



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS  
SUPERINTENDÊNCIA DE REGULAÇÃO - SRG

**DESPACHO**

À Assessoria da Diretoria DR.

**Assunto: Tema 2.2 da Agenda Regulatória Biênio 2020/2021 - "Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres".**

1. Trata-se do desenvolvimento das ações para a consecução do tema 2.2 da Agenda Regulatória Biênio 2020/2021, que versa sobre "Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres", conforme previsto no Plano de Trabalho GRM SEI nº 1079630.
2. Os autos foram abertos com a Ordem de Serviço nº 115/2020/GRM/SRG, SEI nº 1066459, que dispôs sobre a elaboração de proposta de plano de trabalho para desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres, tendo sido elaborado pela equipe técnica da Gerência de Regulação da Navegação Marítima - GRM o Plano de Trabalho GRM SEI nº 1072423, o qual foi encaminhado para apreciação desta Superintendência de Regulação - SRG, conforme termos do Despacho GRM SEI nº 1072424.
3. Por meio do Despacho GRM SEI nº 1081254, o Gerente de Regulação da Navegação Marítima enviou o Plano de Trabalho GRM SEI nº 1079630, em substituição ao Plano de Trabalho GRM SEI nº 1072423.
4. Esta SRG, de acordo com o teor do Despacho SRG SEI nº 1083487, corroborou com o Plano de Trabalho GRM SEI nº 1079630, proposto pela GRM e encaminhou os autos para análise do Diretor-Relator.
5. Por meio do Despacho SRG SEI nº 1083967, esta Superintendência restituiu os autos à GRM, informando que tinha corroborado com o citado Plano de Trabalho GRM e que recomendou ao Diretor-Relator a sua aprovação.
6. De acordo com o teor do Relatório de Sorteio SGE SEI nº 1085840, o Senhor Diretor ADALBERTO TOKARSKI foi contemplado com a relatoria do feito.
7. Esta Agência Reguladora, por meio da RESOLUÇÃO Nº 7922/2020-ANTAQ, SEI nº 1103004, aprovou 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.
8. A equipe técnica da GRM elaborou a Nota Técnica nº 129/2020/GRM/SRG, SEI nº 1128179, por intermédio da qual efetuou a necessária análise e recomendou os seguintes

## DO ENCAMINHAMENTO

Após a caracterização do projeto, sugere 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.

### Consulta interna

Como consulta interna, propõe-se o envio de consulta à Procuradoria Federal junto a ANTAQ, apresentando as perguntas abaixo e solicitando livre manifestação a respeito do tema:

1. Dentre as interpretações existentes sobre a natureza jurídica da *demurrage*, qual se adequa a essa taxa?
2. A adoção do Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner (TCDC) é legal do ponto de vista jurídico? Pode-se afirmar que esse Termo assume o caráter de “contrato de adesão”?
3. Na hipótese da *demurrage* assumir a natureza jurídica de cláusula penal (multa), em qual (ais) lei (s) ela melhor se adequa? Por quê?
4. Na hipótese da *demurrage* assumir a natureza jurídica de cláusula penal (multa) haverá prazo prescricional?
5. É possível sustentar juridicamente a natureza híbrida da *demurrage*, nos moldes expostos na Nota Técnica 58?
6. A Nota Técnica 129/2020/GRM/SRG expõe de forma preliminar duas opções regulatórias, se for do interesse desta PFANTAQ, por favor, discorra sobre essas opções.
7. Caso tenham observações adicionais, por favor, apresentem.

### Tomada de subsídios

Nesta etapa a ser realizada paralelamente a da consulta interna, sugere-se adotar duas ações: a) enviar as mesmas perguntas da consulta interna para doutrinadores de renome; b) apresentar a sociedade as mesmas perguntas propostas à PFANTAQ com pequenas modificações. Poder-se-ia estabelecer prazo de 20 dias úteis para resposta. As perguntas seriam:

1. Dentre as interpretações existentes sobre a natureza jurídica da *demurrage*, qual melhor se adequa a essa cobrança, indenização ou cláusula penal? Justifique.
2. Pode-se afirmar que o Termo de Compromisso de Devolução de Contêiner (TCDC) assume o caráter de “contrato de adesão”? Justifique.
3. Na hipótese da *demurrage* assumir a natureza jurídica de cláusula penal, em qual (ais) lei (s) ela melhor se adequa? Por quê?
4. 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?
5. Qual a natureza jurídica da *demurrage* em outros países, cite exemplos?
6. Qual a política regulatória a respeito da *demurrage* em outros países, cite exemplos?
7. 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.
8. O valor cobrado de *demurrage* possui relação direta com o valor do frete presente no BL?
9. 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.

#### **DAS CONCLUSÕES**

Isto exposto, submeto à apreciação superior.

9. O Gerente de Regulação da Navegação Marítima, conforme termos do Despacho GRM SEI nº 1131371, corroborou com a Nota Técnica nº 129/2020/GRM/SRG, SEI nº 1128179; informou que tinha sido elaborado o Formulário de Tomada de Subsídios SEI nº 1130881; propôs que, em paralelo, fosse encaminhada consulta à Procuradoria Federal junto à ANTAQ - PFANTAQ; relatou que prazo para manifestações no processo de participação social se encerraria em 12/08/2020; e apresentou o Plano de Trabalho GRM SEI nº 1132012 atualizado para apreciação dessa SRG.

10. Esta SRG, por meio do Despacho SRG SEI nº 1133247, manifestou sua discordância em relação ao Plano de Trabalho GRM SEI nº 1132012; determinou que até o dia 18/09/2020, a reorganização das atividades de tal sorte a corrigir o atraso do cronograma aprovado pela Diretoria na RESOLUÇÃO Nº 7922/2020-ANTAQ, SEI nº 1103004, com a Consolidação de Relatório de AIR Final em janeiro de 2021; lembrou que não havia necessidade de elaboração de novo Plano de Trabalho, pois demandar novamente a Diretoria um pouco mais de um mês da aprovação do Plano de Trabalho GRM SEI nº 1079630, não condizia com uma boa prática de gestão, devendo a GRM reorganizar as tarefas e "lançar" no Painel da Agenda, como combinado em reunião com o Superintendente de Regulação; e, por fim, informou que não concordava com o envio dos autos à PFANTAQ, posto que a matéria é eminentemente regulatória a ser definida por esta SRG.

11. De acordo com o teor do Despacho GRM SEI nº 1137274, a GRM solicitou que a Secretária-Geral - SGE, considerando o § 2º do art. 35 da Resolução Normativa nº 33 - ANTAQ, de 2019, que fossem adotadas as providências para a abertura da tomada de subsídios pública por esta SRG pelo prazo de 20 dias úteis, com o objetivo de obter contribuições e subsídios a respeito do tema 2.2 da Agenda Regulatória Biênio 2020/2021 - Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres, e, por fim, informou que o formulário da tomada de subsídios foi publicado no seguinte endereço: <http://bit.ly/demurrageNM>.

12. Este Superintendente de Regulação, por intermédio do AVISO DE TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 03/2020/SRG-ANTAQ, SEI nº 1137632, comunicou aos usuários e agentes do setor aquaviário nacional e, bem assim, aos demais interessados em geral, que realizará TOMADA DE SUBSÍDIOS PÚBLICA, no período de 21/09/2020 a 16/10/2020, visando obter contribuições e subsídios, por escrito, para a concretização do tema 2.2 da Agenda Regulatória Biênio 2020/2021, que busca desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres.

13. Por meio do Despacho GRM SEI nº 1138471, a GRM solicitou que a Assessoria de Comunicação e Relações Institucionais - ARI adotassem as providências para publicação no site da ANTAQ e divulgação da TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 03/2020/SRG-ANTAQ ao público externo.

14. Esta SRG, conforme termos do Despacho SRG SEI nº 1165609, em atendimento ao pedido do Comitê de Usuários dos Portos e Aeroportos do Estado de São Paulo - COMUS e da Associação Comercial de São Paulo (e-mail COMUS SEI nº 1165608, encaminhou os autos à SGE, solicitando que fossem adotadas as providências cabíveis, objetivando a prorrogação do prazo da tomada de subsídios pública que objetiva obter contribuições e subsídios para o desenvolvimento de metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres, em 15 (quinze) dias adicionais, passando o seu término para as 23 h e 59 min do dia 03/11/2020.

15. Assim, de acordo com o teor do Documento SEI nº 1175762, o término do prazo para a apresentação de contribuições da TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 03/2020/SRG-ANTAQ foi prorrogado para as 23 h e 59 min do dia 03/11/2020.

16. A equipe técnica da GRM, de posse das contribuições advindas da TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 03/2020/SRG-ANTAQ, elaborou o Relatório de AIR 3, SEI nº 1205193, por meio do qual efetuou a necessária análise por meio dos seguintes tópicos:

- 16.1. SUMÁRIO EXECUTIVO;
- 16.2. INTRODUÇÃO;
- 16.3. PROBLEMA REGULATÓRIO;
- 16.4. AGENTES ECONÔMICOS;
- 16.5. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL;
- 16.6. NATUREZA JURÍDICA:
  - 16.6.1. Definição e previsão legal;
  - 16.6.2. Sobre-estadia de navio e sobre-estadia de contêineres;
  - 16.6.3. Código de Defesa do Consumidor;
  - 16.6.4. Indefinição jurídica;
  - 16.6.5. Entendimento jurisprudencial;
  - 16.6.6. Posicionamento hermenêutico:
    - 16.6.6.1. Adicional de frete;
    - 16.6.6.2. Cláusula penal;
    - 16.6.6.3. Indenização:
      - a) Comprovação de danos; e
      - b) Caracterização da responsabilidade civil;
    - 16.6.6.4. Dever de mitigar o próprio prejuízo;
  - 16.6.7. Conclusões preliminares;
- 16.7. DOS OBJETIVOS QUE SE PRETENDE ALCANÇAR;
- 16.8. BENCHMARK INTERNACIONAL:
  - 16.8.1. Natureza jurídica da sobre-estadia;
  - 16.8.2. Experiência Internacional;
  - 16.8.3. A cobrança da sobre-estadia no Brasil;
  - 16.8.4. Comparação dos valores; e
  - 16.8.5. Conclusões;
- 16.9. OPÇÕES REGULATÓRIAS:
  - 16.9.1. Manter o status quo
  - 16.9.2. Ampliação da transparência

- 16.9.3. Preço de referência
  - 16.9.3.1. Frete gerado; e
  - 16.9.3.2. Consulta a preço de referência;
- 16.9.4. Procedimento para análise da situação concreta;
- 16.10. OPÇÃO REGULATÓRIA (AVALIAÇÃO CUSTO-BENEFÍCIO-RISCOS);
  - 16.10.1. análise custo-benefício; e
  - 16.10.2. análise de risco;
- 16.11. ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO, MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO;
- 16.12. ENCAMINHAMENTOS;
- 16.13. CONCLUSÃO

17. No citado Relatório de AIR, a equipe técnica da GRM apresentou a seguinte estratégia de implementação, monitoramento e fiscalização; os seguintes encaminhamentos; e as seguintes conclusões:

#### **ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO, MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO**

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.

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*.

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.

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.

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.

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 setor 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.

#### **ENCAMINHAMENTOS**

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.

### CONCLUSÃO

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 convenicionado 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 aos 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.

18. O Gerente de Regulação da Navegação Marítima, segundo o conteúdo do Despacho GRM SEI nº 1234280, corroborou com o Relatório de AIR 3, SEI nº 1205193, e recomendou a abertura de participação social (consulta e audiência públicas), pelo prazo de 45 dias, para obtenção de contribuições quanto ao aperfeiçoamento da regulação proposta.

19. Desse modo, face ao exposto, manifesto minha concordância quanto aos entendimentos consignados no Relatório de AIR 3, SEI nº 1205193, e no Despacho GRM SEI nº 1234280, e encaminho os autos para apreciação do Senhor Diretor-Relator, recomendando a submissão do Relatório de AIR 3, SEI nº 1205193 à audiência e consulta públicas pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Atenciosamente,

**BRUNO DE OLIVEIRA PINHEIRO**

Superintendente de Regulação



Documento assinado eletronicamente por **Bruno de Oliveira Pinheiro, Superintendente de Regulação**, em 27/01/2021, às 23:24, 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 **1238173** e o código CRC **9EB63282**.

---

Referência: Processo nº 50300.010899/2020-14

SEI nº 1238173