

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO DOS NEGÓCIOS - TURMA 5 (2017)

**APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DEMURRAGE DE
CONTEINÊRES NA IMPORTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.**

James Winter

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação do Professor Mário Engler.

Versão de [03.07.2017]

São Paulo
2017

1. Tema, contexto e delimitação de escopo:

Aplicação do Instituto da *Demurrage* ou Sobre-Estadia de Contêineres na Importação no Direito Brasileiro.

O Brasil movimenta mais de 90% (noventa por cento) de seu comércio internacional (importação/exportação) por via marítima e não possui frota adequada de navios de longo curso aptos ao transporte internacional dessas mercadorias, fazendo com que as contratações de frete para viabilizar o transporte marítimo com uso de contêineres¹, com suas consequências operacionais e econômicas fiquem praticamente sob o total domínio e controle dos transportadores, que na sua maioria são sempre Armadores estrangeiros, a exemplo da MSC, com sede em Genebra, na Suíça; CMA CGM, com sede em Marselha, na França; MAERSK, com sede em Copenhague, na Dinamarca; HAPAG LLOYD, com sede em Hamburgo na Alemanha; HAMBURG SUD, com sede também em Hamburgo, na Alemanha, EVERGREEN MARINA, com sede em Taoyuan, em Taiwan; NIPPON YUSEN – NYK, com sede em Tóquio, no Japão e muitas outras que dominam o transporte marítimo internacional.

Neste relevante cenário logístico do comércio internacional, por muitas vezes ocorrem às situações de *demurrage* ou sobre-estadia² na importação, ou seja, a devolução do container ao Armador fora do prazo fixado no *free time* ou tempo livre, quando fixado no contrato de transporte, no conhecimento de embarque da mercadoria ou Bill of Lading – BL, ou ainda, na maioria das situações, no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner, visto que, nesta última situação, o importador ou consignatário da carga é obrigado a assinar o documento para que possa liberar suas mercadorias.

Desta forma, todos os brasileiros acabam custeando direta e indiretamente os valores pagos a título de *demurrage* ou sobre-estadia, em relação a qualquer produto que seja importado ou exportado, valores que não ficam na economia do Brasil e são levados para gerar riquezas nos países sedes dos Armadores. Ressalta-se que o objetivo do estudo não é de forma alguma contestar a existência do instituto ou sua aplicação, pelo contrário, o mesmo é

¹ O contêiner é comumente designado como um cofre de carga no qual são acondicionadas as mercadorias - Octaviano Martins, Eliane Maria. Curso de direito marítimo, volume II. Barueri, SP: Manole, 2008. Pag. 343

² A sobre-estadia, demora ou *demurrage* ocorre quando o importador ou exportador deixa de devolver ao armador a unidade de carga do navio (contêiner) dentro do prazo estabelecido de tempo livre ou free time.

legítimo, porém, deve ser regulamentado para que não cause situações de extremas discrepâncias econômicas e jurídicas como as que serão demonstradas no decorrer do estudo.

Para melhor demonstrar a importância, seja jurídica, quanto econômica sobre o tema, vale a pena elucidar em números uma simples comparação feita de apenas um Armador, onde de acordo com Souza³: “Com base na tabela de preços diários para sobre-estadias extras do grupo Hamburg Sud, pode-se calcular, superficialmente, é verdade, qual valor se angaria, anualmente, pelo mercado marítimo. Os cálculos tomam por base todos os equipamentos como sendo de 20 pés: 8.000.000 de contêineres por 14 dias extras (21 dias de retenção – 7 dias livres incluídos no preço do frete) = Euros 3.680.000.00047 x R\$ 3,26 = R\$ 11.996.800.000,00.”. Desta forma, pode-se entender o mercado bilionário da *demurrage* ou sobre-estadia no Brasil.

O instituto nasceu da *lex marítima*, de seus costumes, enraizada no direito consuetudinário marítimo, porém, acolhido em nosso país sem estar regulamentado ou positivado no direito brasileiro, o que torna relevante a discussão sobre sua aplicação e seus efeitos, visto que, nem a doutrina, muito menos a jurisprudência estão perto de unir entendimentos sobre seus requisitos, regime jurídico aplicável, modicidade, prazos prescricionais, etc.

O não enfrentamento mais aprofundado e a ausência de uma regulação séria sobre essa questão gera grande insegurança jurídica e conseqüentemente econômica, prejudicando principalmente os exportadores e importadores brasileiros e tornando mais caros os produtos industrializados e comercializados no Brasil, atingindo a sociedade como um todo.

Para fins deste estudo, nos resguardaremos a avaliar as conseqüências da definição do regime jurídico aplicável para a *demurrage* na importação de mercadorias do exterior como de “indenização contratual”, com base nas doutrinas maritimistas e cíveis, bem como, nas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais Brasileiros, as quais cabem destacar, apesar de majoritárias, não se tornaram uníssonas de acolhimento no mundo jurídico, nem pela doutrina e tampouco pelo próprio judiciário.

³ Souza, Sávio José Di Giorgi Ferreira de. NVOCC, Contêiner e sobre-estadias: as sistemáticas controvérsias do multimodalismo – Lei 9.611/98. Curitiba: Instituto de Ensino e Fomento. 2014.

Partindo do entendimento de que o regime jurídico aplicável da *demurrage* ou sobre-estadia na importação é o de “indenização contratual”, desdobraremos entendimentos sobre a prática jurídica, jurisprudencial, técnica de aplicação da legislação nacional cabível com base no Código Civil, Código Comercial e Leis Extravagantes relacionadas com o instituto, bem como, suas controvérsias e efeitos práticos.

2. Modelo de pesquisa:

O modelo preponderante de pesquisa será o de trabalho exploratório sobre práticas de mercado e jurídicas e terá como fonte de estudos as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ, dos demais Tribunais Brasileiros das Justiças Estaduais, na Doutrina e no Direito Comparado, através de pesquisa exploratória, utilizando-se da prática forense do autor e de fontes de pesquisas de campo, como entrevistas qualitativas e outras fontes de dados.

Assim, mediante o estudo exploratório das fontes acima delimitadas, ingressaremos inicialmente na demonstração da prática comercial aplicada a *demurrage* ou sobre-estadia na importação, contemplando desde a chegada do navio e da carga aos Portos Públicos ou Terminais Privados Brasileiros, da exigência do Armador na assinatura do Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner pelo Consignatário da Carga, da negociação do *free time* e do valor da diária estipulada em caso de atraso na devolução do contêiner, até a efetiva ocorrência ou caracterização do instituto da *demurrage* e suas consequências jurídicas.

Adentrando as consequências jurídicas do estudo, analisaremos para fins de construção do trabalho, as três vertentes doutrinárias e jurisprudenciais mais discutidas em relação ao regime jurídico aplicável a *demurrage* na importação, defendendo por oportuno a aplicação do regime jurídico de “indenização contratual”, destacando, por conseguinte, a hermenêutica de sua correta aplicação, visto que, no decorrer do estudo serão demonstradas as discrepâncias de entendimentos, tanto doutrinários, quanto jurisprudenciais acerca do tema.

A *demurrage* ou sobre-estadia passa a ter seus efeitos jurídicos a partir da não devolução do contêiner pelo Consignatário da carga ao Armador, dentro do prazo fixado de *free time* ou tempo livre, onde geralmente este prazo está fixado no Termo de Responsabilidade de Devolução do Contêiner, a partir daí nascem também os efeitos e riscos

jurídicos de sua exigência, de sua prescrição, mitigação, de sua limitação de valor ou responsabilidade, de fatos ou casos fortuitos ou de força maior, de possíveis excludentes de responsabilidades, e de discussões contratuais, o que será abordado nas fontes de estudo acima citadas e principalmente, para fins de tese conclusiva, na experiência prática do Autor.

O trabalho de pesquisa buscará desenvolver a disciplina da matéria no caso de aplicação do instituto da *demurrage*, de forma congruente com os demais princípios e normas de direito aplicados na legislação brasileira, de modo a demonstrar tecnicamente a necessidade de desenvolver uma hermenêutica correta na sua aplicação.

Já ao que se refere ao objeto de conclusão da pesquisa, temos como proposta enriquecer a forma de interpretação jurídica a ser aplicada conforme caso a caso, sem casuísmos ou superficialismos ao enfrentar a matéria, demonstrando ao operador do direito que o tema não pode ser imposto somente mediante uma linha de raciocínio lógica, sem observar as reais situações documentais e de fato, tudo mediante o desenvolvimento de uma tese congruente e muito bem fundamentada em cima do que a legislação existente nos proporciona sobre o instituto da *demurrage*, observando os demais princípios do direito brasileiro na aplicação das regras positivadas de caráter contratual.

Finalizando, faremos a proposição de regulamentação legal do instituto, fixando prazo de prescrição de 01 (um) ano para a cobrança da demurrage ou sobre-estadia, fixação de requisitos formais contratuais necessários a posterior exigência do direito, seja do Armador ou do Consignatário da carga e outras que vierem a ser descobertas no decorrer dos estudos práticos e jurídicos, realizando tal proposta através do Projeto do Novo Código Comercial, ou por meio de regulação da própria Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a qual detêm competência em regulamentar o transporte marítimo no Brasil.

3. Problemas e quesitos:

A *demurrage* ou sobre-estadia é instituto conhecido do direito marítimo, aplicado em duas distintas situações, inicialmente foi e ainda é aplicada quando o Afretador demora em devolver o navio ao Fretador nos Contratos de Fretamento, e posteriormente, após o início da utilização dos contêineres como unidade de carga do navio, o instituto passou a ser aplicado também quando o objeto (contêiner) não o era devolvido no prazo fixado do tempo livre ou

free time, sendo que, para fins deste estudo abordaremos somente as questões ligadas a *demurrage* ou sobre-estadia de contêineres.

Neste contexto jurídico de interpretações duvidosas, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, estão longe de um entendimento conciliatório quanto à definição do regime jurídico da *demurrage* e seus efeitos, onde podemos destacar três principais correntes de entendimento judicial e doutrinária: de caráter de “cláusula penal”; de “indenização contratual”; e ainda uma terceira, menos robusta, que caracteriza a *demurrage* como “multa”.

Não obstante, sem a intenção de esgotar as discussões sobre o tema, para fins deste trabalho serão levados em consideração o caráter exclusivo do regime jurídico de indenização contratual, em consonância com as mais recentes decisões judiciais, sejam dos Tribunais Estaduais, quanto do Superior Tribunal de Justiça.

Partindo do pilar de que o regime jurídico da *demurrage* ou sobre-estadia é de indenização contratual, sua aplicação deveria ser efetivada somente quando realmente pactuada e prevista em contrato devidamente formalizado entre as partes, seja no conhecimento de embarque da mercadoria ou Bill of Lading – BL, ou no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner, porém, não é o que ocorre, pois no Brasil, ao contrário do que ocorre por exemplo no Direito Inglês, os Tribunais Pátrios aceitam a cobrança da *demurrage* mesmo sem qualquer documento prévio pactuado entre as partes, justificando ser a *demurrage* um instituto do direito marítimo consuetudinário, regido pela *lex marítima*, logo pelos usos e costumes, independentemente de previsão contratual a exigência do pagamento vem sendo aceito pelo Poder Judiciário, fato que gera grande insegurança jurídica e abre oportunidades para abusos na cobrança das diárias e na fixação do *free time* ou tempo livre para devolução do contêiner.

Parece-nos plausível de que, se a *demurrage* é uma indenização de caráter contratual, por óbvio, deve previamente haver elementos que indiquem e comprovem a existência de um contrato firmado para que o direito seja aplicado, bem como, se for considerada sua exigência face ao direito consuetudinário também devem haver elementos que possibilitem sua aplicação.

Nosso Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento de que a *demurrage* tem “regime jurídico de indenização contratual” e não de “cláusula penal”, cujo efeito jurídico imediato é de afastar a aplicação do artigo 412⁴ do Código Civil, impossibilitando a limitação do valor devido a título da indenização, mesmo que exorbitante. Assim, as últimas decisões do Superior Tribunal Justiça acolhendo a *demurrage* como de natureza jurídica de indenização e privilegiando o princípio *pacta sunt servanda*, são de relevante notoriedade, porém, se rigorosamente aplicadas e generalizadas a todos os casos, sem analisar a situação fática de cada um, afastam por completo a limitação dos valores cobrados a título de *demurrage* pelo transportador ou armador, o que pode vir a causar injustiças e tornar-se de aplicação temerária no meio jurídico, bem como, a médio e longo prazo causar uma assimetria econômica muito grande e prejudicial ao Brasil em relação às negociações comerciais com os Armadores estrangeiros.

Outro ponto a ser submetido ao estudo e a ser indagado são as situações previstas em contrato, quando da ocorrência de casos fortuitos⁵ e ou de força maior, onde por exemplo, em razão de uma greve, seja da Receita Federal ou de algum Órgão Anuente, o judiciário não exclui a responsabilidade do Exportador ou do Importador pela demora no atraso na nacionalização da mercadoria e devolução do contêiner, ou até mesmo em situações de enchentes, fenômeno natural, imprevisível.

Assim, além do que foi acima exposto, se nossa Corte Superior de Justiça se posiciona para acolher a interpretação da *demurrage*, de forma generalista, como de caráter ou regime jurídico indenizatório com base contratual a ser preservada pelo princípio do *pacta sunt servanda*, afastando, por conseguinte possíveis limitações ou cobranças de valores exorbitantes em desfavor dos importadores e exportadores brasileiros, por questão de equidade e justiça, o transportador/armador também deveria agir com boa fé na formação e conclusão destes contratos, principalmente quando da exigência de assinatura no Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner.

⁴ CC – Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁵ CC - Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Frente ao já exposto, formularemos os seguintes quesitos:

i) - Em que consiste a cobrança de sobre-estadia (*demurrage*) no transporte marítimo internacional de carga? Em que contextos se aplica? Qual a sua racionalidade econômica? Qual a prática nacional e internacional?

ii) - Qual o fundamentação jurídica para cobrança da sobre-estadia? Quais as questões controversas ou com potencial de problematização? Qual a moldura legal de validade da cobrança da sobre-estadia?

iii) - Que aspectos práticos devem orientar a decisão do transportador marítimo sobre a definição do valor e da forma de cobrança da sobre-estadia do Importador/Adquirente?

iv) - Como o Importador/Adquirente pode ser prevenir contra a cobrança indevida ou excessiva da sobre-estadia pelo transportador marítimo? Quais as recomendações de conduta ou ação prática nesse sentido?

Assim, pode concluir-se que, enquanto não for regulamentada por lei, de forma equilibrada, garantindo e esclarecendo os direitos de ambas as partes da relação e principalmente vedando cobranças de fato abusivas e injustificadas, o instituto da sobre-estadia ou *demurrage* no transporte marítimo aplicado no direito brasileiro continuará sendo um fantasma que assombra os empresários e operadores do direito atuantes no comércio exterior.

4. Justificação da relevância prática e do potencial inovador:

A proposta de pesquisa se justifica em vista das incertezas jurídicas que abrangem a aplicação do instituto da *demurrage* de contêineres na prática forense, pois, como já abordado, nem a doutrina, nem a jurisprudência são pacíficas na aplicação da legislação atual que envolve o tema e discrepâncias de interpretações estão gerando prejuízos financeiros gravíssimos aos Exportadores e Importadores brasileiros, sendo certo que, no Brasil, alguns Armadores lucram mais com a cobrança das *demurrages*, do que com o frete internacional marítimo que é a sua atividade fim.

Atualmente com as últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais Estaduais, no sentido de interpretar a aplicação do instituto da *demurrage* como de regime jurídico de indenização contratual, o tema começou a ser direcionado juridicamente para um

caminho, porém, além de não pacificado, também não estão sendo observados outros princípios aplicáveis à formação dos contratos e ao que rege o Código Civil.

O potencial inovador do tema se consagra no aprofundamento sobre a diferenciação caso a caso, das diversas situações práticas que ocorrem na origem da formação da relação entre o transportador e o consignatário da carga, bem como, do momento da aceitação do Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner, demonstrando com base no direito civil aplicável, que não se pode simplesmente generalizar a aplicação do instituto da *demurrage*, principalmente nos casos em que deveria comportar exceções de responsabilidades e prescrição de direitos.

Atualmente, para se evitar a incidência da *demurrage* nas importações efetuadas por empresas brasileiras, por hora só resta ser tomadas medidas prévias de caráter administrativo e negociais, porém é necessário que se conheça a fundo como se desenrola uma operação logística de comércio exterior, neste caso específico o responsável comercial pela negociação da importação deve observar se o frete será negociado pelo exportador ou pelo importador para que possam definir previamente os valores de frete, taxas, custos gerais e em especial o período que será disponibilizado para estufar o contêiner antes (*detention*) e depois (*demurrage*) do embarque que habitualmente é chamado de *free time*, ou seja, para que o importador possa estufar a unidade (contêiner) no pré-embarque e desová-la no pós embarque sem que tenha que arcar com os custos extras ocasionados quando se extrapola o prazo deste tempo livre.

Sendo assim, o negociador (importador) tem a possibilidade de fazer previamente a contratação direta do frete e pleitear ao transportador um período mais longo para utilização e devolução do contêiner, ou, de pré-estabelecer este prazo e solicitar previamente ao exportador para que efetue esta negociação no momento em que estiverem recebendo as cotações de frete, antes mesmo da confirmação da reserva, que quando efetuada através do *Booking* já deverá constar no corpo deste documento o período livre que será disponibilizado para se utilizar o equipamento (contêiner) antes e pós embarque, eis que, tradicionalmente, quando não se negocia preliminarmente, habitualmente o período de *FREE TIME* concedido pelos transportadores em linhas regulares (China x Brasil) é de 10 dias e quando se negocia previamente este período consegue-se estendê-lo para 30 dias sem maiores dificuldades.

Finalizando, sobre a relevância de se aprofundar no estudo, justifica-se que, se a *demurrage* vier a ser regulada e pacificada como de regime jurídico contratual, também há de se observar todas as demais premissas que envolvem os direitos de caráter contratual e principalmente, por justiça, as condições que se deram antes e durante a sua formação. E no caso de uma regulamentação, deve o legislador se ater que o Brasil precisa sobrepor seus interesses em favor das empresas importadoras e exportadoras e no do transportador (armador) estrangeiro, há de haver um equilíbrio maior nessas relações a ponto de que se evitem abusos de ambas às partes envolvidas no transporte marítimo.

5. Fontes e métodos de investigação:

Os estudos terão como fontes as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ e dos demais Tribunais Brasileiros das Justiças Estaduais, auxiliados pela Doutrina Maritimista e Civilista, e ainda, excepcionalmente, por alguns casos do Direito Comparado, através de pesquisa exploratória junto ao setor.

No decorrer dos trabalhos, serão adotadas entrevistas com players do mercado, a fim de buscar e demonstrar a realidade da situação na visão individual cada um dos envolvidos na cadeia da logística de transporte marítimo internacional.

6. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal:

A familiaridade com o objeto vem da prática profissional diária envolvendo o direito portuário, marítimo e cível nas operações de importação e exportação, neste caso mais focado nas consequências e peculiaridades do transporte internacional de cargas via marítima. Notadamente, a ausência de parâmetros jurídicos seguros sobre os critérios e aplicação da *demurrage*, bem como, sua relevância no custo do transporte e do comércio internacional no Brasil, fez nascer o interesse de se aprofundar no tema, onde se pretende demonstrar que, em que pese ainda não existir legislação específica sobre o tema, a partir do momento em que se definir o regime jurídico aplicável, existirá um norte mais seguro, sempre levando em conta todas as hipóteses de formação do contrato e seus efeitos.

O acesso às informações será muito farto na jurisprudência nacional, eis que a mesma é conflitante em diversos aspectos que serão abordados no estudo, porém um tanto quanto limitado na doutrina maritimista, visto que, poucos autores se aventuraram a escrever especificamente sobre o tema, de outro lado, de vasta aplicação dos institutos de direito civil.

Ao que tange ao direito estrangeiro comparado, em razão das peculiaridades normativas que existem no ordenamento jurídico brasileiro, serão usados exemplos apenas como parâmetro para embasar um modelo mais justo de aplicação do instituto e suas consequências jurídicas.

7. Indicação de literatura especializada e obras de referência:

Vieira, Guilherme Bergmann Borges. Transporte internacional de cargas. 2. Ed. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

Octaviano Martins, Eliane Maria. Curso de direito marítimo, volume I. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

Octaviano Martins, Eliane Maria. Curso de direito marítimo, volume II. Barueri, SP: Manole, 2008.

Cremonese, Paulo Henrique. Prática de Direito Marítimo – O Contrato de Transporte Marítimo e a Responsabilidade Civil do Transportador. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

Nery Junior, Nelson. Código civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Gagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 4 : contratos, tomo I : teoria geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 8. Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

Gilbertoni, Carla Adriane Comitre. Teoria e prática do direito marítimo. 3. Ed atualizada, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

Souza, Sávio José DiGiorgi Ferreira de. NVOCC, contêiner e sobre-estadias: as sistêmicas controvérsias do multimodalismo – Lei 9.611/98. Curitiba-PR: Instituto de Ensino e Fomento, 2014.

Cremonese, Paulo Henrique. Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 3. Ed rev., atual e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

Keedi, Samir. Transportes, unitização e seguros internacionais de carga : prática e exercícios. 6. Ed. São Paulo: Aduaneiras, 2015

Fóes, Gabrielle Thamis Novak. Demurrage de contêiner no direito inglês e brasileiro: crítica à reforma do código comercial. 1. Ed. São Paulo: Aduaneiras, 2017.

8. Sumário preliminar:

1. O Contrato de Transporte Marítimo.

1.1. Formas de Contratação do Frete Internacional Marítimo.

1.2. Particularidades do Contrato de Transporte Marítimo.

1.2.2.1. Armador.

1.2.2.2. Agente Marítimo.

1.2.2.3. NVOCC.

1.2.3.4. Consignatário da Carga.

1.2.3.5. Despachante Aduaneiro.

1.2.3.6. Conhecimento de Embarque ou Bill of Lading.

1.2.3.7. Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner.

1.3. A Demurrage.

1.3.1. Conceito.

1.3.2. Regime Jurídico Doutrinário.

1.3.3. Legitimidade Ativa.

1.3.4. Legitimidade Passiva.

2. Interpretação e Aplicação do Instituto da Demurrage nos Tribunais Brasileiros.

2.1. Superior Tribunal de Justiça – STJ.

2.1.1. Divergências.

2.2. Tribunais de Justiça Estaduais.

2.2.1. Divergências.

3. Excludentes de Responsabilidade de Pagamento da *Demurrage*.

3.2. Natureza de Indenização Contratual da *Demurrage* e o Código Civil.

