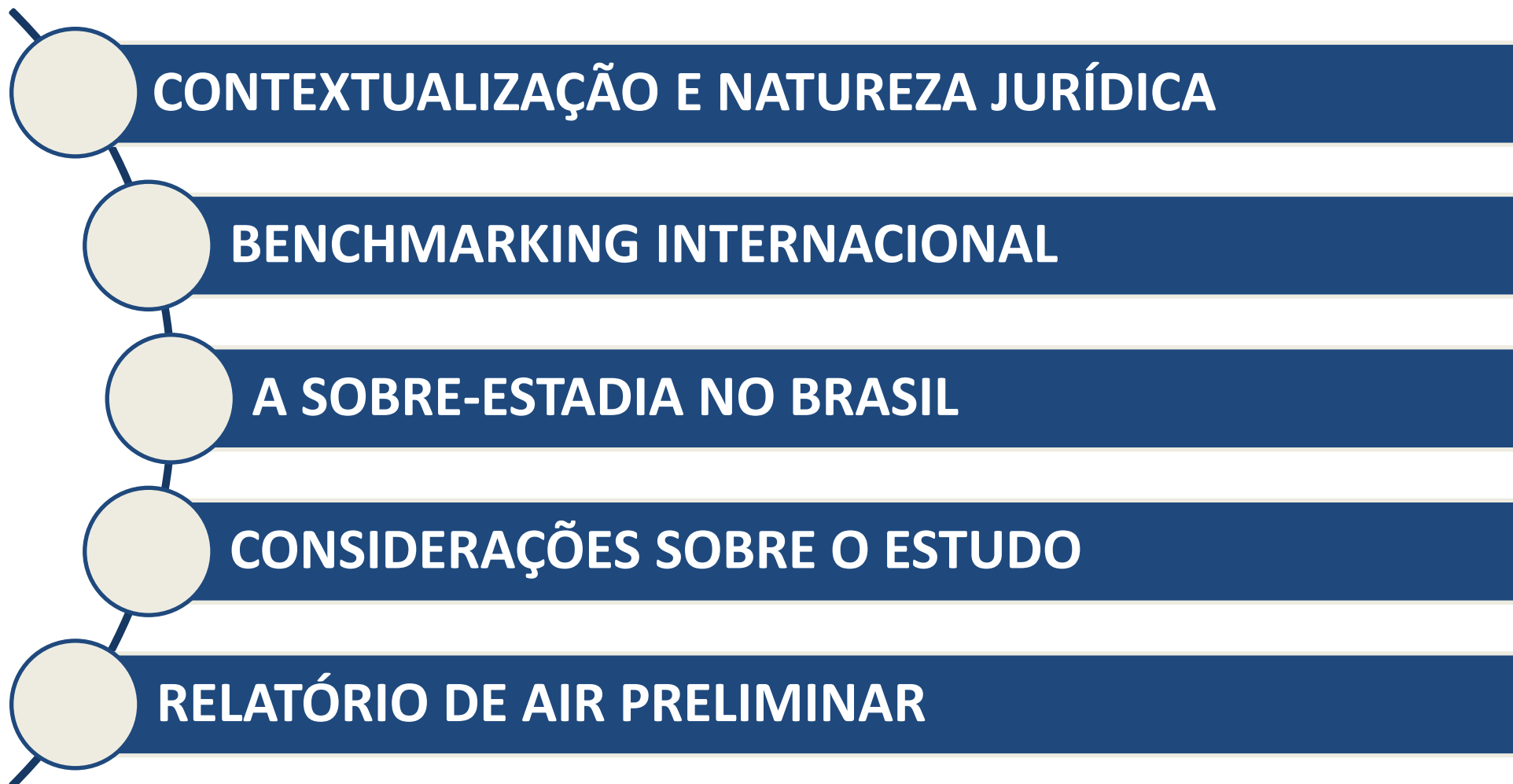


Experiência Internacional na Regulação da Sobre-Estadia e Relatório de AIR Preliminar



16 de Junho de 2021.

SUMÁRIO



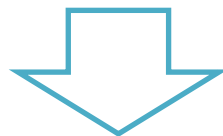


CONTEXTUALIZAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

ORIGEM DA SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES

Surgimento do problema:

- Abertura econômica dos anos 90;
- Aumento da Containerização;
- Desbalanceamento logístico.



FALTA DE CONTÊINERES

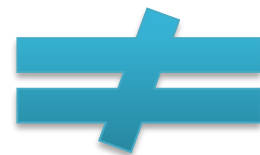
“O objetivo, a princípio, era promover a conscientização dos importadores para a devolução rápida das unidades que utilizavam para acondicionamento das mercadorias, mas logo se tornou uma grande fonte de renda, porque os importadores não conseguiam desovar as unidades e devolvê-las a tempo de cumprir o prazo livre”. (Silveira, 2018)

CONCEITO

Sobre-Estadia do Contêiner

Quantia diária convencionada pelas partes em favor do proprietário ou possuidor do contêiner, decorrente da sua não devolução no período pactuado de franquia livre (*free time*).

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.



Sobre-Estadia de Navios

Relativa ao tempo que o navio permanece no porto além do prazo estabelecido.

No entanto, após o surgimento dos contêineres e seu uso generalizado no transporte global, em especial no modal marítimo, deram-se os primeiros casos de demurrage de contêineres, originados do contrato de transporte marítimo, não dos contratos de afretamento” (Winter, 2019).

LEGISLAÇÃO

Não existe Lei Federal (*strictu sensu*)
acerca da sobre-estadia de contêineres.

Decreto-Lei nº 4.657/1942

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO:

*"Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os **costumes** e os **princípios gerais de direito**".*

ANALOGIA



Código Comercial
(Lei nº 556, de 25 de junho de 1850)

PARTE SEGUNDA - DO COMÉRCIO MARÍTIMO

Título VI - Afretamento de Navios

DEMURRAGE DE NAVIOS NO DIREITO COMPARADO.



Suplemento do frete



Suplemento do frete ou indenização



Enquadra expressamente como
suplemento do frete



Indenização

(OCTAVIANO MARTINS, 2015 e COLLYER, 2007)

DEMURRAGE DE NAVIOS NO DIREITO COMPARADO



Indenização pré-fixada

Pela lei inglesa, uma quantia fixa a ser paga por quebra contratual pode ser uma **indenização pré-fixada** ou **uma multa**.

(Distinção somente aplicável aos países da *commom law*)

Na atualidade, o entendimento dominante, por força da jurisprudência, é que sobre-estadia de navios é **indenização pré-fixada por quebra do contrato** – *liquidated damages for such a breach*.

NATUREZA JURÍDICA

Dupla Finalidade da Sobre-Estadia de Contêineres:

(i) ressarcimento das perdas e danos do transportador marítimo (frete que deixou de obter, prejuízos logísticos com reposicionamento de contêineres, etc.);



INDENIZAÇÃO

(ii) compelir à devolução do contêiner.



CLÁUSULA PENAL

Outros entendimentos: adicional de frete (ou frete suplementar), comodato ou locação.

Consequências: na necessidade de comprovação de dolo, na limitação de valores, no prazo de prescrição, nos efeitos tributários, entre outras.

INDENIZAÇÃO PRÉ - FIXADA

- Relação privada decorrente de atores com isonomia de decisão.
- As perdas e danos abrangem não só o que o credor perdeu, como também o que razoavelmente deixou de ganhar — art. 402 CC.
- Dispensa a necessidade de comprovação do dano – art. 416 CC.
- Deve ser previamente fixada em contrato, com valores e prazo pelo atraso.

DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

*“Notadamente, aqueles que defendem os **interesses dos armadores** usam os argumentos jurídicos favoráveis ao **regime jurídico indenizatório**, e aqueles que defendem os **interesses da carga ou dos importadores** utilizam os fundamentos legais para aplicação do regime jurídico de **cláusula penal**”.*

(WINTER, 2019 p. 56).

JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Superior Tribunal de Justiça: Indenização pré-fixada por descumprimento contratual.

(REsp 1.286.209-SP; AgInt no AREsp 842151-SP; AgRg no REsp 1451054-PR, dentre outros)

JULGADO DE MAIOR REPERCUSSÃO: 3ª Turma - Ministro Relator João Otávio de Noronha (2016)

- Entende que *demurrage* de contêineres é exatamente igual à *demurrage* de navios.
- Intercambia citações de diversos doutrinadores, como se um conceito fosse igual ao outro.
- Cita o contrato de afretamento como elemento de formalização contratual.
- Sem limitação de valores (*Pacta sunt servanda*)

POSICIONAMENTOS DIVERGENTES: Desembargador Cauduro Padin, TJ/SP – **Cláusula Penal** (REsp nº 1.286.209-SP)



BENCHMARKING INTERNACIONAL

PROBLEMA MUNDIAL

Os valores cobrados a título de sobre-estadia de contêineres aumentaram consideravelmente nos últimos anos:

- Maximizar lucros, mesmo que não advindos do frete.

(Indústria com altos custos fixos e baixa rentabilidade marginal)

- Contestações e ações judiciais por parte dos usuários.

(Aumento dos custos advocatícios)

- Problemas climáticos e trabalhistas nos EUA entre 2014 e 2015.

(Provocaram um acúmulo de disputas judiciais)

Achados do *Fact Finding Investigation* nº 28 – 2018.

- deve incentivar a pronta movimentação de carga em portos e terminais;
- transparência e disponibilidade de informações sobre a localização da carga beneficiam a todos;
- linguagem padronizada e transparente melhora o sistema internacional de frete;
- prática da 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.

Regra interpretativa 2020 Decorre do *Fact Finding Investigation nº 28/2018*.

PONTOS A SEREM CONSIDERADOS NA ANÁLISE DE RAZOABILIDADE (MODICIDADE)

- I. Adequação da cobrança ao objetivo de garantir o incentivo da circulação de cargas e a fluidez do transporte.
- II. Análise dos atenuantes (eventos externos ou intervenientes).
- III. Disponibilidade e qualidade da informação fornecida.

FIATA - International Federation of Freight Forwarders Associations

GUIA DE MELHORES PRÁTICAS:

Princípios gerais:

- A sobre-estadia deve compensar o armador pelo uso do contêiner e encorajar o titular da carga a devolver o contêiner o mais rápido possível.
- é dever dos armadores conceder um período livre realístico.

FIATA - International Federation of Freight Forwarders Associations

GUIA DE MELHORES PRÁTICAS:

Principais Solicitações:

- Limite para a sobre-estadia acumulada.
- Aumento do *free time* na impossibilidade do terminal liberar/receber o contêiner.
- Na exportação, quando o navio atrasar, a sobre-estadia deve ser por conta do armador.
- Maior compartilhamento de dados na cadeia logística, promovendo maior transparência.



SOBRE-ESTADIA NO BRASIL

Resolução Normativa - ANTAQ nº 18/2017

Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas

CAPÍTULO V - DOS DIREITOS E DEVERES DOS
TRANSPORTADORES MARÍTIMOS E AGENTES
INTERMEDIÁRIOS

SEÇÃO III

Da Sobre-Estadia do Contêiner

BUSCA COMBATER A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO:

- Conceito de sobre-estadia;
- Conceito de livre estadia (*free time*);
- Marcos para início e fim da livre estadia
- Obrigatoriedade da transparência e do conhecimento prévio dos valores cobrados; e
- Respeito aos usos e costumes (*Once on demurrage, always on demurrage*)

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Termo de Responsabilidade por Devolução do Contêiner.

- Criação dos transportadores para facilitar a execução de ações de cobrança;
- Institui a responsabilidade solidária a terceiros (despachantes)
- Assinatura obrigatória para a liberação dos contêineres.

Decreto-Lei n.º 116/67:

“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”.

COBRANÇA DE SPREAD

- Ocorre quando um agente intermediário aumenta o valor inicialmente cobrado pelo armador ou quando ele reduz o tempo de livre estadia previamente estipulado.
- o agente marítimo atua em nome do transportador marítimo, porém não deve ser confundido com ele, pois atua como mandatário.
- Maior transparência nos prazos e valores poderão diminuir a prática entre os agentes de carga, pois esses são contratados diretamente pelos usuários.

RN-18, art. 13:

“Parágrafo único. O agente marítimo somente poderá cobrar do embarcador, consignatário, endossatário ou portador do conhecimento de carga - BL - aqueles valores que são devidos ao transportador marítimo representado.

PROBLEMAS LOGÍSTICOS BRASILEIROS

ÍNDICE DE PERFORMANCE LOGÍSTICA (Banco Mundial)

- 1) eficiência aduaneira;
- 2) infraestrutura;
- 3) remessas internacionais;
- 4) competência logística;
- 5) rastreamento; e
- 6) pontualidade.

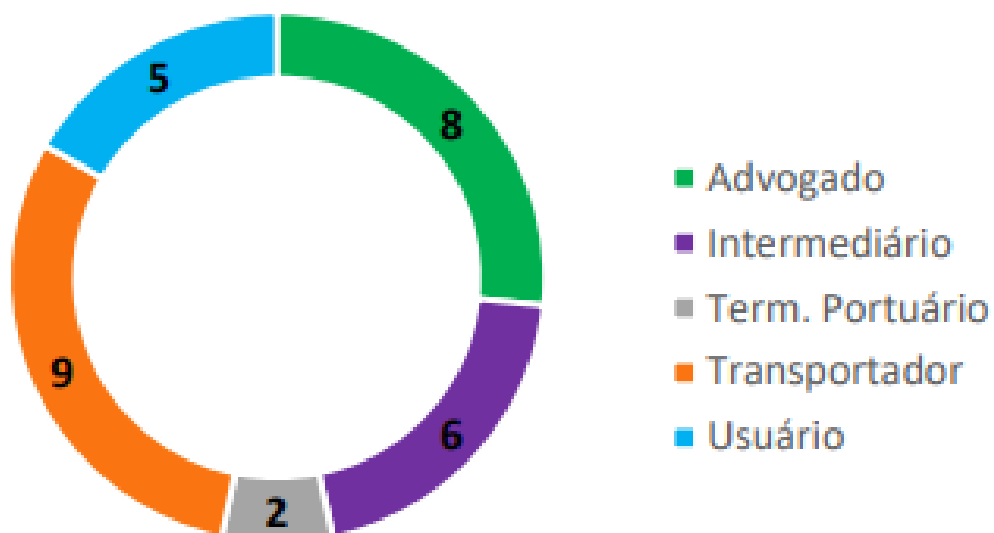
Apesar de obter uma nota mediana, o pior desempenho no Brasil é a eficiência aduaneira.

FENAMAR (2020)

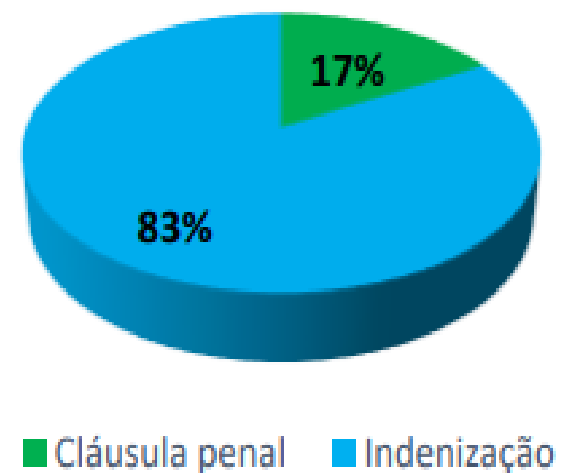
“Os casos que geram Demurrage são na sua grande maioria causados por problemas do próprio importador ou ainda por problemas causados na liberação da carga perante as autoridades”.

POSICIONAMENTOS NA TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 03/2020

Perfil do Contribuinte



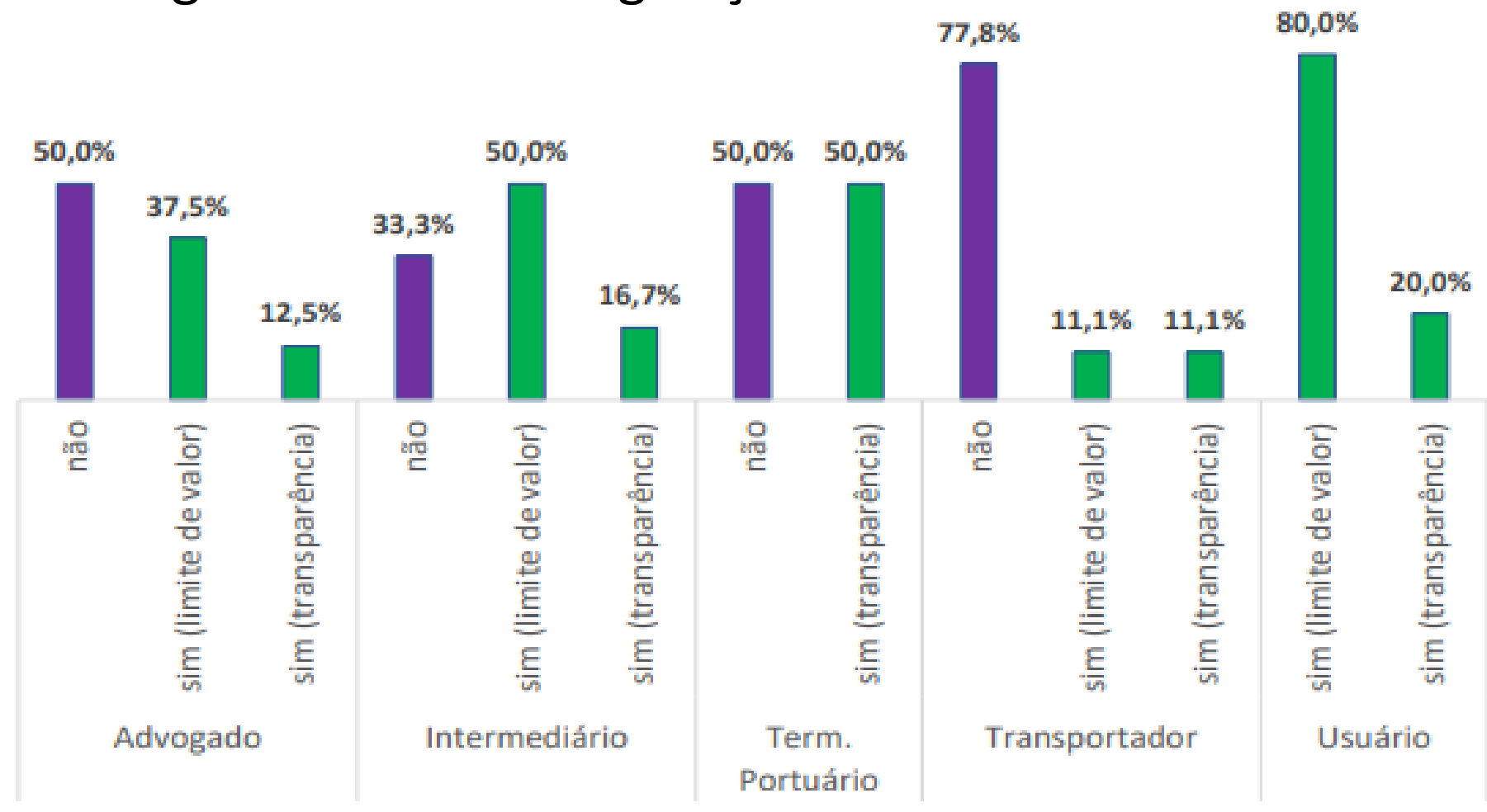
Natureza Jurídica



Fonte: Tomada de Subsídios 03/20 - Elaboração GDE/SDS/ANTAQ

POSICIONAMENTOS NA TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 03/2020

Favorável a alguma forma de regulação?



COMPARAÇÃO DE VALORES

Amostragem de portos por continente:

Continente	Porto
América do Sul	Santos
	Buenos Aires
Europa	Antuérpia
	Roterdã
Ásia	Cingapura
	Xangai

Fonte: Elaboração GDE/SDS

Contagem do *free time*
no valor médio da sobre-estadia

$$\text{Sobre estadia média do dia} = \frac{\text{Sobre estadia acumulada}}{\text{Número de dias}}$$

PESQUISA EXPLORATÓRIA

É aquela realizada quando há pouca informação anteriormente sistematizada.

Permite comparar os preços e prazos de 4 transportadores marítimos em 5 portos estrangeiros e Santos, ou seja, serve para mera comparação dos valores que ali dispõe e não outras conclusões.

FREE TIME

Free Time na **Importação** em dias (20' DC):

PORTO	MAERSK	MSC	CMA-CGM	HAPAG	MÉDIA
Xangai	7		7	10	8,00
Cingapura	7	7	6	7	6,75
Buenos Aires	7		7	5	6,33
Santos	5	7	6	7	6,25
Antuérpia	4		7	4	5,00
Roterdã	3		7	4	4,67

Free Time na **Exportação** em dias (20' DC):

PORTO	MAERSK	MSC	CMA-CGM	HAPAG	MÉDIA
Buenos Aires	14		14	10	12,67
Santos	14	7	14	6	10,25
Cingapura	7	7	8	10	8,00
Bélgica	5		12	4	7,00
Roterdã	5		12	4	7,00
Xangai	7		7	7	7,00

VALOR MÉDIO DA SOBRE-ESTADIA NA IMPORTAÇÃO

Contêineres 20'DC: Preço sobre-estadia média importação em USD (14º dia)

20'DC	Santos	Buenos Aires	Antuérpia	Roterdã	Cingapura	Xangai
MAERSK	\$26	\$20	\$47	\$51	\$23	\$7
CMA CGM	\$22	\$24	\$27	\$27	\$19	\$6
MSC	\$20	-	-	-	\$19	-
HAPAG-LLOYD	\$20	\$56	\$45	\$45	\$20	\$9

Preço da sobre-estadia média na importação para contêineres de 20 pés secos, comparativo entre portos.

VALOR MÉDIO DA SOBRE-ESTADIA NA EXPORTAÇÃO

Contêineres 20'DC: Preço sobre-estadia média exportação em USD (14º dia)

20'DC	Santos	Buenos Aires	Antuérpia	Roterdã	Cingapura	Xangai
MAERSK	\$0	\$0	\$44	\$44	\$17	\$8
CMA CGM	\$0	\$0	\$7	\$7	\$9	\$6
MSC	\$21	-	-	-	\$19	-
HAPAG-LLOYD	\$26	\$11	\$38	\$41	\$20	\$15

Preço da sobre-estadia média na exportação para contêineres de 20 pés secos, comparativo entre portos.



CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUDO

Experiência Internacional na Regulação de Sobre-Estadia

- Há consenso na experiência internacional que a cobrança de sobre-estadia de contêineres, **dentro de parâmetros razoáveis**, é benéfica para a agilidade e fluidez do transporte marítimo mundial.
- Achados FMC (2018): a sobre-estadia deve incentivar a pronta movimentação de carga; transparência, linguagem padronizada e informações de acompanhamento das cargas ajudam toda a cadeia logística; práticas de cobrança e processos de resolução de conflitos devem estar claros.
- Regra Interpretativa FMC (2020) apresentou critérios para a agência averiguar a razoabilidade da cobrança.
- Guia de boas práticas FIATA: É dever dos armadores conceder um free time realístico.
- FIATA solicita um limite para a sobre-estadia acumulada; que sejam consideradas as impossibilidades do terminal receber/liberar contêineres e os atrasos que ocorrem por conta do armador.

Experiência Internacional na Regulação de Sobre-Estadia

- No Brasil, não há consenso sobre a natureza jurídica da cobrança, havendo duas correntes doutrinárias: indenização pré-fixada (jurisprudência majoritária) e cláusula penal.
- A definição da natureza jurídica da cobrança é essencial ao tema pois seu enquadramento possui consequências na necessidade de comprovação de dolo, na limitação de valores, na determinação do prazo de prescrição, nos efeitos tributários, entre outras.
- Há aspectos inerentes ao Brasil: TCDC, Despachante Aduaneiro como fiador dos donos da carga, spread realizado por agentes intermediários e problemas logísticos brasileiros.

Experiência Internacional na Regulação de Sobre-Estadia

- A comparação de valores unitários medianos de sobre-estadia para os portos de referência (Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Shanghai) demonstrou que os valores praticados no porto de Santos, de forma geral, não são superiores aos demais portos, exceto Cingapura (para determinados tipos de contêineres) e Shanghai.
- O *free-time* do porto de Santos também não difere de forma significativa dos demais portos de referência.
- No sentido de exportação, via de regra, as condições ofertadas de valor e *free-time* no Porto de Santos são melhores do que na importação, apesar dos conhecidos problemas da aduana brasileira para a internalização das cargas.



RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO PRELIMINAR

AGENDA REGULATÓRIA ANTAQ 2020-2021

2.1 Navegação Marítima	Aperfeiçoar a regulação dos Acordos Operacionais entre Empresas Brasileiras de Navegação – EBNs na navegação de cabotagem, como foco nos impactos concorrenciais.
2.2 Navegação Marítima	Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres.
2.3 Navegação Marítima	Aprimorar transparência na cobrança dos valores extra-frete e sobretaxas do transporte marítimo.
3.1 Instalações Portuárias	Sistematizar mecanismo de análise e apuração de possíveis abusividades relacionadas com cobrança de THC de usuários, por parte dos armadores que atracam em instalações portuárias brasileiras.

STATUS DO PROJETO DO TEMA 2.2 DA AGENDA REGULATÓRIA ANTAQ 2020-2021

- Atividades realizadas:
 - Nota Técnica nº 129/2020/GRM/SRG de caracterização e instrução inicial do projeto;
 - Tomada de subsídios nº 03/2020/SRG - 21/09/2020 à 03/11/2020;
 - Estudo sobre a experiência internacional na regulação de sobre-estadia;
 - Relatório de AIR preliminar;
 - Abertura de Audiência e Consulta Públicas (AP nº 13 - 14/06/2021 a 28/07/2021) – **em andamento**.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Lei 10233/2011 - Art. 20, Inciso II:

- a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, (...) e modicidade nos fretes e tarifas;
- b) harmonizar os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias (...) arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

PROBLEMA REGULATÓRIO ANALISADO

- Interessados/Afetados: usuários, agentes intermediários e as empresas de navegação que atuam na cabotagem e longo curso.
- Delimitação da análise: cobrança de sobre-estadia efetuada pelo transportador perante o consignatário.
- Visão técnica relevante: não houve indicação de se estabelecer fórmula para precificação da sobre-estadia (preço livre).

Problema regulatório: Abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres por parte dos transportadores marítimos.

Causa: Inexistência de procedimentos metodológicos sistematizados para análise de situações de possíveis abusividades na cobrança de sobre-estadia.

NATUREZA JURÍDICA

- Aspecto relevante para a regulação do tema é a sua definição por parte da ANTAQ;
- Correntes interpretativas:
 - ❖ Frete suplementar (Adicional de frete);
 - ❖ Cláusula penal;
 - ❖ Indenização.

NATUREZA JURÍDICA – CONCLUSÕES DA AIR PRELIMINAR

- (i) a sobre-estadia de contêiner possui natureza jurídica de **cláusula penal moratória**;
- (ii) a cláusula penal é o mínimo a ser indenizado (art. 412 e 413 do CC), podendo ser cumulada com lucros cessantes (desde que convencionalado e comprovado o dano – parágrafo único do art. 416 do CC);
- (iii) a identificação de abusividade deve ser feita no caso concreto, quando constatada conduta que tenha gerado enriquecimento sem causa ou especulação lucrativa.

OPÇÕES REGULATÓRIAS – AIR PRELIMINAR

- ✓ Manter o *status quo*: reafirmar a regulação estabelecida pela RN 18;
- ✓ Ampliação da transparência: realização de pesquisa periódica de preços tabelados e/ou cobrados pelos agentes intermediários;
- ✓ Preço de referência: apresentação de metodologias para aferição do preço de referência a ser utilizado na avaliação dos casos concretos. As possibilidades avaliadas foram:
 - Frete gerado;
 - Consulta a preço de referência;
- ✓ Procedimento para análise da situação concreta: método pré-definido para apuração de denúncias/reclamações.

OPÇÕES REGULATÓRIAS - CONCLUSÕES DA AIR PRELIMINAR

✓ Análise da situação concreta

- Apreciar reclamações/denúncias de possível sobrepreço caso a caso (em litígio) => as partes em disputa apresentariam as informações necessárias para sustentar suas posições;
- Verificar se a cobrança está respeitando o valor da obrigação principal e se há dano a ser indenizado.

OPÇÕES REGULATÓRIAS - CONCLUSÕES DA AIR PRELIMINAR

- ✓ Proposta de edição de Resoluções:
 - 1) definindo a natureza jurídica da sobre-estadia;
 - 2) certificando que novos procedimentos internos serão adotados na apreciação dos casos concretos.

- ✓ Implementação de pesquisa periódica de preços (não há necessidade de ato normativo).



Obrigado

Superintendência de Desempenho, Desenvolvimento e Sustentabilidade
Gerência de Desenvolvimento e Estudos
gde@antag.gov.br

Superintendência de Regulação
Gerência de Regulação da Navegação Marítima
grm@antag.gov.br