poderá visualizar a série histórica desse preço.

235. Ou seja, de posse do preço de referência, o indivíduo poderá comparar o preço real ao preço de referência, e a partir de critérios objetivos afirmar se o preço do kg do café tipo X é abusivo ou não.

236. No caso da sobre-estadia, de forma objetiva poder-se-ia seguir a lógica acima exposta, mas é importante observar que há diferenças fundamentais. No exemplo apresentado, discute-se a comparação de preços de produto homogêneo, que é o café tipo X. Tratando-se da sobre-estadia, vê-se que não é um produto e que os fatores que compõe a formação do preço podem variar de transportador para transportador, assim como pode variar de acordo com o porto ou país onde ocorre.

237. Ciente desta ponderações/limitações a serem consideradas, a opção regulatória de criação de preço de referência para a *demurrage* deve ser apreciada e inicialmente verificaram-se duas possibilidades: frete gerado e consulta à preço de referência.

7.3.1. Frete gerado

238. A constituição deste preço de referência parte do pressuposto de que a sobre-estadia possui caráter indenizatório (na seção 5 sugere-se que a sobre-estadia consiste em cláusula penal moratória). Exemplo, o importador excedeu o prazo de *free time* para devolver o contêiner ao transportado. Nos dias em que ficou de posse do contêiner, o transportador em tese deixou de utilizar o contêiner para desenvolver a sua atividade, logo deve ser ressarcido (indenizado) por esses danos.

239. Além de caráter indenizatório, esta forma de constituição do preço de referência pressupõe que a variável a ser considerada é o frete, por ser a mercadoria produzida pelo transporte aquaviário. Exemplo, suponha que o atraso na devolução foi de 10 dias, nesse período quanto o transportador poderia obter de receita com frete? A resposta a essa pergunta constituiria o preço de referência para a *demurrage*.

240. Adotar o frete como principal variável *proxy* para a constituição do preço de referência gerou críticas na tomada de subsídios. Principalmente, afirmou-se que a sobre-estadia não se referia

somente à perda com frete, mas também a diversos outros custos logísticos. Além disso, a medida que o contêiner entra em sobre-estadia reduz-se consideravelmente a eficiência geral do transporte aquaviário.

241. As citações abaixo exemplificam as críticas apresentadas:

Centronave – Kincaid

(...) é importante entender que quando o equipamento não é devolvido e a carga não flui livremente, há custos reais envolvidos, como custos diretos dos equipamentos e custos de oportunidade perdidos associados a contêineres que não são devolvidos no prazo.

Reis Braun Regueira Advogados

(...) o valor da diária de *demurrage* é fixado considerando, de modo global – de forma não específica para um determinado transporte – os custos de oportunidade decorrentes da não realização de fretes marítimos e os custos logísticos envolvidos nessa situação, aqui entendidos como aqueles incorridos pelo armador para garantir a constante oferta de equipamentos a seus clientes em determinada localidade.

Maersk

Exemplificam-se alguns fatores levados em consideração quando da composição das taxas de sobre-estadia de contêiner (*demurrage* e *detention*) por parte dos transportadores marítimos: (i) valores de frete que deixaram de ser recebidos em decorrência da retenção indevida das unidades após o fim do período de livre utilização; (ii) custos de *leasing* ou depreciação se a unidade for alugada ou propriedade do Armador; (iii) custos adicionais de logística e frete visando deslocar unidades de outras localidades, para novos embarques; (iv) custos administrativos de acompanhamento visando localizar as unidades e pressionar a devolução pelos importadores.

242. Ao se propor adotar o frete como principal variável de referência para o valor da sobre-estadia, não se fez por desconhecer os demais custos logísticos presentes no preço real, mas sim por que o frete é reconhecido como importante componente e também para facilitar a compreensão do preço de referência.

243. Isto é, se adicionalmente ao frete fosse considerado os itens (ii), (iii) e (iv) citados pela Maersk, seriam necessários encontrar variáveis *proxy* para cada um desses itens, e a fórmula de constituição do preço de referência tornar-se-ia complexa. Consequentemente, dada a maior complexidade, maior o grau de erro do preço de referência.

244. De certa forma, a justificativa apresentada nesta Nota para utilizar somente o valor do frete vai ao encontro das contribuições que almejaram apresentar exemplos de cálculos para constituição do preço de referência.

Logística Brasil

O ponto de partida para se calcular o valor da sobre-estadia em base justas é o frete marítimo, tendo como referência o tempo que o contêiner será colocado para o transporte que se destina, por exemplo: se o frete foi US\$ 2.000,00, considerando *free time* na origem de 5 dias, um *transit time* de 35 dias, e 10 dias de *free time* no destino, teremos 50 dias de ciclo inserido do valor do frete, isso considerando os custos operacionais do transporte, que o transportador não terá com o contêiner em sobre-estadia. Pegando o valor do frete, decidindo pelo número de dias por ele coberto ($\text{US\$ } 2.000,00 / 50 \text{ dias} = \text{US\$ } 40,00 \text{ por dia}$). Isso independe do tipo de equipamento, porque sempre estará inserido no preço do frete que o transportador pratica.

O valor diário da sobre-estadia, deve ser no máximo, a receita de frete no transporte dividido pelo número de dias do ciclo de atividade econômica do transporte marítimo.

Rodrigo Marchioli

Se, por exemplo, o contêiner ficou fora da disposição do transportador por 70 dias em razão do atraso na devolução, deve-se questionar: quantos fretes o transportador deixou de fechar nesse período? Em 70 dias ele poderia ter fechado no máximo 2 fretes, considerando um *transit time* médio de 30-40 dias. Logo, perdeu, algo em torno de USD 4k, se considerarmos numa média bastante generosa que o frete custa USD 2k. Portanto, USD 4k seria uma indenização justa pelos 70 dias que ficou sem o contêiner. Simples assim.

....

(...), para se verificar se a cobrança é extravagante ou inescrupulosa, basta se comparar o valor cobrado com as possíveis perdas de frete da Apelante.

245. Logo, vê-se que apesar de incompleto, o frete *a priori* constitui a variável *proxy* com

melhor acessibilidade. Nesse sentido, no âmbito da ANTAQ recorreu-se ao auxílio da Gerência de Estatística e Avaliação de Desempenho (GEA) para “elaboração estruturada de informações de fretes gerados por determinada unidade de carga (contêiner), observando-se variáveis, tais como período, porto/terminal ou rota, transportador, tipo de contêiner e tipo de navegação”, conforme estabelecido na Ordem de Serviço nº 90/2020/GEA/SDS (SEI 1158010).

246. A análise técnica da GEA foi apresentada no Relatório Técnico nº 22/2020/GEA/SDS (SEI 1172998), neste, após acessar os dados disponíveis no Mercante, procurou-se verificar se seria viável calcular o frete gerado em termos diários e assim utilizá-lo como preço de referência. Para isso, buscou-se aferir não somente o tempo de trânsito do contêiner, mas também o tempo em terra dos mesmos:

(...) a cobrança por sobre-estadia de contêineres associa-se intrinsecamente à permanência das embalagens de carga em terra. Por isso, o levantamento a partir do Mercante de informações para apoiar estudos sobre esse tema tem de ser feito indiretamente. Ou seja, uma vez que o sistema não contempla dados de retirada e entrega de contêineres, informações relacionadas ao tempo de permanência desses em terra só podem ser estimadas a partir da construção de relacionamentos entre diferentes registros de operações de transporte.

247. O exercício estatístico proposto à GEA teve sucesso no que diz respeito aos dados da cabotagem, mas não para o longo curso, pois as datas de embarque ou desembarque dos contêineres nos portos estrangeiros não podem ser obtidas do Mercante.

Aponta-se que não foi possível estimar os tempos de viagem aquaviária em transportes internacionais. Isso, pois as datas de embarque ou desembarque dos contêineres nos portos estrangeiros de origem ou destino não puderam ser obtidas do sistema Mercante. (...) De toda forma, para a navegação de longo curso, foram obtidos os fretes e os tempos de permanência dos contêineres sem operação de transporte. Por outro lado, os dados de tempos sem transporte, tempos de viagem e fretes básicos puderam ser levantados para as navegações de cabotagem e em vias interiores a partir da base do Mercante. As medidas de tempo foram tomadas entre as datas de efetiva atracação das escalas mapeadas.

248. Frente a cabotagem, a estimativa de frete gerada seria realizada conforme resumido e exemplificado na planilha abaixo:

	A	B	C	D	E	F	G	H
1								
2	Ano de Desembarque	2020	Necessário					
3	Porto de Embarque	Santos - (BRSSZ)	Necessário					
4	Porto de Desembarque	Manaus - (BRMAO)	Necessário					
5								
6	Tipo de Tráfego	Tipo de Contêiner	Mediana de Tempo de Permanência até Embarque - Terra (dias)	Mediana de Tempo de Permanência em Viagem - Água (dias)	Mediana de Tempo Total de Operação - Terra e Água (dias)	Mediana de Frete Básico (R\$/Unidade)	Mediana de Frete/Tempo Total de Operação (R\$/Unidade/Dia)	
7	Cabotagem	20-CONVENCIONAL	41	15	56	2.906,63	51,90	
8	Cabotagem	20-OUTROS	21	15	37	2.671,43	41,90	
9	Cabotagem	40-CONVENCIONAL	22	15	37	2.634,99	71,22	
10	Cabotagem	40-OUTROS	63	15	81	4.969,65	63,71	
11	Cabotagem	40-REFRIGERADO	45	15	60	5.470,75	99,47	
12								

Figura 1. Recorte da planilha "CAB.-Int. - Frete Diário" (doc. 1172996) com medidas resumo das operações de transporte de contêineres.

249. A justificativa para utilização da mediana como resumo das variáveis quantitativas é apresentado pela GEA:

A escolha pela mediana para a representação dos dados quantitativos, como os tempos de permanência, decorreu da assimetria e da presença de valores discrepantes notadas no conjunto de dados original. Isso, pois os tempos de permanência tem um limite inferior, mas não um superior, e alguns contêineres permaneceram sem as respectivas utilizações para transporte por períodos relativamente longos.

250. Assim, diante de caso concreto, como a Diretoria Colegiada da ANTAQ poderia utilizar esta opção regulatória? A resposta merece a utilização de exemplo. Suponha que o contêiner saiu carregado de Rio Grande com destino a Santos, cidade em que se encontra o consignatário. Este ao receber o contêiner demora para devolver a unidade de carga mais dias do que o prazo de *free time*. Isto é, o contêiner entra em sobre-estadia, e suponha que esse atraso levou 20 dias.

251. O transportador do referido contêiner seguiria rota de cabotagem escalando os portos do Rio, Salvador, Suape e Manaus. Deste modo, sabendo que o atraso foi de 20 dias e sabendo que para escalar esses portos levasse em torno de X dias, a ANTAQ poderia estimar o quanto de frete seria gerado no período em questão da *demurrage*.

252. A priori, esta metodologia seria acatada pelos usuários, mas não o seria pelos transportadores, pois como destacado em sua maioria estes criticam a utilização do frete como variável de referência para quantificação da sobre-estadia.

253. De toda forma, avalia-se que esta não consiste em opção regulatória factível de implementação, pois o cálculo exposto é aplicável somente para a navegação de cabotagem. Como discutido, o possível problema de sobrepreço ocorre com frequência nos contêineres provenientes do longo curso. Logo, conclui-se que metodologias incompletas não devem ser adotadas pela Agência.

254. Além disso, seria necessário testar a efetividade desta opção regulatória. Isto é, dever-se-ia selecionar amostra de casos concretos de cobrança de sobre-estadia proveniente de contêineres da cabotagem e verificar o preço real cobrado pelos transportadores. Assim, ao mensurar o preço de referência para cada um desses casos concretos poder-se-ia verificar em que situações os preços reais se aproximam dos preços de referência, qual a porcentagem dos que ficam acima ou abaixo. Ou seja, o teste serviria para verificar a consistência da metodologia de obtenção do preço de referência.

255. No processo de elaboração desta Nota, para a execução do referido teste seria necessário aprofundamento e obtenção de informações indisponíveis diante da base de dados acessada pela Agência. Mesmo que se envidasse os esforços necessários para a realização do teste, estes seriam questionados pelos transportadores, como destacado, os últimos afirmam que o preço da sobre-estadia não é composto somente pelo frete e no caso concreto possuem alta volatilidade.

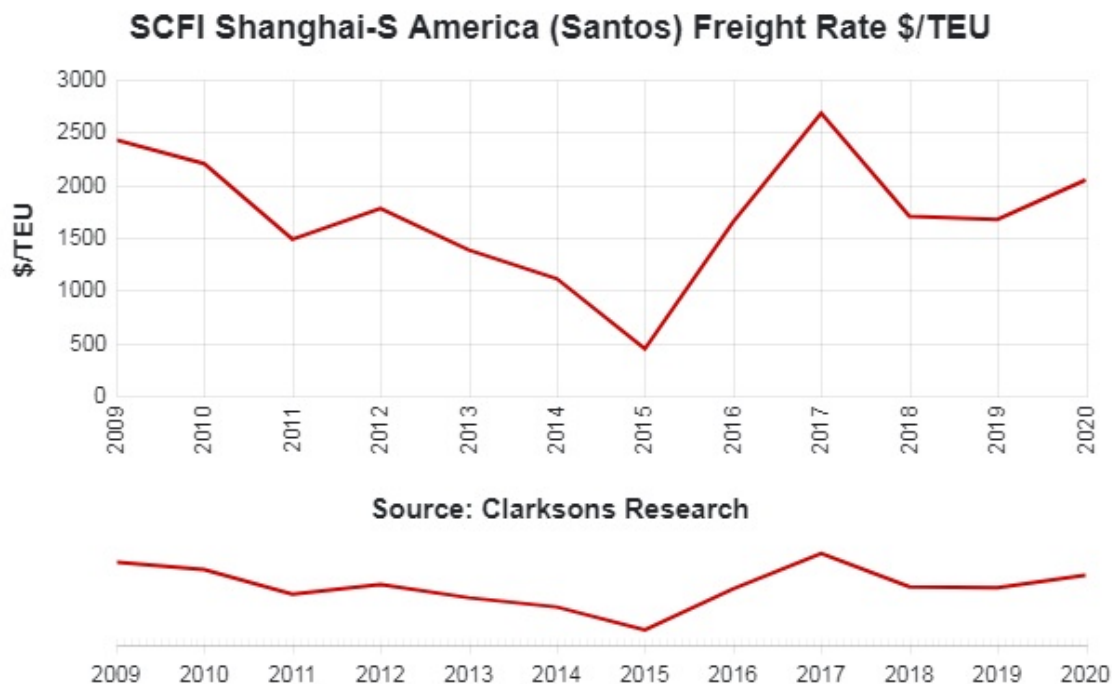
7.3.2. Consulta a preço de referência

256. No início desta seção mostrou-se que em geral os agentes econômicos recorrem a grandes centros comercializadores para obtenção dos preços de referência, exemplo, a bolsa de valores.

257. Outra importante fonte de informação são as empresas que criam preços de referência, como a *bloomberg* e *platts*. Tais empresas fornecem o preço de referência para diversas *commodities*, exemplo, minério de ferro, cobre, petróleo tipo X etc. Em geral, elas possuem número significativo de comercializadores que lhes enviam informações dos preços de fechamento de contratos de compra e venda, exemplo, até a hora X do dia todos os comercializadores de petróleo do tipo X enviam para a *bloomberg* o preço de fechamento dos contratos.

258. De posse dessa informação, a *bloomberg* a partir de metodologia própria constitui o preço de referência do petróleo do tipo X.

259. Caso semelhante, aplica-se ao frete marítimo, empresas como a *Clarksons Research* (serviço recentemente adquirido pela ANTAQ) divulgam informações dos fretes em diversas temporalidades (semanal, mensal, anual) para diversas rotas. Assim, o preço de referência da *demurrage* poderia ser constituído a partir dessas informações. Vide exemplo de gráfico fornecido pela *Clarksons* referente ao índice do frete entre Shangai e Santos em U\$/TEU:



260. Conforme contribuição de Rodrigo Marchioli e da Logística Brasil anteriormente citadas, vê-se que o preço de referência por eles adotado consiste no frete real pago pelos usuários no transporte do contêiner que entrou em sobre-estadia.

261. Utilizar o preço do frete real tem a vantagem de ser acessível, mas não consiste em si na representação do custo de oportunidade para o transportador, isso é melhor representado na metodologia da subseção 7.3.1.

262. Porém, processo semelhante ao proposto na subseção 7.3.1 pode ser apresentada nesta subseção. Retomando o exemplo citado da cabotagem, a partir dos fretes reais obtidos na Clarkson das viagens entre Santos, Rio, Salvador etc, poder-se-ia utilizar média ponderada e apresentar o preço de referência para a sobre-estadia proveniente do frete apresentado pela empresa fornecedora da informação.

263. Diferentemente do opção regulatória 7.3.1 que não se aplica ao longo curso, a presente opção aplica-se, mas sujeita a erros, pois pressupõe-se que as escalas das empresas que atuam na cabotagem variam menos do que o das empresas que atuam no longo curso.

264. De modo similar a opção 7.3.1, a presente opção poderia agradar aos usuários, mas não satisfaria os transportadores, pois limita o valor de referência à variável frete.

265. De toda forma, independentemente da viabilidade, assim como a subseção anterior, é necessário testar a opção regulatória a partir de casos concretos. Novamente, as informações necessárias e o tempo hábil não foram obtidos. Logo, entende-se que não é pertinente implementar esta opção regulatória.

7.4. Procedimento para análise da situação concreta

266. Nas contribuições a tomada de subsídios diversos agentes mencionaram que a melhor política regulatória seria não propor metodologia de cobrança. Conforme discutido anteriormente, provavelmente esta manifestação foi fruto da incompreensão a respeito das propostas metodológicas explanadas na seção 7.3.2.

267. Como visto, a ANTAQ não pretende determinar qual deve ser a fórmula de precificação da sobre-estadia, mas sim ter para si, nos casos concretos, fórmula pré-definida para apuração do preço de referência.

268. De toda forma, o estabelecimento de preço de referência é uma das metodologias disponíveis, nesta seção discute-se outra opção regulatória que é a da adoção de procedimentos

metodológicos para se apreciar o possível sobrepreço da *demurrage* caso a caso, em particular, os casos de litúgio.

269. A MSC cita a política apresentada pela Federação Internacional de Associações de Transitários (FIATA):

Após 2 (dois) anos de estudos (...) foram estipulados padrões de interpretação que devem ser utilizados com parâmetros de validade e alcance das cláusulas indenizatórias de sobre-estadia de contêineres. A regra interpretativa pretende refletir três princípios gerais:

- Os importadores, exportadores, intermediários e caminhoneiros não devem ser penalizados por práticas de *demurrage* e *detention* quando as circunstâncias forem tais que eles não possam retirar ou devolver os contêineres de terminais marítimos porque, nessas circunstâncias, as taxas não podem cumprir sua função de incentivo;
- Os importadores devem ser notificados quando sua carga estiver totalmente disponível para recuperação; e
- As políticas de *demurrage* e *detention* devem ser acessíveis, claras e, na medida do possível, usar terminologia consistente.

270. Ou seja, a FIATA estabeleceu como proposta regulatória a adoção de princípios gerais, os quais devem ser adotados caso a caso. Sendo que na maior parte dos casos, o próprio mercado resolveria as controvérsias em bases comerciais.

271. A adoção de princípios gerais é interessante, mas para apreciação de casos específicos por parte da Diretoria Colegiada da Agência é necessário que esta possua bases concretas para prover seu parecer. Nesse sentido, os partícipes da controvérsia (possível abusividade) devem comprovar o dano sofrido. O manifesto da OAB-Santos remete ao tema:

(...), os valores fixados no respectivo Termo de Responsabilidade de Devolução de Contêiner não demonstram efetivamente se o prejuízo sofrido equivale ao cobrado em caso de sobre-estadia do contêiner, o que é vital se conceituamos *demurrage* como indenização, a demonstração do dano para a sua retribuição.

272. A contribuição do Sinditrade, do Diogo Farias e do Marchioli vão ao encontro dessa interpretação, isto é, cabe aos partícipes a comprovação dos custos gerados em decorrência da sobre-estadia:

Sinditrade

A melhor metodologia é uma análise do efetivo custo gerado por cada unidade de carga, acrescido de um montante a título de lucros cessantes, que equitativamente puna a devolução extemporânea que atrapalha a fruição do transporte marítimo, mas não gere enriquecimento ilícito aos Armadores.

Diogo Farias

(...) caberia aos transportadores apresentarem seus custos diários efetivos com os contêineres, para então ter-se uma base do prejuízo diário de uma unidade de carga, de seus vários modelos, e assim poder mensurar o que seria um reembolso equitativo.

Urge destacar que tanto a indenização quanto a cláusula penal visam reembolso e compensação de prejuízos e não o enriquecimento indevido que ocorre atualmente.

Rodrigo Marchioli

O que pode ser feito para combater a sanha na cobrança de *demurrages* astronômicas é estipular, como regra, a compensação mediante devida comprovação dos danos experimentados por aquele que disponibilizou o contêiner, a exemplo das perdas de fretes (...).

273. A presente opção regulatória seria solicitar aos participantes da “disputa” (em particular os transportadores), a respeito da possível abusividade, a comprovação de que o valor cobrado de sobre-estadia de fato corresponde ao dano gerado.

274. No entanto, nos casos concretos a justificativas poderiam ser formuladas a partir de diversos argumentos, o que poderia gerar incerteza frente ao mercado regulado. Isto é, quais os parâmetros principais que a Agência utilizaria para apreciar as justificativas apresentadas?

275. A pergunta é respondida pelas variáveis que compõe o frete conforme apresentado por diversos armadores e relatado anteriormente. A seguir reprisa-se isso a partir da contribuição da Kincaid:

Exemplificam-se, abaixo, alguns fatores levados em consideração quando da composição das

taxas de sobre-estadia por parte dos transportadores marítimos:

Valores de frete que deixaram de ser recebidos em decorrência da retenção indevida das unidades após o fim do período de livre estadia;

Custos de *leasing* ou depreciação se a unidade for alugada ou propriedade do armador;

Custos adicionais de logística e frete visando deslocar unidades de outras localidades, para novos embarques;

Custos administrativos de acompanhamento visando localizar as unidades e pressionar a devolução pelos importadores;

276. Em resumo, esta opção regulatória destaca que as possíveis abusividades na cobrança de sobre-estadia serão apreciadas caso a caso na Agência. De tal forma, que os partícipes, em particular os transportadores deverão apresentar à unidade de fiscalização a justificativa para a cobrança do montante X.

277. A justificativa deve conter entre outros fatores explicações sobre: valores de frete; custos de *leasing*; custos de logística e custos administrativos.

278. De posse dessas informações, a Agência pode solicitar aos contestantes (usuários) explicações sobre os mesmos itens e outros argumentos que acharem pertinentes. Assim, a partir das informações coletadas e demais informações internas a Agência, a fiscalização expõe o seu parecer diante do caso em particular.

279. O intuito desta opção regulatória não é propor ao mercado que a Antaq irá determinar se a cobrança é abusiva ou não. Conceituando a sobre-estadia como cláusula penal moratória, o referido parecer da Agência inicialmente irá verificar se o caso concreto em análise está respeitando o valor da obrigação principal.

280. Enquadrado o caso particular no Código Civil, em seguida a Antaq irá apreciar a partir de informações fornecidas pelos partícipes se há dano, qual a extensão deste e se essa possível indenização foi convencionada entre as partes.

281. O objetivo é intervir o mínimo possível e auxiliar os litigantes a obterem acordo em bases comerciais. A presente proposta permite que as discussões e avaliações sobre a existência ou não de abusividade se deem a partir de variáveis pré-definidas.

282. Isso faz com que a presente opção tenha o condão de agradar tanto aos usuários quanto aos transportadores. Os primeiros pelo fato de que os transportadores terão de justificar objetivamente os danos sofridos em virtude da sobre-estadia em caso específico. Os segundos, pois terão todas as variáveis que compõe a sobre-estadia apreciadas pela Agência, e não somente o frete conforme metodologia proposta em 7.3.

283. Esta opção possui custo regulatório para a Agência, pois a fiscalização terá no caso concreto de avaliar variáveis hoje não apreciadas. No entanto, entende-se que esses custos devem decrescer ao longo do tempo por meio do processo de *learning by doing*. Logo, pressupõe-se que o aprendizado institucional ao ser refletido nas decisões da Diretoria Colegiada poderá influenciar também o comportamento dos *players* do mercado, almejando-se assim reduzir o litígio referente a sobre-estadia.

8. OPÇÃO REGULATÓRIA (AVALIAÇÃO CUSTO-BENEFÍCIO-RISCOS)

284. Ante o exposto na seção 5, referente a natureza jurídica da sobre-estadia, sugere-se que esta seja observada sob a ótica do Código Civil sendo conceituada como cláusula penal moratória.

285. Quanto a opção metodológica foram apreciadas cinco opções: 1) nada fazer (manter o *status quo*); 2) adotar ações de ampliação da transparência; 3) adotar preço de referência por meio do frete gerado; 4) adotar preço de referência por meio de consulta a valores reais de frete; 5) adotar procedimentos metodológicos internos para averiguação da possível abusividade. A discussão sobre essas opções é ampliada a seguir sob a ótica da análise custo-benefício e da análise de riscos.

8.1 - análise custo-benefício

286. A opção de nada fazer apesar de possuir o benefício da ausência de custo

administrativo para o ente público, assim como para o mercado, apresenta elevado custo ao não fornecer meios para a Agência atuar nos casos concretos. Conforme apresentado, recorrentemente a ANTAQ é instada a se manifestar a respeito de possíveis cobranças abusivas de sobre-estadia e inexistem procedimentos internos que substanciem as manifestações da Agência. Entende-se que a inatividade da ANTAQ frente ao tema em discussão não consiste na melhor opção regulatória para se contrapor a causa em questão: inexistência de procedimentos metodológicos para análise de situações de possíveis abusividades na cobrança de sobre-estadia.

287. Tratando-se de ações de ampliação da transparência, vê-se que estas agradam aos usuários e são indiferentes para os armadores, os quais em sua maioria divulgam os valores tabelados de sobre-estadia. O que se discute é o método de execução dessa opção. Como visto, caso a Agência determine o modo de divulgação, poderia estar infringido a liberdade de ação dos agentes econômicos. Logo, a melhor alternativa é a coleta de informações, assim a discussão passa para o método de processamento, sistematização e divulgação da informação.

288. Uma alternativa seria fazer isso por meio de sistema eletrônico. No entanto, entende-se que os custos administrativos de instrumentalização dessa atividade são elevados, pois seria necessário definir o formato, a periodicidade, definir infrações pela não apresentação das informações etc. Assim, dado que o mercado reconhece a importância de ampliação da transparência, a alternativa sugerida é realizar a cada quatro anos, pesquisa de preços da sobre-estadia a nível nacional, aproveitando, se possível, a oportunidade para adentrar em causas da *demurrage* não apreciadas neste trabalho.

289. As opções de adoção de preço de referência seja por meio do frete gerado quanto por meio de valores reais de frete consistem em interessantes métodos regulatórios, pois permitem a quantificação precisa do valor de referência da *demurrage*. No entanto, possuem severas limitações, uma vez que o frete não consiste na única variável que compõe o preço da sobre-estadia.

290. Além disso, como discutido na seção anterior, ambas as opções se mostraram inviáveis. No caso do frete gerado, viu-se que não se aplica no longo curso e para ambos não foi possível no decorrer deste trabalho testar se o preço de referência se aproxima do preço real cobrado de sobre-estadia em casos concretos. Em resumo, não é viável tecnicamente adotar estas opções regulatórias.

291. Por fim, discutiu-se a adoção de procedimentos para análise da situação concreta, isto é, sistematizar os atos administrativos para que a Agência, em particular a Diretoria Colegiada, possa se manifestar a respeito da abusividade dos preços de sobre-estadia em casos de litígio.

292. A revisão dos atos de fiscalização ou de outros setores internos da ANTAQ apresentam custos administrativos, pois resultarão em novas ações de supervisão a serem apreendidas pela Agência. Por outro lado, as vantagens desta opção regulatória são extensas:

- a) respeita as diretrizes legais de liberdade de preços;
- b) não consiste na imposição de preço-teto ou qualquer outra forma de tabelamento;
- c) amplia a robustez das manifestações técnicas da Agência;
- d) não exige monitoramento constante da Agência, os dados serão analisados *ex post*;
- e) vai ao encontro das práticas internacionais de apreciação da sobre-estadia.

293. Logo, entende-se que as vantagens dessa opção regulatória superam os custos, pois forneceram ao mercado o método procedimental que a Agência adotará para apreciar os casos concretos, evitando a descricionariedade e concedendo robustez técnica as manifestações da Diretoria Colegiada a respeito de possíveis abusividades na cobrança de *demurrage*.

8.2 - análise de risco

294. Nesta subseção classifica-se o risco como sendo a possibilidade de insucesso na resolução do problema regulatório apreciado no trabalho. Assim, ao citar alto risco, refere-se a alta probabilidade de não resolução do problema regulatório em discussão.

295. Tratando-se da opção de nada realizar, de pronto tem-se que esta possui alto risco, uma

vês que manter o status quo significa não conceder à Diretoria Colegiada instrumentos para apreciar as possíveis abusividades. De modo semelhante, pode-se afirmar que as duas opções de elaboração de preço de referência também possuem alto risco, pois além da inviabilidade técnica, a robustez destas opções não foi testada na prática dos casos concretos.

296. Quanto a proposta de realização de pesquisa de mercado periódica, entende-se que esta possui risco médio, pois ela não atua diretamente na apreciação das possíveis abusividades, mas sim consiste em informação complementar. A divulgação da pesquisa e a sua possível ampliação de escopo auxiliaram a Agência na melhor compreensão do tema e forneceram aos agentes do mercado informações que de outro modo seriam custosas de serem obtidas, mas no caso concreto de litígio atuam apenas como informações coadjuvantes.

297. Diante do exposto, por atuar diretamente no problema em discussão, a opção metodológica que consiste no procedimento para análise dos casos concretos é a que possui o menor risco regulatório.

298. O quadro abaixo resume a análise desenvolvida nesta seção a partir da classificação apriorística de baixo, médio ou alto:

	Nada fazer	Frete gerado	Frete de referência	Transparência	Novos procedimentos
Custo	<u>baixo</u>	<u>alto</u>	<u>alto</u>	<u>médio</u>	<u>médio</u>
Benefício	<u>baixo</u>	<u>médio</u>	<u>médio</u>	<u>alto</u>	<u>alto</u>
Risco	<u>alto</u>	<u>alto</u>	<u>alto</u>	<u>médio</u>	<u>baixo</u>

299. Deste modo, devido aos altos benefícios e baixo/médio risco sugere-se implementar as ações de ampliação da transparência e os novos procedimentos no modo apresentado na próxima seção.

9. ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO, MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO

300. Dada a importância e complexidade do tema, sugere-se que para implementação das opções regulatórias sugeridas a Antaq poderá editar Resoluções. Tais atos normativos farão referência à RN 18, pois se entende que estas resoluções tem o intuito de aperfeiçoar o conteúdo da referida resolução normativa.

301. As duas resoluções propostas são:

I - A primeira terá como objetivo apresentar a sociedade e ao mercado à natureza jurídica da sobre-estadia acatada e aprovada pela Diretoria Colegiada da Antaq. Nesse processo seria exposta também a motivação e a justificativa técnico-jurídica para a adoção desse conceito.

II - A segunda terá como objetivo registrar em instrumento regulatório que a ANTAQ após aprovação da Diretoria Colegiada passará a adotar novos procedimentos técnicos/administrativos para apreciar os casos concretos de possíveis abusividades na cobrança da *demurrage*.

302. Importante destacar que na segunda Resolução proposta não se vislumbra a necessidade de constar nesse instrumento normativo os procedimentos a serem adotados pelas áreas competentes da Agência no processo de instrução e apreciação de casos concretos nos quais há questionamento a respeito da abusividade da sobre-estadia. Isto é, não entende como prudente estabelecer em Resolução como a Fiscalização deve proceder, quais informações podem ser solicitadas dos litigantes, quais os prazos para envio destas, quais informações suplementares podem ser solicitadas e o modo pelo qual a Diretoria Colegiada irá se manifestar, os prazos para recursos etc. Tais informações poderão constar em guia ou instrução normativa.

303. Avalia-se que ao realizar as análises dos casos concretos, a Agência continuamente ampliará o conhecimento institucional deste problema regulatório em processo de *learning by doing*. Deste modo, convém periodicamente atualizar os procedimentos, de tal forma que alterar guias ou instrução normativa são atos menos custos administrativamente do que alterar Resoluções.

304. Em relação a proposta de pesquisa periódica (ciclo de quatro anos) sobre os preços da sobre-estadia e suas possíveis causas, entende-se não ser necessário a publicação de ato administrativo. As competências institucionais em vigor permitem a adoção dessa ação.

305. De modo conjunto, tem-se que a implementação das propostas sugeridas neste trabalho a priori não implicam contratação de serviços terceirizados nem a aquisição de novos equipamentos. O que se realizará será a adaptação dos setores de fiscalização aos novos procedimentos internos de monitoramento e apreciação dos casos concretos. Tais procedimentos como afirmado serão discutidos e detalhados no referido guia ou instrução normativa.

10. ENCAMINHAMENTOS

306. Sugere-se que o presente relatório seja encaminhado para apreciação da Diretoria Colegiada da Agência. Em adendo, sugere-se a manutenção das etapas previstas no Plano de Trabalho GRM SEI 1079630, em particular a realização de audiência pública do Relatório de AIR preliminar.

11. CONCLUSÃO

307. Diante do exposto, conclui-se que:

- a) o problema regulatório analisado restringe-se a cobrança de *demurrage* efetuada pelo transportador perante o consignatário;
- b) os atores investigados neste trabalho, no que diz respeito a suas ações e interesses são os transportadores marítimos efetivos e os usuários conforme definido na RN 18;
- c) a Lei de criação da ANTAQ traz os elementos necessários para fundamentar a realização do presente estudo e não há o intuito de desrespeitar o art. 43 da Lei nº 10.233/2011 e a recente lei de liberdade econômica nº 13.874/2019;
- d) tratando-se da natureza jurídica da *demurrage*, entende-se que esta se adere ao Código Civil e consiste em cláusula penal moratória;
- e) é lícita cumulação da *demurrage* com a indenização por lucros cessantes, desde que convencionado entre as partes, nos termos do art. 416, parágrafo único, do [Código Civil](#), sendo necessário comprovar a extensão do dano;
- f) A experiência internacional mostra que: 1) a interpretação jurídica da sobre-estadia como cláusula penal moratória é factível; 2) as propostas regulatórias sugeridas a Diretoria Colegiada por meio deste relatório de AIR se adequam as práticas do FMC ; 3) a pesquisa exploratória de preços não permite afirmar taxativamente se os preços de sobre-estadia cobrados nos portos brasileiros são abusivos ou não, mas, diante das ressalvas metodológicas, vê-se que os preços de sobre-estadia pesquisados nos portos de Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Xangai, apontam, de forma geral, para valores brasileiros em linha com os valores estrangeiros;
- g) após análise de custo-benefício-risco, sugere-se que a Antaq adote as seguintes ações: 1) definição da natureza jurídica; 2) pesquisa periódica sobre os valores cobrados como sobre-estadia; 3) procedimento para análise dos casos concretos.
- h) em termos de instrumentos regulatórios, sugere-se a edição de duas Resoluções: 1) define a natureza jurídica da sobre-estadia; 2) certifica que novos procedimentos internos serão adotados na apreciação dos casos concretos.

[1] MARCHIOLI, Rodrigo. **Sobre-estadia de Contêineres - Demurrage e Detention de Contêiner no Direito Brasileiro - Teoria e Prática**. Santos: Juruá Editora, 2019, p.28.

[2] WINTER, James. **A Cobrança de Demurrage de Contêineres na Importação por Transporte Marítimo Internacional: O Caso Brasileiro**. Tese (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p.45.

[3] WINTER, *Ibidem*, p.45.

[4] CABRAL, Maurício Pereira. **Demurrage: A Sobre-Estadia de Contêiner no Transporte Marítimo**

Internacional. Tese (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.72. 2013.

[5] WINTER, *op.cit.*, p.26.

[6] A unitização de carga somente foi regulamentada a partir da Lei nº 6.288, de 11 de dezembro de 1975, a qual foi revogada pela Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998. (ROSSI, *op.cit.*, p.2)

[7] WINTER, *op.cit.*, p.46

[8] Os armadores pagam hoje por uma diária de leasing de um contêiner cerca de US\$ 1 (um dólar) e cobram sobre o mesmo contêiner do importador/consignatário da carga aproximadamente US\$ 95 (noventa e cinco dólares) por dia de demurrage no primeiro período (contêiner reefer), podendo chegar o valor a mais de US\$ 340 (trezentos e quarenta dólares) por dia, ainda no caso de contêiner reefer, após o décimo quinto dia de atraso. (WINTER, *op.cit.*, p. 47)

[9] WINTER, *op.cit.*, p.47.

[10] FOES, Gabrielle Thamís Novak. **Análise Comparativa da Sobre-estadia de Contêiner na Inglaterra e no Brasil – Crítica às Emendas 56 e 215 do PI 1572/2011.** Tese (Mestrado em Direito) - Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2015, p.49.

[11] MARQUES, Pedro Henrique Moreira. **Análise das questões jurídicas envolvendo a demurrage no Direito Marítimo.** Tese (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense. Niterói, p.28. 2018.

[12] CABRAL, *op.cit.*, p.74.

[13] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.49.

[14] REsp nº 286.441/RS, relatoria para acórdão de Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07/11/2002. Cf. STJ. REsp 286441. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7521601/recurso-especial-resp-286441-rs-2000-0115400-1-stj/relatorio-e-voto-13137288>>. Acessado em 4 dez. 2020.

[15] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.54.

[16] CABRAL, *op.cit.*, p.83.

[17] CABRAL p.83 apud 2005, p. 49. JUSEFOVICZ, Eliseu. **Contratos – Proteção Contra Cláusulas Abusivas.** Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.49.

[18] WINTER, *op.cit.*, p.67.

[19] CABRAL *op.cit.*, apud ALVES, Jones Figueirêdo. In: **Código Civil comentado.** SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 348-349.

[20] CABRAL, *op.cit.*, p. 70.

[21] FOES, *op.cit.*, p.77 apud MARTINS, Elaine Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo, vol II: vendas marítimas.** 2ª ed. Barueri: Manole, 2013. p. 351.

[22] FOES, *op.cit.*, p.77 apud CREMONEZE, Paulo Henrique. **Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador.** 3ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 254.

[23] FOES, *op.cit.*, p.77 apud MELO, Flávia Carvalho. **Os Limites à Cobrança de Demurrage de Contêineres.** Disponível em: <<https://comexblog.com.br/direito-aduaneiro/os-limites-a-cobranca-de-demurrage-de-containers>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

[24] COLLYER, Wesley. **Sobreestadia de navios: a regra "once on demurrage, always on demurrage".** In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). **Direito Marítimo Made in Brasil.** São Paulo: Lex, 2007, p. 215-229.

[25] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.32 apud SANTOS, Theóphilo de Azeredo. **Direito da navegação (marítima e aérea) – doutrina, jurisprudência e legislação.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 255.

[26] FOES, *op.cit.*, p.77.

[27] ROSSI, Catiani. **A natureza jurídica da sobre-estadia (demurrage) de contêiner.** In: Teoria e Prática da Demurrage de Contêiner, CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). São Paulo: Aduaneiras, 2019, p.16.

[28] WINTER, *op.cit.*, p.59.

[29] WINTER, *op.cit.*, p.59.

[30] CABRAL, *op.cit.*, p.43 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 478.

[31] MARQUES, *op.cit.*, p.30 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume I: parte geral,** 8. ed. São Paulo: Saraiva.

[32] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.32.

[33] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.36.

[34] CABRAL, *op.cit.*, p.75.

[35] ROSSI, *op.cit.*, p.17.

[36] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 454.

[37] CABRAL, *op.cit.*, p.76.

[38] WINTER, *op.cit.*, p.66.

[39] FOES, *op.cit.*, p.103.

[40] FOES, *op.cit.*, p.87.

[41] WINTER, p.65. FOES, p.108 AGRIPINO, p.34.

[42] FOES, *op.cit.*, p.108 apud CREMONEZE, Paulo Henrique. **Prática de direito marítimo: o contrato de**

- transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador.** 3ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 241.
- [43] CREMONEZE, 2012, p. 35/36, apud SOUZA. Sávio José Di Giorgi Ferreira de. **NVOCC, contêiner e sobreestadias: as sistêmicas controvérsias do multimodalismo – Lei 9.611/98.** Curitiba: Instituto de Ensino e Fomento, 2014. p. 163-165.
- [44] ROSSI, *op.cit.*, p.19.
- [45] ROSSI, *op.cit.*, p.24 apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Responsabilidade civil.** Vol. 7. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.
- [46] ROSSI, *op.cit.*, p.24 apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.
- [47] FOES, *op.cit.*, p.123.
- [48] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.37.
- [49] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.40.
- [50] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.41.
- [51] WINTER, *op.cit.*, p.47.
- [52] FOES, *op.cit.*, p.66 apud BUDGEN, Paul. **Demurrage claims under bills of lading.** Disponível em <http://www.forwarderlaw.com/library/view.php?article_id=824>. Acessado em 4 dez. 2020.
- [53] SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.
- [54] RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações.** Volume 2. 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 268.
- [55] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 47.
- [56] MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 478.
- [57] SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.
- [58] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015, p. 103.
- [59] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.
- [60] MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 372/373.
- [61] São custos implícitos, relativos aos insumos que pertencem à empresa e que não envolvam desembolso. Esses custos são estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo (por isso são também chamados custos alternativo ou custos implícitos). Os custos econômicos incluem, para além do custo monetário explícito, os custos de oportunidade que ocorrem pelo fato dos recursos poderem ser usados de formas alternativas.
- [62] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.71.
- [63] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.72.
- [64] MARCHIOLI, *op.cit.*, p.46.
- [65] FREITAS, Rodrigo Ribeiro. **A boa-fé objetiva aplicada ao duty to mitigate the loss: humanizando o direito privado.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6126, 9 abr. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80880>>. Acesso em: 4 dez. 2020.
- [66] PAGNUSSAT, Gabriel Trentini; PAGANI, Valdecir; PRANDI, Luiz Roberto. **The Duty To Mitigate The Loss (O Dever De Mitigar a Perda): Fundamentação e Aplicação.** São Paulo: Âmbito Jurídico, 2020. apud AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.** Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/the-duty-to-mitigate-the-loss-o-dever-de-mitigar-a-perda-fundamentacao-e-aplicacao/>>. Acesso em: 4 dez. 2020.
- [67] PAGNUSSAT, ibidem. apud FRANÇA, 2009, p. 69, apud PINHEIRO, 2012, p.4
- [68] FOES, *op.cit.*, p.112.

Pedro Henrique Soares

Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários

Pedro Celso Rodrigues Fonseca

Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Celso Rodrigues Fonseca, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 20/01/2021, às 19:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Henrique Soares, Gerente de Regulação da**



Navegação Interior Substituto, em 21/01/2021, às 09:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **1205193** e o código CRC **EED7EB51**.

Referência: Processo nº 50300.010899/2020-14

SEI nº 1205193