

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 005.639/2019-0.

Natureza: Denúncia.

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei n. 8.443/1992).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: DENÚNCIA. POSSÍVEL OMISSÃO DA ANTAQ NA REGULAÇÃO DA COBRANÇA DA DEMURRAGE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. FRAGILIDADES NA MOTIVAÇÃO DA OPÇÃO REGULATÓRIA. INICIATIVA DA AGÊNCIA EM APERFEIÇOAR A REGULAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA. DETERMINAÇÃO INTERNA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de denúncia a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), relacionadas à omissão de regulação na cobrança da sobrestadia (**demurrage**) de contêiner, permitindo a prática de atos contrários à diretriz de modicidade tarifária e supostamente impedindo o desempenho de serviço portuário adequado.

2. No âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária, foi elaborada a instrução de peça 129, a seguir transcrita com os ajustes de forma pertinentes, cujo encaminhamento foi encampado pelo dirigente da unidade (peças 130/131):

Breve conceito da sobrestadia (**demurrage**)

1. Antes de prosseguir com a análise que será feita na presente instrução, é importante trazer uma breve definição do instituto que será discutido adiante, para auxiliar na compreensão do assunto.

2. Marchioli (2019) nos fornece a seguinte definição de sobrestadia de contêiner:

Sobrestadia de contêiner é a extrapolação de determinado lapso de tempo, além do período de franquia, estipulado pelas partes em contrato, independentemente de forma, para a utilização da unidade de carga, cujo atraso pode habilitar aquele que disponibiliza o contêiner a cobrar um valor, em geral contado por dia, contra aquele que tomou o cofre.

3. O lapso de tempo ou período de franquia, segundo o autor, se refere ao denominado *free time* ou estadia, que pode ser estabelecido por práticas internacionais de mercado e/ou do estabelecido em contrato. A sobrestadia é cobrada no porto de origem ou de destino sempre que o tempo livre (usado no desembarço das mercadorias) estipulado pelo transportador marítimo ou intermediário para devolução da unidade contentora é ultrapassado. Na exportação (porto de origem) a cobrança é denominada de *detention*. Na importação (porto de destino), ela é tratada como *demurrage*.

4. Exemplificando, imagine-se que um importador localizado no Brasil pretenda trazer uma mercadoria do exterior e contrate um frete de um transportador marítimo internacional. Ao contratar a operação, o contrato prevê a carga a ser transportada, a origem e o destino, bem como que ao chegar ao terminal de destino, o importador terá um prazo de cinco dias para fazer as operações de desembarço e liberação da mercadoria no porto. Esse é o período de estadia ou *free time*. Agora, suponha que a mercadoria é desembarçada e liberada apenas com dez dias. Nesse caso, haverá um período de cinco dias que corresponde a uma sobrestadia e sobre esse período de tempo será calculada a *demurrage*.

HISTÓRICO

5. Após relatar sua qualificação (peça 1, p. 3-8), o autor aponta a omissão da Antaq em criar critérios objetivos para garantir a modicidade na cobrança da sobrestadia de contêiner, especialmente registro e acompanhamento das cobranças, bem como em limitar os valores exigidos a título de *demurrage*. O denunciante argumenta que sem a regulação econômica efetiva de tais preços, nunca haverá a prestação de serviço adequado no setor de transporte marítimo de contêineres aos embarcadores brasileiros, especialmente às pequenas e médias empresas (peça 1, p. 8).

6. Aduz que há abusividade nos valores das diárias de *demurrage* de contêiner cobradas, o que não ocorreria em outros países, e cita o caso que fora denunciado à Antaq envolvendo o armador *Asia Shipping* (processo administrativo 50300.012622/2018-010) no qual estaria evidente omissão reiterada da agência ao regular o tema no tocante à modicidade (peça 1, p. 9-10).

7. Destaca que o citado processo já foi objeto de julgamento pela Antaq, mas possuiria fundamentação errada, presente no voto por parte do Relator, Sr. Francisval Mendes (peça 1, p. 10):

Outrossim, observa-se nos longos arrazoados da recorrente que ela promove uma confusão de modicidade de preços com a cobrança por sobrestadia. A relação por ela imposta em suas alegações entre o montante devido pelo transporte e os valores cobrados de *demurrage* é imprópria. **A modicidade deve ser apurada em relação ao valor cobrado pelo transporte em si e não em relação ao tempo decorrido que resultou na cobrança de demurrage. Obviamente, aquilatar valor do transporte com indenização por longo período de ausência de devolução do box, certamente se obterá números expressivos e que saltam aos olhos a desproporção. Mas, para fins de modicidade de preços, nada mais é que retórica.** Relator Diretor Francisval Mendes (Processo: 50300.012622/2018-10 e Processo Conductor: 50300.006313/2018-01, julgado em 02.08.2018, aprovado de forma unânime pela Diretoria (grifo e sublinhado da denunciante).

8. Aduz que peca a agência reguladora ao afirmar que a *demurrage* não se subordinaria ao princípio da modicidade, pois, no entendimento do órgão, se aplicaria apenas aos preços, fretes e tarifas (cf. Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea a) c/c art. 27, inciso II) e a sobrestadia seria sobretaxa, com natureza de indenização (peça 1, p. 10-11).

9. Relembra que a sobrestadia de contêiner é um dos maiores custos do transporte marítimo, do ponto de vista do usuário, e que, estando fora dos limites da modicidade, a premissa da adequação do serviço prestado nunca seria alcançada, pois modicidade é condição necessária para a prestação de serviço adequado, nos termos da Resolução Normativa Antaq 18/2017 (peça 1, p. 11).

10. Afirma ainda que não regular a *demurrage* de contêiner violaria a isonomia entre usuário e transportador marítimo, uma vez que este tem como limitar sua responsabilidade (e riscos) e aquele não. Adiciona ainda que a política de Estado deve trazer competitividade por meio do serviço adequado, que não é alcançado com cobranças de sobrestadia de contêiner acima dos preços de frete, de contêiner novo e da própria mercadoria importada (peça 1, p. 11-12).

11. Alerta para o fato de que, por meio da Resolução Normativa Antaq 18, de dezembro de 2017 – que tratou dos direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso – a agência foi omissa na regulamentação dos *demurrages*, pois se limitou a “fazer definições das cobranças”, cf. arts. 2º, XX; 19; 20; 21 e 30; e das parcelas acrescidas pelos agentes intermediários às cobranças de sobrestadia (peça 2, p. 14-16).

12. Lembra que cada armador tem sua própria tabela de prazos de *free time* e de valores de sobrestadias; que estas são impostas ao mercado; e que pequenas e médias empresas não têm poder de barganha para alterar os valores dispostos (peça 1, p. 16).

13. Traz trecho do relatório internacional do *International Transport Forum* (ITF), de 2018, que afirma que há concentração no mercado de transporte marítimo, uma vez que 60% do volume de

contêineres transportados no mundo foi feito por apenas quatro empresas (Maersk Line, Mediterranean Shipping Company – MSC, CMA-CGM e Cosco) e lembra que estas quatro empresas operam no Brasil sem necessidade de autorização da Antaq (peça 1, p. 17-18).

14. Discorre que os armadores estipulam os prazos e valores das sobrestadias em espécie de termo de compromisso para garantir a devolução do contêiner, os quais devem ser assinados pelos importadores. Alega que este termo é um documento leonino com o qual o usuário deve concordar e assinar, sob pena de ter a carga ilegalmente retida. Tal restrição na liberação da carga se operacionalizaria por meio de bloqueio no sistema Siscomex Carga (Siscarga). Além disso, o foro de discussão disposto no termo é o da Comarca de Santos/SP, localização favorável às bases dos armadores e distante dos domicílios dos usuários, além de ter taxa de recurso de apelação bem mais elevada, em prejuízo ao dono da carga (peça 1, p. 19).

15. Entende o denunciante que o citado termo com as cláusulas atuais dificulta o acesso do usuário à Justiça e informa que já provocou a Antaq para fiscalizar os termos, mas a agência não atuou no caso (peça 1, p. 19-20).

16. Argumenta que a justiça brasileira sempre entendeu a sobrestadia como de caráter indenizatório, mesmo sem comprovação do prejuízo efetivo, pois aceita a tese de que a retenção do contêiner causa prejuízo à logística dos transportadores. A questão é que, segundo o denunciante, em nenhuma ação judicial houve real comprovação de que os valores cobrados são aqueles necessários para repor eventuais perdas pela retenção (peça 1, p. 20).

17. Alega que com a publicação do Código Civil, de 2002, surgiu a tese de que as sobrestadias teriam natureza de cláusula penal, nos termos de seu art. 412: “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. Entretanto, alega ser esta corrente minoritária entre as decisões judiciais, sendo majoritária a que trata as cobranças como indenização ao transportador (peça 1, p. 21).

18. Defende que a Antaq regule o valor da cobrança diária, não permitindo haver receita nem lucro com a sobrestadia, limitando-a à reposição de perdas com a retenção do contêiner (peça 1, p. 22).

19. Descreve que, por meio da Resolução Antaq 5.032, de 5/10/2016, a agência reabriu a Audiência Pública 3/2015, haja vista as substanciais alterações promovidas na minuta de normativo decorrentes das contribuições obtidas no prazo original da Audiência Pública (peça 1, p. 22-23). Tais informações constam da justificativa da Antaq à peça 3 (p. 142-146):

- a definição da natureza jurídica da sobrestadia de contêiner, para a qual manter o **status quo**, não definindo a natureza jurídica da sobrestadia de contêiner, foi considerada a alternativa mais salutar para o atual momento, com a ressalva de que os aspectos levantados na nota técnica sobre o assunto merecem maior estudo para a precisa extensão dos efeitos das demais alternativas aventadas;

20. Informa que tal indefinição quanto à natureza da *demurrage* foi mantida no texto final da Resolução Normativa Antaq 18/2017, permitindo a permanência da “indústria da sobrestadia de contêiner” no Brasil, bem como não proibindo a cobrança de adicionais à *demurrage* por parte dos agentes intermediários, mesmo sem terem vínculo com o contêiner não devolvido (peça 1, p. 22).

21. Afirma que em 2018 a Antaq lançou cartilha (peça 3, p. 147-156) sustentando que a *demurrage* tem dupla natureza, sendo uma indenizatória, para ressarcir o transportador pelas perdas decorrentes do atraso na sua devolução, e outra de cláusula penal, para compelir à devolução do contêiner, o que justificaria a cobrança de altos valores diários (peça 1, p. 23-25):

Demurrage ou sobrestadia do contêiner: é o valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos dias que ultrapassarem o **free time** (prazo livre de cobrança, acordado previamente).

- Os valores de sobrestadia são livremente negociados.
- A sobrestadia possui dupla finalidade:

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

2. compelir à devolução do contêiner.

A ANTAQ busca garantir a transparência e a previsibilidade das cobranças.

• Cabe ao transportador marítimo ou ao proprietário do contêiner manter disponível ao devedor, a partir do primeiro dia de sobrestadia, a identificação do contêiner e o valor diário a ser cobrado.

Atenção: Sobrestadia NÃO possui a natureza jurídica de cláusula penal e sua cobrança NÃO é limitada ao valor do contêiner ou do frete. Caso haja algum problema na importação de mercadorias, é de responsabilidade do usuário ou de seu preposto providenciar, com a maior brevidade possível, a desova da mercadoria e a devolução do contêiner, para evitar o pagamento de altos valores de sobrestadia.

22. Insurge-se também contra o disposto na cartilha que diz que os valores de sobrestadia são livremente negociados, pois os valores constantes das tabelas dos armadores são pré-fixados e impostos ao mercado (peça 3, p. 157-160 e 161-166) e aponta para o fato de que o posicionamento quanto à natureza da sobrestadia de contêiner deveria ser levada à audiência pública, vez que é a base da regulação da cobrança (peça 1, p. 24).

23. Argumenta que o Brasil ocupa o primeiro lugar em quantidades de *demurrage* no mundo, se destacando também pela cobrança abusiva e sem critérios; que empresas pequenas e médias estão encerrando as atividades em face dos citados custos logísticos quando em comércio exterior; e que o poder judiciário se encontra sem capacitação adequada para lidar com questões complexas do Direito Marítimo e precisaria de normativo técnico para dar efetividade à valoração módica da sobrestadia (peça 1, p. 25-26).

24. Cita precedente da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve sentença da 12ª Vara Cível de Santos que julgou procedente ação de cobrança de *demurrage* de 38 contêineres em exportação FOB para porto na Venezuela, condenando o exportador a pagar R\$ 5 milhões ao transportador, sendo que o exportador não contratara o transporte e não deu causa à recusa da carga, uma vez que decorreu da intenção do transportador contratado pelo importador em descarregar os contêineres em porto diverso daquele constante no BL (peça 1, p. 26-27).

25. Reitera a necessidade de criar regulação eficiente para dar limites à *demurrage* de contêiner, para aplicar interpretação adequada que efetive o interesse público (peça 1, p. 28).

26. Lembra o relatório *Doing Business* 2017, do Banco Mundial, no qual é afirmado que o custo de importação por contêiner no Brasil é de US\$ 2.500,00 ao passo que na China o custo é de US\$ 600,00, apontando como causas desta diferença os custos logísticos brasileiros (peça 1, p. 27). Lembra que a judicialização da regulação no setor de transporte marítimo causa externalidades negativas e contribui para o citado custo de importação de contêiner no Brasil (peça 1, p. 28).

27. Reitera que no caso envolvendo a empresa *Asia shipping* já apresentado, a condenação ao importador brasileiro foi de R\$ 367.000,00 por contêiner, totalizando R\$ 1.100.000,00, o equivalente a US\$ 111.818,00 por contêiner, o que perfaz 45 vezes o custo já elevado de importação no Brasil (peça 1, p. 29).

28. Destaca que o inciso II do art. 20 da Lei 10.233/2001 define modicidade nos fretes como objetivo da Antaq, devendo ser aplicado ao *demurrage* de contêiner, incluído no transporte marítimo (peça 1, p. 29-30). Lembra ainda que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 17, estabelece que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Afirma que (peça 1, p. 30-31):

Ao celebrar o termo de responsabilidade de *demurrage*, o usuário não teve qualquer possibilidade de negociar valores, vez que se trata de um contrato de adesão imposto unilateralmente pelo agente intermediário, e é totalmente desprovida de bom senso a assunção de que certa prática ser corriqueira implique em aceitação de um valor de *demurrage* de três contêineres e honorários advocatícios em valor de cobrança 79 (setenta e nove) vezes superior ao do frete, e 28 (vinte e oito vezes) o valor da carga transportada.

29. Na sequência, apresenta tabela com mais 12 casos de cobrança de *demurrage* contra usuários brasileiros que, juntos, totalizam quase R\$ 12 milhões (peça 1, p. 31-33).

30. Traz à baila trecho de autoria do *International Transport Forum* que relata preços abusivos praticados por armadores marítimos, com destaque para a questão de que “outros fatores de custos incluem cobranças adicionais que não são incluídas” no frete, a exemplo das cobranças por combustível, *demurrage* e *detention*. Adiciona ainda que armadores têm reduzido o período de livre-estadia e aumentado os valores das sobrestadias (peça 1, p. 33-34).

31. No tocante aos contratos de comércio marítimo, relembra que estes são contratos de adesão, não sendo, portanto, passíveis de alteração. Assim, reitera a necessidade de limitação da *demurrage* para garantir a modicidade (peça 1, p. 34-35). Lembra que nos termos da RN Antaq 18/2017, art. 3º, inciso VII, modicidade é assim definida:

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; e

32. Aduz que, nos termos da RN Antaq 18/2017, art. 8º, é direito do usuário receber serviço adequado com observância do padrão da modicidade, dentre outros, e obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha de prestadores, vedados métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas em descumprimento à lei (peça 1, p. 36 e peça 2, p. 1).

33. Aponta ainda que o usuário dos portos tem direito à defesa da concorrência, especialmente em relação aos transportadores marítimos e aos agentes intermediários, que devem se abster de práticas lesivas à ordem econômica, inclusive acerca do aumento arbitrário de lucro decorrente da sobrestadia de contêiner, nos termos da RN Antaq 18/2017, art. 5º (peça 2, p. 1-2).

Art. 5º Os transportadores marítimos 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.

34. Pede (peça 2, p. 3) a imposição de limites à cobrança de *demurrage* de contêiner de forma a permitir a prestação de serviço adequado nos termos definidos na Resolução Normativa Antaq 18/2017.

35. Lembra que o *demurrage* de contêiner foi originado da *demurrage* de navio, instituto centenário que estabelece cláusulas com valores a serem pagos no caso de atrasos da devolução de navios afretados. Aponta que o regramento deveria seguir a prática do *demurrage* de navio, a qual se vale do princípio de que o acessório (*demurrage*) não pode ter valor superior ao principal (afretamento do navio), uma vez que a cobrança pela sobrestadia tem como limite o valor máximo de prejuízo decorrente da perda de contrato (peça 2, p. 3).

36. Aponta, então, que se pode intervir para limitar a cobrança considerada abusiva e que cortes inglesas já intervieram para anular cláusula de cobrança de sobrestadia em bases exorbitantes (peça 2, p. 3-4). Elenca lide inglesa (MSC Mediterranean Shipping Company SA versus Cottonex Anstalt, de 2015), em que era cobrada *demurrage* de 35 contêineres em valor dez vezes superior ao de cada contêiner, na qual o Juiz limitou a cobrança de *demurrage* ao valor do contêiner em razão de que o armador deveria ter mitigado seu dano (decorrente do atraso na entrega do contêiner), observando a boa-fé contratual (peça 2, p. 4).

37. Aponta que a modicidade é um requisito que compõe o serviço adequado estipulado na RN Antaq 18/2017, art. 3º (peça 2, p. 8), e é aplicável aos transportadores marítimos de longo curso e

de cabotagem e aos agentes intermediários. Destaca ainda que a modicidade é um direito básico do usuário quando recebe o serviço público de transporte, nos termos da RN Antaq 18/2017, art. 8º (peça 2, p. 10), e que em seu art. 27, a RN Antaq 18/2017 estabelece como infração administrativa o não cumprimento dos critérios de serviço adequado, com cominação de multa (peça 2, p. 11).

38. Afirma que há impossibilidade de prestação de serviço adequado no transporte marítimo se mantida a liberdade de preço na cobrança de *demurrage* de sobrestadia de contêiner, sem limite no preço da sobrestadia, tal como regulamentado atualmente pela Antaq (peça 2, p. 16) e informa ser necessário impor critérios para regular tal preço, assim como o Código Civil, em seu art. 750, a Lei do Transporte Multimodal Lei 9.611/1998, em seus arts. 17 a 20, e o Decreto 3.411/2000, no seu art. 16, limitam a atuação do transportador marítimo (peça 2, p. 17).

39. Lembra que o TCU, no âmbito do TC 024.768/2017-0, tratou da modicidade nos serviços regulados pela Antaq ao realizar auditoria operacional para analisar a regulação e atuação da Antaq sobre abusividade de preços e tarifas cobrados dos usuários (peça 2, p. 18-21).

40. Ao relembrar a atuação da Antaq no julgamento do caso envolvendo a *Asia shipping*, aponta que a agência editou cartilha (“Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio - Resolução Normativa Nº 18-ANTAQ”, peça 3, p. 148-156, também disponível no endereço <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/CARTILHA-1.pdf>) que permite a cobrança de “altos valores de sobrestadia”. Lembra que tal trecho na cartilha possibilita o uso de tais argumentos em processos judiciais de cobrança, prejudicando o mercado (peça 2, p. 22).

41. Com relação à abusividade dos valores diários praticados a título de sobrestadia de contêineres (peça 2, p. 22), alega que a omissão da Antaq em regular a *demurrage* e a cobrança por parte de empresas intermediárias permitiu a criação de uma indústria de indenizações bilionárias. Apoiar-se no fato de que os valores diários praticados pelos prestadores de serviço serem “extremamente elevados” em relação ao valor do serviço de transporte, que é remunerado “única e exclusivamente pelo frete” (peça 2, p. 23).

42. Reitera que os valores de indenização prefixada são valores impostos pelos transportadores e “não foram estudados a fundo e regulados pela Antaq” e que se percebe clara abusividade nas cobranças, que chegam a 10 vezes o valor que de fato ressarciria o transportador (peça 2, p. 29).

43. Com base na tabela de sobrestadia da transportadora Maersk Line (peça 3, p. 157-160), afirma que se nota que, entre 52 e 100 dias de *demurrage*, a empresa consegue captar o valor de um contêiner refrigerado novo de 40 pés, contêiner este que permanece operacional por 15 anos – 5545 dias. Para contêineres básicos de 20 pés, bastariam 44 dias. Caso se considerasse o valor de frete como referência, bastariam 6 ou 10 dias apenas de cobrança de *demurrage* para se alcançar tal valor (peça 2, p. 30).

44. Relembra que o Poder judiciário não possui parâmetros objetivos para utilizar quando magistrados julgam ações de cobrança de *demurrage*, já que se baseia no “contrato” de transporte, utilizando o valor da sobrestadia nele contido (peça 2, p. 30). Deveria a Antaq regular esta contratação no tocante ao valor.

45. Aponta que tem acessos a mais casos de abusividade das cobranças de sobrestadia de contêiner decorrentes de omissão da Antaq e que pode colaborar no fornecimento de maiores informações (peça 2, p. 30).

46. Destaca que o objetivo da denúncia não é impedir a cobrança e sim fazer com que usuários paguem *demurrage* em bases justas, garantindo a modicidade dos valores praticados, sem a qual não haveria serviço adequado e competitividade da indústria brasileira, reduzindo também a sonegação fiscal existente no setor marítimo (peça 2, p. 31).

47. Assim, pede atuação do TCU para responder as seguintes perguntas (peça 2, p. 31-32):

- (i) A Antaq possui estudos técnicos aprofundados sobre o tema da presente denúncia, que contenham inclusive entrevistas com usuários, principalmente importadores, que são os que mais pagam sobrestadias de contêineres (demurrages) para fazer regulação eficiente da cobrança?

(ii) Partindo do princípio de que as indenizações pré-fixadas são impostas ao mercado e que a massa de empresas pequenas e médias não têm poder de barganha para negociar, a Antaq possui estudos no sentido de comprovar que os transportadores marítimos estão, de fato, se indenizando dos prejuízos com as retenções de seus contêineres e praticando valores em bases justas, garantindo o serviço adequado, sem obtenção de receitas?

(iii) E quanto aos intermediários, que colocam sobrepreços sobre as sobrestadias cobradas pelos transportadores marítimos, mas que não possuem frotas de contêineres, usando as unidades dos transportadores? Será que, de fato, eles estão se indenizando? Do que estão se indenizando? Qual o prejuízo logístico dos intermediários que justifique este sobre-preço?

(iv) Por que, durante Audiência Pública da RN 18/2017, momento propício para abrir as discussões, mesmo considerando o tema relevante, a Antaq optou por não enfrentar a natureza jurídica da sobrestadia, mas, na sua cartilha lançada em 2018, deu duas naturezas jurídicas à cobrança, ou seja, cláusula penal, sem limitar a cobrança, para justificar os valores cobrados pelos transportadores, e indenização, para que os transportadores possam fazer jus à quantia?

(v) Como evitar a coação do usuário (aderente ao contrato), por parte do prestador de serviço, no momento da assinatura do termo de responsabilidade, quando este contrato está repleto de cláusulas abusivas, com o foro de eleição muito distante do local de desembarque e devolução do contêiner e com valores abusivos e não registrados na Antaq? Como evitar a celebração da assinatura quando não há procedimentos a serem cumpridos pelo prestador de serviço?

(vi) Como um Magistrado poderá condenar um usuário ao pagamento de demurrage com modicidade na cobrança, quando não há termo assinado e se não há registro do preço na agência competente?

(vii) Como é possível um agente intermediário obter receita com a cobrança de demurrage, em valor várias vezes superior ao que o armador obteve com o frete no ciclo econômico da operação com base nos casos expostos na denúncia?

(viii) Como garantir a função social do contrato de transporte marítimo e o serviço adequado por meio da modicidade no preço da sobrestadia de contêiner se não há qualquer tipo de regulação econômica sobre tal cobrança? Como proporcionar competitividade ao usuário brasileiro no comércio marítimo doméstico (cabotagem) e de comércio exterior, se o maior custo do usuário (a sobrestadia de contêiner) não tem regulação econômica por parte do Estado Brasileiro (Antaq)?

48. Na sequência, pede que a denúncia seja aceita; que se realize auditoria operacional sobre a atuação da Antaq na regulação da *demurrage* de contêiner; que se inclua a Receita Federal do Brasil e representantes das fazendas estaduais e municipais para tratar de eventuais sonegações fiscais referentes aos valores que extrapolem as indenizações; e que o denunciante seja reconhecido como parte interessada no processo (peça 2, p. 33-34). Por fim, à peça 3 foram juntados documentos relacionados às alegações apresentadas.

49. A Unidade Técnica propôs conhecer da denúncia, em razão de haver interesse público no deslinde da questão, por suposto conflito entre a cobrança da sobrestadia e o princípio geral de que os usuários paguem pelo custo dos serviços prestados em regime de eficiência (cf. Lei 10.233/2001, art. 11, inciso IV), a diretriz de reprimir fatos e ações que configurem competição imperfeita ou infrações da ordem econômica (cf. art. 12, inciso VII) e ao objetivo de garantir a movimentação de pessoas e bens em cumprimento a padrões de modicidade nos fretes e tarifas, dentre outros (cf. art. 20, inciso II, alínea a), além da materialidade envolvida, uma vez que a sobrestadia pode representar custo significativo para os atores envolvidos com o comércio exterior (peça 11).

50. A instrução da Unidade Técnica propôs ainda a realização de oitiva para que a agência se manifestasse sobre o modelo de cobrança das *demurrages* de contêiner nos atuais moldes, apresentado na Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio; sobre a pertinência da ausência de regulamentação de critérios para a cobrança da sobrestadia de contêiner, em especial no tocante aos preços máximos, abrangendo, em sua resposta, análise quanto

a eventuais riscos decorrentes da regulação por limitação do preço máximo a ser cobrado; bem como quanto à legalidade e legitimidade de cobranças promovidas por agentes intermediários, a exemplo de agentes de carga, em valores superiores aos repassados aos armadores internacionais e eventuais ações já tomadas pela agência sobre o tema.

51. Foi também proposta realização de diligência para que fossem encaminhados cópia integral do processo administrativo que culminou com a aprovação da Resolução Normativa Antaq 18/2017; eventuais estudos sobre a modicidade dos valores diários cobrados a título de *demurrage* de contêiner dos usuários importadores e exportadores, contidos nas tabelas de preços dos principais armadores de navegação de longo curso, bem como sua comparação com a prática internacional; e ainda a situação em que se encontra o procedimento administrativo visando alterar o texto da Resolução Normativa Antaq 18/2017, com cópia dos atos já produzidos.

52. A proposta de oitiva e diligência foi acolhida e devidamente autorizada (peça 12), tendo sido atendida pela Antaq por meio da resposta dada no Ofício 297/2019-DG/Antaq (peça 15), documento ao qual foram anexados a Nota Técnica 97/2019/GRM/SRG (SEI 0865628); o Despacho GRM (SEI 0868125); e o Processo SEI 50301.001515/2014-14. Tais documentos serão analisados na presente instrução.

53. É ainda de se ressaltar que em observância ao art. 14 da Resolução TCU 315/2020 um extrato deste documento (peça 111) foi encaminhado para a Antaq para que apresentasse suas considerações em fase de construção participativa das deliberações. A análise da resposta da Antaq (peças 119 a 123) será feita ao longo desta instrução.

EXAME TÉCNICO

1 - Inexistência de omissão por parte da Antaq

54. No bojo do processo administrativo 50301.001515/2014-14 (peça 15), encaminhado pela agência, que teve por objeto a elaboração de Norma de Infrações da Navegação Marítima e de Apoio, consta a Nota Técnica 5/2015-GRM (item não digitalizável III da peça 15, p. 155), documento que expressou o entendimento inicial de que a *demurrage* impõe ao armador um ônus maior do que o simples preço do contêiner, dado os diversos custos, tais como o custo de oportunidade que se incorre no caso de não devolução do contêiner tempestivamente (item não digitalizável III da peça 15, p. 180).

55. Assim, no início do processo, defendeu-se tecnicamente a ideia de pré-fixar a quantia de sobrestadia a ser paga, limitando-a ao dobro do valor do contêiner novo (item não digitalizável III da peça 15, p. 203), o que corresponderia aos custos razoáveis com que um armador teria que arcar para a reposição de um contêiner não devolvido no prazo. Segundo o documento, o objetivo da norma proposta inicialmente seria limitar a cobrança de *demurrages* milionárias e impedir, preventivamente, casos de abuso.

56. Todavia, por meio da Nota Técnica 9/2015-GRM disposta no processo administrativo 50301.001515/2014-14 (item não digitalizável III da peça 15, p. 231), analisou-se a questão observando a existência de três alternativas possíveis: a) não exercer regulação ou qualquer tipo de interferência; b) exercer a regulação de modo a ampliar o nível de transparência e previsibilidade de valores cobrados; e c) limitar os valores máximos que podem ser cobrados a título de *demurrage* e número mínimo de dias de *freetime*.

57. A partir do referido documento, portanto, adotou-se um entendimento diverso do inicial, no sentido de que não tinham sido avaliados os impactos da imposição de um valor máximo da *demurrage/detention* de contêiner em 2 (duas) vezes o valor do bem, inclusive devido à multiplicidade de perfis de carga, tipos de contêiner, rotas, etc. e, até aquele momento, a dinâmica flexível da economia de mercado. Concluiu o documento técnico que uma estratégia sem fixação de valores teto se mostrava a mais adequada (item não digitalizável III da peça 15, p. 240).

58. É importante mencionar, conforme será visto adiante, que as alternativas acima foram apontadas no documento técnico, sem, todavia, que se fizesse uma análise contundente e robusta do custo/benefício, do impacto ou dos riscos de cada um desses caminhos. A existência foi

supostamente levantada e uma das alternativas foi escolhida, sem que houvesse o devido processo de Análise de Impacto Regulatório.

59.O assunto foi ainda tratado no Parecer Técnico 1/2016/GRM/SRG (peça 15, item não digitalizável III, p. 1.019), **que defendeu esse mesmo entendimento, no sentido de que não deveria haver a limitação quantitativa da sobrestadia. Esse foi o entendimento final adotado e que restou insculpido na Resolução Normativa Antaq 18/2017**, nos arts. 19 a 21. Vejam-se seus termos:

SEÇÃO III

DA SOBRESTADIA DO CONTÊINER

Art. 19. As regras e os valores de sobrestadia, 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 sobrestadia 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 sobrestadia 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 sobrestadia 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 sobrestadia, enquanto esta durar, a identificação do contêiner e o valor diário de sobrestadia a ser cobrado.

60.Visto isso, depreende-se que, diferentemente do que alega o denunciante, afirmar que a agência foi omissa no que se refere à sobrestadia não se demonstra um entendimento preciso. O que ocorre é que a agência fez uma escolha por uma alternativa regulatória, qual seja, a de definir alguns elementos relevantes como o de livre estadia, as causas de suspensão de prazo e o momento em que a responsabilidade se encerra.

61.Todavia, consoante a análise abaixo exposta, foram verificadas fragilidades no processo motivacional da adoção da alternativa, que não demonstrou ter analisado questões cruciais do assunto, notadamente por não ter realizado uma Análise de Impacto Regulatório.

62.A fragilidade do processo de escolha regulatória adotada pela Antaq se soma ao seu descasamento em face dos diversos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil, que impõem que a cobrança final pelo serviço de transporte seja módica e que as partes contratantes (transportadores e usuários) sejam tratadas de forma igualitária. Assim, a liberdade contratual e os costumes internacionais aceitos no transporte marítimo

encontram limites em nosso país em razão dos preceitos da lei brasileira, que exige a observância de princípios contratuais solidários, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

2 - Fragilidades no processo de tomada de decisão da escolha regulatória da Antaq a respeito da sobrestadia

Inexistência de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR)

63. Da análise do processo administrativo 50301.001515/2014-14 (peça 15, item não digitalizável, anexo III) encaminhado, verificou-se que a escolha da alternativa regulatória de não se limitar os valores máximos que podem ser cobrados a título de sobrestadia, mas tão somente enfrentar aspectos de assimetria de informação, não decorreu de uma AIR. Apesar de ter pontuado três possíveis alternativas ou opções regulatórias para a questão da sobrestadia, a Antaq não demonstrou ter feito nenhuma análise dos custos de adaptação de contratos do setor em face dos benefícios econômicos e sociais da limitação do valor da *demurrage* no Brasil.

64. A OCDE (2008) considera a AIR como um processo para identificar os custos e benefícios relevantes envolvidos com a adoção de uma regulação nova ou alteração de existentes. Ainda para a organização, a análise de impacto regulatório é uma ferramenta que pode identificar e quantificar os custos e benefícios decorrentes da adoção de uma regulação existente ou de novas propostas regulatórias, devendo abranger os seguintes elementos: i) título da proposta; ii) objetivos e os efeitos esperados da política regulatória; iii) avaliação da política; iv) considerações acerca de opções alternativas da proposta; v) análise dos impactos distributivos; vi) resultados da consulta pública; vii) estratégias de *compliance*; e viii) processos de monitoramento e avaliação.

65. Também de acordo com a Organização, a AIR deve ser sistematizada nas seguintes fases: 1. Definir o contexto político e os objetivos, em particular a identificação sistemática do problema que fornece a base à ação governamental; 2. Identificar e definir todas as possíveis opções regulatórias e não regulatórias para o alcance dos objetivos pretendidos; 3. Identificar e quantificar os impactos das opções consideradas, incluindo custos, benefícios e efeitos distributivos; 4. Desenvolver estratégias que levem à aceitação e cumprimento de cada opção regulatória, incluindo avaliações da eficiência e eficácia; 5. Desenvolver mecanismos de monitoramento para avaliação do sucesso das proposições regulatórias; e 6. Incorporar a prática da consulta pública, de forma que todos os agentes possam participar do processo regulatório, fornecendo informações acerca dos custos e benefícios das alternativas existentes, incluindo a sua eficácia.

66. Já segundo as Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018), as análises e o resultado da AIR devem ser apresentados no Relatório de AIR, a ser disponibilizado aos tomadores de decisão e ao público em geral. O Relatório permitirá aos tomadores de decisão: (a) ter melhor conhecimento sobre a real necessidade de ação da agência; (b) distinguir as alternativas de ação possíveis, as vantagens e desvantagens de cada uma; e (c) tomar uma decisão melhor embasada e ter maior segurança sobre seus possíveis efeitos. Para o público em geral, o Relatório de AIR deve ser capaz de comunicar de modo claro: (a) o problema identificado e a necessidade de intervenção da agência; (b) os benefícios esperados com a ação recomendada e porque ela foi escolhida frente às demais opções disponíveis; e (c) as restrições ou obrigações geradas pela intervenção recomendada e como ela será implementada.

67. Vale reforçar que a Lei 13.874/2019, em seu art. 5º, bem como a Lei 13.848/2019, em seu art. 6º, *caput*, em razão da relevância conferida ao processo decisório das agências reguladoras, estabeleceram a obrigatoriedade do uso da Análise de Impacto Regulatório para garantir a transparência das medidas regulatórias adotadas. Nesse sentido, a lei reforça a necessidade de motivação, com indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam as decisões; a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório (AIR), nos casos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados; bem como o incentivo à participação da sociedade, mediante consulta pública.

68.Recentemente foi editado o Decreto 10.411/2020, que regulamenta o uso da ferramenta. Cumpre salientar que, em seu art. 4º, prevê-se que a dispensa do uso da AIR exige observância de algumas hipóteses e deve decorrer sempre de uma decisão fundamentada do órgão.

69.Importa destacar que esse assunto foi tratado no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 419/2018-TCU-Plenário, resultando em determinação para que a Anatel elaborasse estudo para avaliar a adequação e atualidade do parâmetro mínimo de cobertura do serviço de telefonia móvel definido pela agência e exigido das operadoras.

70.Encaminhado o extrato (peça 111) desta análise para comentários dos gestores, a Antaq respondeu alegando que a existência de Notas Técnicas no bojo do mencionado processo administrativo embasou a tomada de decisão da diretoria da Agência e demonstra que foi sim feita uma AIR (peças 120, p. 3 e 121, p. 1).

71.Ocorre que, comparando a situação encontrada no processo administrativo 50301.001515/2014-14 (peça 15) com o modelo ideal de uma AIR tratado acima, verifica-se que nada disso foi feito no processo de elaboração da Resolução Normativa 18/2017, nem do ponto de vista formal e nem do ponto de vista material uma vez que as Notas Técnicas contidas no processo se limitam a fazer afirmações de que os debates jurídicos trazem consideráveis impactos regulatórios, que a adaptação dos contratos a um eventual enquadramento jurídico é uma tarefa muito árdua para os transportadores marítimos e que a adoção da natureza de cláusula penal traria enormes prejuízos ao setor. São afirmações vagas e abstratas e sem comprovação empírica.

72.Assim, constata-se que não há uma ponderação sobre efeitos de uma possível limitação quantitativa dos valores de sobrestadia, nem tampouco identificação e quantificação de impactos das opções consideradas. Importa concluir que a Resolução Normativa 18/2017 não resultou de uma AIR.

73.Tanto não foi feita a AIR que em 2020 foi aberto o Processo Administrativo 50300.010899/2020-14, encontrado no bojo dos processos administrativos que envolvem o tema da sobrestadia de contêiner encaminhados pela Antaq em resposta ao Ofício de Requisição 32492/2020-TCU/Seproc (peça 19). Dito processo tem por objeto a propositura, por parte do corpo técnico da agência, da elaboração de uma AIR versando sobre as vantagens de desenvolver uma metodologia para determinar a abusividade na cobrança de sobrestadia de contêiner e posterior submissão de proposta normativa para envio a uma audiência pública.

74.No processo, há uma tabela com as fases a serem percorridas, contemplando desde elaboração de Relatório da Análise, passando por etapa de participação social e audiência pública, tendo esta última previsão para agosto de 2021. O produto final é esperado para 29/12/2021 (peça 31, p. 10-13). De acordo com a última informação do processo, o mesmo aguarda apreciação pela Diretoria da Antaq para aprovação e continuidade, tendo o sorteio do relator sido feito em 13/7/2020 (peça 31 p. 21). A mesma informação foi trazida pela Antaq na peça 120, sob a alegação de que a Agência reconhece a necessidade de aperfeiçoamento da regulação.

75.Sobre esse ponto, inicialmente havia sido elaborada uma proposta de encaminhamento para que, com fundamento no art. 27, incisos II e IV da Lei 10.233/2001, bem como no art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019 e ainda no art. 3º e arts. 5º a 15 do Decreto 10.411/2020, a Antaq realize, no prazo de 180 dias, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobrestadia de contêiner (*demurrage*), observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018).

76.Todavia, no documento apresentado na peça 120 a Antaq requereu que o prazo para finalização dos trabalhos seja o do ciclo da Agenda Regulatória, que se encerra em dezembro de 2021. Foi ainda realizada uma reunião entre a SeinfraPortoFerrovia e os técnicos da Antaq, que alegaram que cumprir uma determinação de desenvolver uma AIR em 180 dias seria uma tarefa inexecutável. Portanto, será acatado o pleito e o prazo a ser proposta será o fim da Agenda Regulatória (final de 2021).

Motivação Insuficiente

77. Considerando a materialidade envolvida na cobrança de sobrestadia no mercado de transporte aquaviário de carga containerizada, a adoção de uma política regulatória envolvendo a questão exige uma motivação robusta que leve em conta e expresse de maneira fundamentada a ponderação entre as opções regulatórias possíveis. Além de trazer mais segurança jurídica e transparência ao processo, diminuindo as margens para que se beneficie um indivíduo ou grupo de indivíduos em detrimento da sociedade e do interesse público, confere ao processo de tomada de decisão legitimidade e legalidade, em observância do princípio da motivação.

78. O princípio da motivação, princípio implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, consiste na exposição dos elementos que ensejam a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão. Cabe ao administrador justificar, de maneira expressa, a necessidade de criação ou alteração de norma de interesse geral dos agentes econômicos ou usuários de um serviço prestado, considerando as exigências associadas à isonomia, à impessoalidade e à probidade.

79. O dever de motivar as decisões administrativas, além de um princípio geral derivado do Estado de Direito Republicano, é expressamente referido pela legislação quando se trata da alteração de contratos administrativos. A necessidade de motivação, justificando a alteração, permite o controle da realidade dos motivos apresentados e da sua consistência.

80. Assim sendo, a decisão de não limitar o valor da sobrestadia deveria estar embasada em estudos e da demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado (art. 20, inciso II, alínea 'b', da Lei 10.233/2001; arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999).

81. Afirmações abstratas, sem demonstração robusta através de análises ou estudos, feitas nos documentos técnicos encontrados no processo administrativo 50301.001515/2014-14 de que os debates jurídicos trazem consideráveis impactos regulatórios, que a adaptação dos contratos a um eventual enquadramento jurídico é uma tarefa muito árdua para os transportadores marítimos e que a adoção da natureza de cláusula penal traria enormes prejuízos ao setor não preenchem o requisito necessário de motivação do processo decisório adotado na agência.

82. Assim, será feita proposta de dar ciência à agência de que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão, feitos sem demonstração robusta através de análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b'.

Falta de enfrentamento da natureza jurídica e efeitos adversos da escolha

83. Um outro ponto que chama atenção para a fragilidade da análise feita pela Antaq no processo administrativo 50301.001515/2014-14 foi o fato de ter optado por não enfrentar a natureza jurídica da *demurrage*, haja vista as importantes consequências do enquadramento legal da cobrança para adoção de um possível mecanismo regulatório de limitação ou não. Também chamam atenção os argumentos que foram utilizados para a adoção dessa postura, sem que tenha sido demonstrada no processo uma análise aprofundada dos seus impactos.

84. No Parecer Técnico 1/2016/GRM/SRG (peça 15, documento não digitalizável III, p. 1.027), a equipe técnica da Gerência de Regulação da Navegação Marítima da Antaq assevera seu ponto de vista sobre a necessidade de definição da natureza jurídica da *demurrage*:

63. À primeira vista, a questão cinge-se a debates jurídicos. Contudo, como apontado na Nota Técnica nº 20/2015-GRM, há consideráveis impactos regulatórios que não podem ser ignorados, não bastando a análise do ponto de vista jurídico sem o posicionamento técnico sobre a matéria. A depender do enquadramento como indenização ou cláusula penal haverá problemas diversos.

64. Na primeira hipótese, adotando como premissas as diferenças indicadas entre os dois institutos na Nota Técnica nº 20/2015-GRM – que, ressalte-se, a Procuradoria acatou como corretas, a ANTAQ teria que tomar postura contrária ao estabelecimento prévio de valores de sobrestadia.

65. Diante disso, seriam sentidos imediatamente impactos regulatórios graves. Em primeiro lugar, as disposições que o novo texto da norma contém sobre a previsibilidade dos valores cobrados perderiam o sentido. Assim, o esforço da GRM para assegurar a transparência nas negociações seria completamente descartado. Vide a redação do art. 19, que teria que ser excluído:

Art. 19. As regras e os valores de sobrestadia, bem como o número de dias de livre estadia do contêiner deverão ser informados até a confirmação da reserva de praça a quem for responsável pelo seu pagamento.

66. Em segundo lugar, o setor passaria forçosamente por uma reestruturação nos seus contratos e conhecimentos de carga, que não mais poderiam conter tais cláusulas.

67. Adaptados os instrumentos contratuais ao novo entendimento, os transportadores marítimos, ao efetuarem a cobrança da sobrestadia, teriam que demonstrar efetivamente os prejuízos sofridos, **tarefa muito árdua**, uma vez que depende de diversas conjecturas que podem ou não se realizar.

68. É que, em tese, os valores de sobrestadia têm como objetivo compensar o lucro que o transportador marítimo deixa de efetuar por não ter à sua disposição o contêiner dentro do prazo. Devem ser levados em consideração, portanto, contratos hipotéticos que seriam firmados caso o contêiner estivesse em sua posse.

69. Por fim, abriria espaço para diversos questionamentos, inclusive perante a ANTAQ, sobre a correspondência dos valores cobrados com os prejuízos alegados pelos transportadores marítimos. O surgimento de tais demandas na agência não encontraria resposta imediata, uma vez que faltam diversos dados para que uma análise nesse sentido seja feita por seus especialistas.

70. A definição da sobrestadia como cláusula penal, por sua vez, traz seus próprios problemas, bem elucidados na Nota Técnica, nos parágrafos 42 a 44:

Por outro lado, o entendimento da sobrestadia de contêiner como cláusula penal traz outras implicações que poderiam causar enormes prejuízos ao setor. Trata-se, especificamente, do art. 412 do Código Civil:

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

Entendido assim o assunto, a questão tomaria rumo não menos espinhoso. Seria necessária a definição do que faria parte da obrigação principal: a disponibilização do contêiner, o próprio contêiner, o frete? Ultrapassada essa etapa, teriam que ser estabelecidos os limites aos valores de sobrestadia. A depender do que se entende por obrigação principal, a regulação inseriria complicações graves.

Se, por exemplo, compreende-se que a obrigação principal é o próprio contêiner, ter-se-ia que a sobrestadia não poderia ultrapassar seu valor. Tal hipótese seria impensável, por estimular a não devolução das unidades de carga e, conseqüentemente, causar déficits irreversíveis tanto nas finanças das empresas de navegação quanto na oferta de contêineres disponíveis para o transporte de cargas.

(destaques nosso)

85. Da leitura dos trechos acima, percebe-se que a fundamentação aduzida pela agência reguladora para defender sua intervenção apenas sobre aspectos de assimetria de informação e não sobre os valores da sobrestadia se sustenta no argumento de que a natureza jurídica da *demurrage* é muito

complexa e suscetível a debates, e a adoção de uma das posições possíveis não traria benefícios regulatórios.

86.Com efeito, a natureza jurídica da sobrestadia de contêiner ainda não foi unificada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Ora ela é enquadrada como cláusula penal, ora como indenização por danos materiais em matéria de responsabilidade civil. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem apontado se alinhar com o entendimento de ter a *demurrage* natureza de indenização.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBRESTADIAS DE CONTÊINERES. DEMURRAGE. LEGITIMIDADE PASSIVA.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. NATUREZA JURÍDICA DE INDENIZAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu pela legitimidade passiva da agravante sob o fundamento de que ficou comprovada, por meio de documentos constantes dos autos, sua responsabilidade contratual pela devolução dos contêineres, bem como o descumprimento do prazo contratado. A alteração desse entendimento encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "as 'demurrages' têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, sendo necessária, apenas, a comprovação da mora na devolução dos contêineres" (AgInt no AgInt no AREsp 868.193/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 02/03/2018). Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1377789/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 27/06/2019)

87.Entretanto, é importante asseverar que ainda não há um entendimento de caráter processual repetitivo. Portanto, o assunto ainda não está plenamente assentado na jurisprudência da corte superior.

88.A despeito disso, como agência reguladora, a Antaq é hoje o ente público mais capaz de obter informações e, conseqüentemente, de compreender de forma precisa o enquadramento jurídico da sobrestadia. Seu posicionamento regulatório acerca da natureza da questão poderia dar segurança jurídica e lançar luz sobre o tema, colaborando inclusive na pacificação da questão no poder judiciário.

89.Some-se a isso o fato de que afirmar que a existência de debates jurídicos em torno do assunto e que a adoção de uma natureza jurídica em detrimento de outra traz consideráveis impactos regulatórios sem a demonstração, com estudos ou dados técnicos, não pode ser considerado um argumento suficiente para a escolha feita. Isso porque esses impactos não foram especificados, analisados e nem demonstrados no processo de formação da Resolução Normativa Antaq 18/2017, em virtude de não ter sido feita uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) envolvendo a discussão, consoante se demonstrou acima.

90.Ainda se deve considerar que o mero argumento de que a adoção em norma de um determinado enquadramento jurídico para a sobrestadia (indenização ou cláusula penal) configuraria uma "tarefa muito árdua" para os transportadores marítimos a fim de adaptarem seus contratos a um novo entendimento também não pode servir de base para que a agência decidisse se abster de enfrentar a natureza jurídica da cobrança e, conseqüentemente, de limitar valores. Seria necessário, para tanto, estudar e demonstrar que os custos regulatórios da medida seriam superiores aos benefícios sociais e econômicos para o mercado como um todo, considerando não apenas os transportadores, mas também os usuários, que são, sim, partes hipossuficientes no contexto da navegação marítima no Brasil e no mundo, haja vista o poder daqueles que ofertam os serviços em um mercado oligopolizado como o da navegação de carga containerizada.

91. Agregue-se, também, que o entendimento expressado de que a adoção do caminho da cláusula penal traria enormes prejuízos ao setor, sem a demonstração de quanto seria esse prejuízo, não é um argumento válido e esperado tecnicamente de uma agência reguladora, tendo em vista que considera apenas os benefícios auferidos pelos transportadores e desconsidera o lado do usuário, que tem o direito de contratar o transporte em regime de eficiência, bem como desconsidera a visão de país, de nação, posto que o elevado valor do frete e de eventuais valores acessórios a ele relacionados e que lhes são intrínsecos, como a sobrestadia, impacta a competitividade do produto nacional.

A importância da definição da natureza jurídica da sobrestadia e o dever de motivação dos atos da Antaq

92. A definição da natureza jurídica do instituto da sobrestadia de contêiner é crucial para estabelecer a política regulatória sobre o assunto. Por isso, a decisão da Antaq de se abster de se posicionar em relação a natureza jurídica da sobrestadia fragiliza a legitimidade da escolha da alternativa adotada e gera insegurança jurídica no mercado regulado.

93. A definição da sobrestadia foi feita logo no início da presente instrução. Em breve síntese, constitui a cobrança feita no porto de origem ou de destino sempre que o tempo livre (usado no desembarço das mercadorias) estipulado pelo transportador marítimo ou intermediário para devolução da unidade contentora é ultrapassado. Na exportação (porto de origem) a cobrança é denominada de *detention*. Na importação (porto de destino), ela é tratada como *demurrage*.

94. A dúvida quanto a natureza jurídica da sobrestadia consiste em saber como enquadrar esse período de dias “extras” no contexto da operação. Seria uma indenização pelas perdas advindas pela demora na devolução do contêiner ou uma cláusula contratual penal para incentivar a devolução do contêiner?

95. No caso em apreço, a indefinição por parte do órgão regulador sobre a natureza da sobrestadia gera insegurança jurídica no mercado regulado, aumentando o índice de judicialização da questão, conforme relatado pelo denunciante. A indefinição da natureza jurídica também afeta a própria discussão quanto aos limites quantitativos da cobrança da sobrestadia, e os custos totais do transporte aquaviário de contêiner no Brasil.

96. Como agência reguladora que é, dotada de autonomia e independência técnica e especializada no tema do setor aquaviário, a Antaq é plenamente capaz de compreender de forma precisa o enquadramento jurídico da sobrestadia. Seu posicionamento regulatório acerca da natureza da questão poderia dar segurança jurídica e lançar luz sobre o tema, colaborando inclusive na pacificação da questão no poder judiciário. Para minimizar a insegurança jurídica e para definir as consequências regulatórias da cobrança, a agência tinha o dever de enfrentar a questão da natureza jurídica, mesmo que isso importasse ir de encontro ao posicionamento que vem se formando no judiciário.

97. Portanto, verifica-se que a motivação expressada no documento técnico em referência, que serve de base para a adoção do entendimento de que a agência não deveria entrar na discussão da natureza jurídica da sobrestadia e não limitar quantitativamente a sobrestadia no Brasil, não apresenta a fundamentação mínima necessária, desobedecendo o dever de motivação dos atos e caracterizando vícios materiais que precisam ser corrigidos.

98. Adiante, serão trazidas algumas considerações sobre o enquadramento da sobrestadia nas duas possibilidades consideradas pelas correntes dominantes na atualidade (indenização ou cláusula penal), que afetam as consequências dos limites quantitativos da cobrança da *demurrage*.

Sobrestadia como indenização

99. Para tentar enquadrar a sobrestadia de contêiner no conceito de indenização é imprescindível compreender os fundamentos da teoria da responsabilidade civil, que se sustenta na máxima de que o dever de indenizar nasce quando um ato ilícito praticado por alguém gera danos.

100. Doutrinariamente, Diniz (2006) define a responsabilidade civil como o dever de reparação imposto a alguém em razão de ter causado um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, por

ato próprio ou de outrem por quem responde. O valor da indenização serve para recompor o patrimônio perdido por conta do dano.

101. O assunto é tratado no Código Civil nos seguintes dispositivos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

102. Os dispositivos legais acima conferem previsão, portanto, aos quatro elementos básicos ou pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o agente, a ação, o dano e o nexo de causalidade. O agente é aquele que pratica a ação, comissiva ou omissiva, e quem tem o dever de arcar com as consequências danosas. O nexo causal é a relação necessária entre a ação e o dano por ela causado, que demonstra que sem a ação seria muito difícil de ocorrer o dano.

103. O último elemento, o dano, é o mais importante para fim da discussão acerca da sobrestadia, se encarada como indenização. Na lição de Venosa (2006), o dano é o prejuízo suportado pelo agente. Tendo em vista que a indenização configura uma reparação, uma recomposição do dano ou do prejuízo sofrido pela parte que a reclama, é óbvio que a indenização não poderá ser superior ao dano. É o que preceitua o art. 944, *caput*, do Código Civil, no seguinte sentido:

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, equitativamente, a indenização.

104. Nesse sentido, se enquadrada no conceito de indenização, a sobrestadia não poderia ultrapassar o limite do dano, ou seja, o valor do que o transportador deixou de ganhar com o contêiner parado, o que nos remete ao valor do próprio frete naquele período, podendo ainda se imaginar a recomposição do prejuízo do próprio contêiner. Ultrapassado esse valor, deve ser reduzido de forma equitativa nos termos do art. 944 do Código Civil.

105. Ante a ausência de dispositivo legal específico que regule a *demurrage* de contêiner, a jurisprudência pátria acolheu o caráter indenizatório, por entender que se trata de uma indenização prefixada em contrato no caso de devolução tardia da unidade de carga, afastando a aplicação do regime jurídico de cláusula penal.

106. Assim, há diversas decisões no âmbito do poder judiciário que entendem que a cobrança da *demurrage* ou sobrestadia tem natureza jurídica de indenização prefixada por descumprimento contratual, a fim de compensar o proprietário pela retenção do cofre por prazo superior ao convencionado, independentemente da demonstração de culpa.

107. Nesse ponto, insta destacar que Marchioli (2019) faz uma reflexão muito importante sobre isso. Para o autor, o instituto da *demurrage* é oriundo de países cujo sistema jurídico é influenciado preponderantemente pela doutrina anglo saxã, reflexo do *common law*. É o caso da Inglaterra (país com forte tradição no transporte marítimo), onde o costume é fonte do direito de hierarquia equiparada ou até superior aos normativos positivados. No sistema legal da *common law*, os entendimentos jurisprudenciais levam fortemente em consideração o uso dos costumes. Nesse sentido, segundo o autor, a *demurrage* acabou sendo entendida como uma indenização que deve ser paga independentemente da prova do dano.

108. Todavia, é preciso compreender que o Brasil não é um país de influência da *common law*. Pelo contrário, somos um país de *Civil Law*, do direito positivado, escrito, onde a fonte

preponderante do direito é a lei e não o costume. Assim, o costume deve observar os ditames legalmente previstos e positivados em lei e o Código Civil apenas afasta o dever de liquidação do dano nos casos de cláusula penal, consoante o previsto no art. 416. Veja-se:

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.

109. Ora, se há o entendimento jurisprudencial de que a sobrestadia é uma indenização e não uma cláusula penal, entendimento este que parece ter sido seguido pela Antaq, não se pode excluir a necessidade de se demonstrar a existência do prejuízo, que deve sempre ser liquidado e ter por parâmetro a quantidade de fretes e os respectivos valores a eles atinentes, que deixou de auferir sem o equipamento à sua disposição. Assim, a quantia máxima recuperável deve representar as perdas resultantes do atraso na devolução da unidade de carga. Os valores pré-fixados em contrato devem corresponder à cobertura das perdas de frete afetadas pelo atraso ou da consequente redução no número de viagens.

110. Portanto, diferentemente do que aduziu a Antaq, mesmo que a jurisprudência admita que a sobrestadia tem natureza indenizatória, o ponto é que o seu valor, se assim entendido, deve corresponder ao prejuízo que foi efetivamente sofrido pela empresa de navegação e a ele deve ser limitado e é completamente irrazoável e desproporcional que esse valor ultrapasse o mesmo quando não prevista contratualmente. Mantido pela Antaq o entendimento de que a sobrestadia é uma indenização, o dever de comprovar o dano deve estar presente na norma regulatória existente.

Sobrestadia como cláusula penal

111. Há ainda o entendimento, como o que defende o denunciante, de que a sobrestadia tem a natureza de cláusula penal. Dito instituto está positivado na legislação pátria nos artigos 408 e seguintes do Código Civil e é classificado como uma das modalidades das obrigações, reforçando, assim, o caráter de obrigação acessória e condicional. Conceituando o instituto, Venosa (2005) discorre que cláusula penal é uma obrigação de natureza acessória. Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo.

112. Na acepção de Pereira (2018):

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação. Pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado (Código Civil de 2002, art. 409), e constitui uma das mais importantes modalidades de promessa condicionada.

113. A cláusula penal só tem lugar quando o devedor deixar de cumprir a prestação convencional. Por isso, ela tem um caráter de obrigação acessória, que induz um comportamento corretivo (no caso da sobrestadia, o de devolver o contêiner no prazo indicado).

114. Dentre as funções da cláusula penal, infere-se o efeito intimidativo/coercitivo e a prefixação dos prejuízos, com o objetivo maior de compelir ao cumprimento da obrigação que primeiro se deseja (a principal). Caso descumprida, se transforma em uma indenização da parte prejudicada pela morosidade ou pelo não cumprimento da obrigação estabelecida no contrato.

115. É importante destacar que o art. 408 do Código Civil prevê que “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

116. A aplicação da cláusula penal, portanto, depende da aferição de culpa ou dolo. No entendimento de Pereira (2018), este, o dolo, é tido como a vontade direta de prejudicar. Já a culpa ocorre diante de simples negligência, imprudência ou imperícia.

117. A importância de uma análise e verificação de existência de conduta imputável ao usuário do transporte marítimo nos casos concretos é justificável e essencial, este contrato, por

envolver atividades de grande complexidade, faz com que o sucesso de algumas delas não dependam unicamente do agir das partes contratantes. O inadimplemento do contrato pode tanto ocorrer por força de eventos da natureza, como deslizamentos de encosta, tempestades, enchentes, bem como por fato de terceiro alheio à relação contratual, como greve de auditores fiscais, atraso na liberação da mercadoria, interrupção de vistorias etc.

118. Desta forma, havendo eventos imprevisíveis ou obstáculos à execução das obrigações, sem culpa do devedor, não há que se falar em cláusula penal.

119. Há uma parcela minoritária da doutrina e da jurisprudência, linha a que se alinha o denunciante, de que a sobrestadia é cláusula penal. Seria, nesse contexto, a sobrestadia uma penalidade estipulada em contrato entre o tomador da unidade de carga e aquele que a disponibilizou, razão pela qual se exige a comprovação da responsabilidade subjetiva dele (culpa ou dolo).

120. Marchioli (2019) alinha-se a essa linha de pensamento e entende a *demurrage* sob a perspectiva de cláusula penal por entender que “tem grande potencial inibidor do enriquecimento sem causa, porque restringe a possibilidade de indenização além das perdas e danos (ou lucro cessantes) realmente sofridos pela parte prejudicada, na linha dos arts. 402, 403 e 884 a 886 do Código Civil de 2002”.

121. Analisando as características da sobrestadia, de induzir o comportamento do usuário do transporte de devolver o contêiner ao transportador, verifica-se que, diferentemente do que entende o poder judiciário, a sobrestadia está muito mais alinhada com a natureza de cláusula penal e não de indenização, derivando do Conhecimento de Transporte Marítimo, cujo principal objeto é o transporte da carga de um ponto a outro mediante o pagamento do frete.

122. Seu caráter de cláusula penal nasce exatamente da prefixação de um valor já liquidado para a compensação de eventual prejuízo diante do não cumprimento da obrigação acessória, qual seja, a da não devolução tempestiva do contêiner. Daí surge a penalidade, já predeterminada em contrato, seja no conhecimento de transporte, seja no Termo de Compromisso de Devolução do Contêiner, nos exatos termos do artigo 408 do Código Civil.

123. Nesse sentido, se alinharia a *demurrage* com dinâmica do transporte marítimo, dispensando a prova do dano, o que evitaria que o transportador tenha que comprovar, caso a caso, seus prejuízos. Todavia, como obrigação acessória, seu valor fica limitado ao frete, que é objeto do contrato principal, em observância ao que dispõe o art. 412 do Código Civil: “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

124. Já o artigo 413 do Código Civil (CC) prescreve: “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.”

125. Sustentando o aspecto de cláusula penal da sobrestadia, Oto Salgues ():

A sobrestadia, muito embora cláusula contratual penal, traz benefícios às partes contratantes. Com a estipulação de valor pecuniário por dia ou pro rata, o afretador tem consciência de mesmo que não cumpra com o tempo estipulado (*free time*) para embarque ou descarga, poderá continuar a embarcar ou descarregar mediante o pagamento da sobrestadia (que será apurada ao final da operação), e não corre o risco de ter sua venda (das mercadorias se for o vendedor) ou o transporte (se for o operador de navios) frustrado. Já o transportador, da mesma forma, não poderá simplesmente zarpar com o navio quando do término do tempo estipulado, porque terá direito à sobrestadia.

126. Sob a perspectiva do usuário das unidades de carga, evidenciam-se pontos positivos na adoção da cláusula penal, a citar: a) a sobrestadia só será devida caso o inadimplemento tenha ocorrido por fato imputável ao exportador/importador; b) possibilidade de ter a ciência prévia do valor a ser pago no caso de descumprimento contratual; c) limitação do valor pelo que preceitua o art. 412 do CC ou pelo valor do contêiner. Por outro lado, ponto negativo salta aos olhos, pois

independentemente de ter havido prejuízo por parte do armador, ou tendo este sido menor, a cláusula penal será sempre devida.

127. Demonstrados acima que a fixação da natureza jurídica do instituto traz consequências distintas em relação ao montante possível de sobrestadia e à maneira de comprovação, verifica-se que a Antaq não poderia se furtar a enfrentar a discussão acerca do enquadramento legal da cobrança. É preciso sim haver uma definição, a fim de dar segurança jurídica aos *players* do mercado. Note-se que um ou outro enquadramento (indenização ou cláusula penal) trará consequências para os valores cobrados. Se entendido como indenização, deve esta se limitar ao prejuízo causado, devendo este ser demonstrado, o que deveria estar previsto na norma da Antaq. Por outro lado, se entendido como cláusula penal, o valor da *demurrage* está limitado ao valor da obrigação principal e, portanto, ao valor do frete.

128. Diante do exposto, será, ao final, elaborada proposta de encaminhamento a fim de que, na Análise de Impacto Regulatório, a agência analise e se posicione sobre a natureza jurídica da cobrança.

A cartilha da Antaq

129. Feitas as considerações dos possíveis enquadramentos jurídicos da *demurrage*, passa-se agora a tecer considerações sobre a Cartilha da Antaq lançada em 2018 sobre o assunto (peça 3, p. 147).

130. A Cartilha define que *demurrage* ou sobrestadia do contêiner é o valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos dias que ultrapassarem o *free time* (prazo livre de cobrança, acordado previamente).

131. Diz ainda que os valores de sobrestadia são livremente negociados e que possui dupla finalidade: (i) ressarcimento das perdas e danos do transportador marítimo (frete que deixou de obter e prejuízos logísticos com reposicionamento de contêineres, por exemplo); (ii) compelir à devolução do contêiner. Ao final, a cartilha destaca que a sobrestadia não possui a natureza jurídica de cláusula penal e sua cobrança não é limitada ao valor do contêiner ou do frete.

132. As duas finalidades acima mencionadas são distintas e induzem ao enquadramento da cobrança em institutos jurídicos diferentes, cada um com os seus efeitos e suas consequências, de acordo com o que fora acima exposto. 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 mistura dos institutos em análise acarreta insegurança jurídica e, no caso dos valores de sobrestadia, tem por consequência possibilitar que o transportador exija valores que em muito ultrapassam o frete em si, que deveria ser o objeto principal do exercício da atividade (o transporte).

133. Não se pode pretender enquadrar a sobrestadia em dois institutos distintos para justificar a cobrança e simplesmente ignorar as características e regras atinentes a um deles (cláusula penal) apenas para que não haja a limitação do valor a ser pago. Se enquadrada como indenização, tem de haver a demonstração do prejuízo a ser ressarcido e as devidas alterações nos contratos e nas normas que regulamentam a *demurrage* têm de ser feitas. Por outro lado, se a finalidade é compelir à devolução do contêiner, o único instituto jurídico cabível é a cláusula penal e, por isso, o seu valor fica limitado ao valor do principal (o frete).

134. Pelo contrário, a Antaq, em sua Cartilha, bem como na Resolução Normativa 18/2017, nem exigiu a comprovação dos valores devidos a título de prejuízo e nem limitou a cobrança ao valor do principal (o frete).

135. A forma como está escrita a cartilha decorre da própria falta de posicionamento da agência sobre a natureza jurídica da sobrestadia, acarretando no aumento da insegurança jurídica no setor e da judicialização da questão, bem como no aumento do custo final do transporte uma vez que abre espaço para cobrança de valores excessivos de sobrestadia, mesmo que possam vir a ser posteriormente questionados e até cancelados pela atuação da Antaq ou do Poder Judiciário.

136. Ocorre que, a Agência trouxe ao conhecimento desta Unidade Técnica mediante as suas manifestações colaborativas (peça 120, p. 5) **de que já reconheceu a insegurança jurídica provocada pela cartilha sob análise e a Resolução 7935-Antaq (peça 123) suspendeu os efeitos da mesma até que o tema seja esgotado no âmbito do Processo 50300.010899/2020-14, que trata do desenvolvimento de metodologia para cálculo e cobrança de sobrestadia já mencionado acima.**

137. Assim, inicialmente, havia sido elaborada proposta de encaminhamento, com base na necessidade de respeito ao princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, bem como no dever de motivação, implícito na Constituição Federal e explícito no art. 50 da Lei 9.784/1999, e com base ainda no art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019, para que a Antaq retire de circulação os trechos da cartilha que tratam de *demurrage* de contêiner e que somente publique uma nova ao término da AIR a ser igualmente sugerida. Todavia, dita proposta não será mais mantida nas propostas feitas ao final desta instrução.

3 – O alicerce da política regulatória adotada - liberdade contratual e os costumes internacionais aceitos no transporte marítimo - encontra limites na Lei 10.233/2001 e em princípios contratuais solidários, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

138. Foi demonstrado acima que houve fragilidades no processo de tomada de decisão da opção regulatória escolhida pela agência, haja vista a inexistência de uma AIR, de um exame do custo/benefício ou do impacto de medidas regulatórias que pudessem limitar o valor da cobrança de sobrestadia.

139. Passa-se, então, a analisar o descasamento da alternativa regulatória adotada pela Antaq em face dos diversos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil que impõem (i) que a cobrança final pelo serviço de transporte seja módica, (ii) que as partes contratantes (transportadores e usuários) sejam tratadas de forma igualitária, (iii) que exigem a observância de princípios solidários de respeito aos contratos, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva e (iv) o de que costumes, mesmo os internacionais, sejam recepcionados no Brasil apenas quando forem observadas as disposições legais aqui vigentes.

Aplicação de padrões de modicidade

140. Tem razão o denunciante ao afirmar que a limitação de cobrança da sobrestadia está sim alcançada pelo princípio da modicidade garantido pelo nosso ordenamento jurídico.

141. Inicialmente, cumpre apontar que os preceitos legais do Sistema Nacional de Viação preconizam como objetivo essencial garantir a operação racional e segura do transporte de pessoas e bens, conforme previsão do art. 4º, inciso II, da Lei 10.233/2001, que é a lei que, dentre outras questões, normatiza a própria atuação da Antaq.

142. O art. 4º, inciso II e §2º, da Lei 10.233/2001 estabelecem que se deve preconizar por uma gestão eficiente dos recursos envolvidos nos transportes de pessoas e bens, a fim de tornar mínimos os custos operacionais e os fretes e tarifas. Importante observar ditos dispositivos na íntegra:

Art. 4º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação:

I – dotar o País de infraestrutura viária adequada;

II – garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens;

III – promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

§1º Define-se como infraestrutura viária adequada a que torna mínimo o custo total do transporte, entendido como a soma dos custos de investimentos, de manutenção e de operação dos sistemas.

§2º Entende-se como operação racional e segura a que se caracteriza pela gerência eficiente das vias, dos terminais, dos equipamentos e dos veículos, objetivando tornar mínimos os custos

operacionais e, conseqüentemente, os fretes e as tarifas, e garantir a segurança e a confiabilidade do transporte.

143. É importante atentar para os detalhes das expressões utilizadas em todo o dispositivo, a fim de que seja possível construir uma interpretação sistemática da norma. Nesse contexto, note-se que enquanto o inciso I do *caput* e o §1º do art. 4º se referem a infraestrutura, o inciso II e o §2º se voltam para a operação, ou seja, serviço, alcançando, portanto, o serviço de transporte prestado pelos transportadores da navegação marítima nacional e internacional.

144. Dessa maneira, é possível concluir que logo no início da Lei 10.233/2001, em seu art. 4º, o legislador delimita um marco hermenêutico que pauta a interpretação de seus demais dispositivos normativos, elevando ao patamar de objetivo essencial a minimização dos custos operacionais do transporte.

145. Assim, a modicidade deve ser compreendida de maneira ampla, posto que o comando normativo diz “tornar mínimos os custos operacionais e, conseqüentemente, os fretes e tarifas”. Isso é de todo relevante, pois a preocupação do legislador em relação ao custo do transporte não se limita ao frete e tarifa, diferentemente do entendimento da agência reguladora.

146. Compreendido esse primeiro objetivo essencial previsto na Lei 10.233/2001, deve-se chamar a atenção para o art. 20, inciso II, alínea a, que estabelece como um dos objetivos da Antaq a regulação ou supervisão das atividades de prestação de serviços com vistas a garantir a movimentação de bens em cumprimento a padrões de modicidade. Veja-se:

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

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura 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;

147. A partir de sua leitura, verifica-se que deve ser um objetivo da Antaq regular a atividade de prestação de serviço (de transporte aquaviário) com o fim de garantir a modicidade de fretes e tarifas. Todavia, por uma necessidade de interpretação sistemática da norma, em conjunto, assim, com o objetivo essencial previsto no art. 4º acima mencionado, que esse conceito de frete e tarifa seja visto de forma ampla, alcançando cobranças outras, mas que estão intrinsecamente atreladas ao conceito puro e simples de frete, como é o caso da sobrestadia. Do contrário, não se alcança um custo operacional módico do transporte. Ora, se é cobrado um frete baixo, mas um outro custo indireto elevado é cobrado do usuário, o custo do transporte como um todo permanece alto, indo de encontro ao espírito do legislador.

148. Relevante apontar que a interpretação acima descrita, de que a modicidade deve ser interpretada de maneira ampla para alcançar não apenas fretes e tarifas de forma estrita, foi recepcionada pela própria agência ao elaborar o art. 3º, inciso VII, da Resolução Normativa 18, que estabelece:

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; e

149. A condição é reproduzida no art. 6º, inciso VII, da mesma norma, ao tratar do serviço adequado para as empresas brasileiras de navegação e de apoio marítimo. Veja-se:

Art. 6º As EBN de apoio marítimo e portuário devem observar permanentemente, no que couber, as seguintes condições para a prestação do serviço, operação ou disponibilidade contratada, de forma adequada:

VII - modicidade, caracterizada pela adoção de preços, taxas e **sobretaxas** em bases justas, transparentes e não discriminatórias e que reflitam o equilíbrio entre os custos das operações e disponibilidade contratada e os benefícios oferecidos ao usuário, permitindo a eficiência das operações, além da remuneração adequada; e

150. O uso da expressão sobretaxas pelo normativo vai ao encontro da necessidade de interpretação sistemática com o conceito amplo de modicidade preconizado pelo legislador na Lei 10.233/2001. Isso faz com que se possa concluir que o próprio órgão regulador entende que a modicidade não se limita a frete e tarifa, alcançando outros valores cobrados, como as sobretaxas.

151. Corroborar esse entendimento o recente veto ao art. 12 do PLP 30/2020, convertido na Lei 14.047/2020, que tentou extinguir a garantia da modicidade das diretrizes a serem observadas na exploração de portos organizados e instalações portuárias (art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013).

152. Diz o veto:

A proposição legislativa, ao alterar o dispositivo retirando a previsão de modicidade dos preços cobrados pelas instalações portuárias, passando a fazer alusão somente à modicidade para as tarifas praticadas no setor, efetua alteração perene à Lei nº 12.815, de 2013, não restrita ao momento de combate à pandemia, tendo potencial de causar uma oneração excessiva para aqueles que utilizam as instalações portuárias como meio logístico para a movimentação de suas cargas, sejam elas destinadas à cabotagem ou ao comércio exterior, principalmente àqueles que não detêm o controle da operação de terminais portuários, sujeitos às políticas de preços, o que tornaria sua logística não competitiva frente a outros mercados com o aumento dos custos.

153. Em que pese ainda não existir um conceito legal ou previsto em norma da Antaq sobre a definição de sobretaxa, o que se deve levar em conta é que a previsão acima vai no sentido de que o conceito de modicidade é amplo, não se restringindo ao frete e tarifa e podendo alcançar a demurrage (sobrestadia).

154. Isso porque é irrazoável e contra sistêmico aplicar a modicidade ao frete e não aplicar à indenização que decorre do frete e a ele indissociável, uma vez que sem a contratação do frete, não haveria que se falar em *demurrage*. O que importa é que o serviço seja módico, o que alcança todos os valores que permeiam o valor final cobrado do usuário porque é o montante final e total que impacta na competitividade do produto brasileiro.

155. Por isso, erra a Antaq ao entender que a sobrestadia não se subordina ao princípio da modicidade, pois se aplicaria apenas aos preços, fretes e tarifas.

156. Já o uso da expressão “base justa” deve apontar para a necessidade de que no cálculo dos valores devidos de sobrestadia sejam observados a função social do contrato, as normas de hermenêutica jurídica contidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e os ditames legais previstos no Código Civil que tratam da boa-fé objetiva e da limitação de cobranças excessivas e imorais, que serão adiante abordadas.

Função social do contrato

157. Tem razão a denunciante quando aduz que permitir a cobrança de *demurrage* de forma ilimitada fere a função social do contrato de transporte ao passo em que não possui razão o argumento da agência reguladora de que não se pode tratar o usuário sempre como parte hipossuficiente e levar em conta apenas a liberdade negocial e o *pacta sunt servanda* na regulação da sobrestadia.

158. O contrato de transporte é tratado no Código Civil em seu art. 730, que estabelece: “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

159. Roppo (2009) entende que os contratos não podem ser enxergados exclusivamente sob a ótica jurídica. O autor preconiza a importância de se observar e analisar seu conteúdo econômico sempre que se pretende interpretar suas cláusulas.

160. Em virtude de sua essencialidade, as finalidades sociais do contrato de transporte devem ser compreendidas à luz do art. 3º, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

161. A essencialidade do contrato de transporte deve ser interpretada também em função da elevação do direito ao transporte à categoria de um direito social, consoante o tutelado pelo legislador constitucional em seu art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, que prescreve:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

162. Dessa maneira, temos o primeiro limite imposto à liberdade negocial relativa ao contrato de transporte no Brasil, qual seja, a função social do contrato de transporte prevista constitucionalmente.

163. Nesse contexto, insta observar a previsão do art. 421, *caput*, do Código Civil, que prevê: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

164. O Código Civil impõe ainda mecanismos de limitação de cobranças excessivas, que desvirtuam da finalidade do negócio:

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.

(...)

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

165. Assim, toda e qualquer cobrança que ultrapasse o limite do razoável e que desvirtue a finalidade objetiva do negócio merece ser limitada, a fim de garantir a continuidade dos serviços de transporte, preservando a higidez das partes contratantes e coibindo a postura que vise meramente o interesse individual patrimonial.

166. No caso do transporte marítimo, a finalidade do contrato e da prestação do serviço é auferir lucro a partir do transporte mediante a cobrança de frete e não da *demurrage*.

167. Assim, fez bem a norma insculpida na Resolução Normativa 18 ao se utilizar da expressão “base justa”, que deve ser compreendida no sentido de que deve ser observada a função social do contrato de transporte.

168. Aponta-se, dessa maneira, o primeiro fator limitador da liberdade negocial do transporte marítimo no Brasil, qual seja, que a contratação e a execução do contrato obedeçam à função social do transporte, permitindo a circulação de bens e pessoas no país e que o contrato não permita cobranças irrazoáveis e desproporcionais.

Imoralidade dos valores – abuso de direito

169. Ainda em se tratando da análise do conceito de bases justas, inserido no bojo dos dispositivos da Resolução Normativa 18/2017, é importante ressaltar a questão do abuso de direito diante da permissão de cobrança de valores imorais.

170. Consoante o entendimento de Fett e Fradera (2018), a permissão de cobranças abusivas a título de *demurrage* constitui verdadeiro abuso de direito perpetrado pelo Estado brasileiro. Dita permissão é caracterizada, tanto quando o Estado ordena a cobrança ou quando não cria uma norma para tratar de casos abusivos, com metodologia e conceitos claros e definidos, como é a atual situação normativa vigente.

171. As cifras trazidas na denúncia são de fato abusivas. Cifras de mais de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares) para importação de contêiner, quando a referência mundial é de US\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares). Ou seja, mais de quarenta e cinco vezes o padrão (peça 1, p. 29).

172. Há ainda relatos trazidos pelo denunciante de *demurrage* cobrada na importação de três contêineres no valor de R\$ 1.100.292,53, quando o frete foi de R\$ 13.959,00 (peça 1, p. 31) ou ainda de R\$ 110.416,11 na importação de 1 contêiner quando o frete foi de R\$ 3.950,52 (peça 1, p. 32). Ou seja, cobranças que giram entre 20 a 40 vezes o valor do frete, o que é mais do que irrazoável e desproporcional.

173. Outro caso relatado na denúncia é o da *Asia Shipping* x Tarcio DeCarlli, em que se chega ao valor de sobrestadia 79 vezes maior que o valor do frete e 28 vezes maior do que o da carga transportada, caso este levado ao poder judiciário (peça 2, p. 8).

174. Diante da informação fornecida pela Antaq de que a agência decidiu por não regulamentar um limite para a cobrança de sobrestadias e atuar nos casos de abusos de que tem conhecimento, foi feita diligência para que a agência encaminhasse cópia integral de todos os processos administrativos em curso ou já finalizados que tenham por objeto a resolução de conflitos relativos a cobrança de sobrestadia (*demurrage*) de contêiner (peça 17).

175. A resposta foi apresentada mediante o Ofício 312/2020/DG-Antaq (peça 23) com os processos administrativos em trâmite na agência que tratam do assunto. Após uma análise dos processos encaminhados, foi feita uma lista desses processos, apresentada em tabela reproduzida na peça 109.

176. Da análise de todos os processos encaminhados, verificou-se que os valores que chegam ao conhecimento da Antaq em boa parte não são expressivos. Contudo, verificou-se que em nenhum dos processos se adentrou no mérito do montante da cobrança seja porque a cobrança foi cancelada pelo armador denunciado ou porque a discussão se encerrou na verificação do limite de *free time* ultrapassado ou mesmo na demonstração do dolo ou culpa. Também se constata que a agência não possui metodologia e/ou instrumentos adequados para o tratamento das denúncias. Os procedimentos são *ad hoc* (específicos), não havendo nenhum parâmetro objetivo utilizado para balizar o conceito de bases justas, não havendo uma orientação normativa sobre o que se considera o abuso.

177. A análise da situação encontrada frente às Leis 10.233/2001 e 12.815/2013, e aos princípios da transparência, isonomia, economicidade, eficiência, finalidade administrativa e supremacia do interesse público, sugere haver oportunidades de melhoria sobre as análises da Antaq acerca da questão.

178. Para o exercício das competências relacionadas à arbitragem dos valores eventualmente abusivos e harmonização dos objetivos estabelecidas em lei, a Antaq deve fazer uso de metodologia de análise previamente definida, de modo a direcionar e sistematizar sua atuação, trazendo previsibilidade em suas análises, transparência à motivação de seus atos e legitimando as decisões da agência.

179. A Lei 10.233/2001, em seu art. 11, inciso IV, estabelece que a Antaq deve assegurar que os usuários paguem pelos custos dos serviços em regime de eficiência. Em um mercado perfeito, sem externalidades negativas, a Antaq poderia adotar a postura de não intervir e deixar que o mercado se ajuste quanto ao preço. Todavia, diante das características apontadas ao longo desta

instrução, onde há um forte desequilíbrio no poder de barganha do usuário em relação ao armador, os valores de *demurrage* não devem ser livremente definidos pelo mercado, uma vez que devem guardar correlação com os custos dos serviços prestados, em regime de eficiência. Soma-se a esta exigência legal a própria justificativa econômica da regulação, que prevê a atividade do regulador em falhas de mercado.

Liberdade de negociação e contratos de adesão

180. Sobre a questão da liberdade de negociação, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos de transporte marítimo de cargas. É o que se constata da leitura da ementa da decisão adiante:

RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS. AVARIAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- Ação ajuizada em 10/02/2006. Recurso especial interposto em 24/07/2012 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

- Inaplicabilidade do CDC, como regra geral, aos contratos de transporte marítimo pela dificuldade de enquadramento como consumidor das partes contratantes.

- Ausência de demonstração de vulnerabilidade de uma das partes para a aplicação da legislação consumerista.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1391650/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 21/10/2016)

181. Todavia, é importante mencionar a condição de vulnerabilidade do usuário ao negociar o seu contrato em um mercado concentrado, de poucos *players* ofertantes do serviço, como é o da navegação marítima, consoante se denota do relatório internacional do *International Transport Forum* (ITF) (2018), que afirma que há concentração no mercado de transporte marítimo, uma vez que 60% do volume de contêineres transportados no mundo foi feito por apenas quatro empresas (Maersk Line, Mediterranean Shipping Company – MSC, CMA-CGM e Cosco).

182. A desigualdade do poder de barganha entre os transportadores e usuários é demonstrada pela denunciante ao discorrer que os armadores estipulam os prazos e valores das sobrestadias em espécie de termo de compromisso para garantir a devolução do contêiner, os quais devem ser assinados pelos importadores. Este termo é um documento com o qual o usuário deve concordar e assinar, sob pena de ter a carga ilegalmente retida por meio de bloqueio no sistema Siscomex Carga (Siscarga).

183. Na peça 16, são demonstrados procedimentos que criam obrigações que compelem ao pagamento das sobrestadias à margem de qualquer liberdade de negociação, ao se exigir o pagamento antes da devolução de equipamentos e antes de se disponibilizar o endereço do local para a devolução do contêiner até que o pagamento haja sido efetuado.

184. Na peça 110, são demonstrados modos operantes praticados pelos transportadores marítimos, como assinatura forçada de termos de compromisso em que o usuário é obrigado a concordar com regras leoninas, depósito forçado, a título de caução de sobrestadia, o que demonstra que não há poder de barganha por parte do usuário, sendo as regras determinadas e impostas pelos armadores.

185. A condição de vulnerabilidade impõe a intervenção da agência, a fim de garantir a igualdade da relação entre as partes, destacando-se o entendimento de Marcio Ioro Aranha no sentido de que o fundamento central da regulação é o direito à igualdade:

O fundamento da regulação e, por consequência, do direito regulatório, encontra-se na necessidade de proteção de um determinado objeto errático. Não se pode negar que a competição tem sido identificada como tal objeto e opera um efeito decisivo no modelo regulatório atual. Ela é, portanto, um dos fundamentos da regulação, todavia também não se

apresenta como seu fundamento central. O cerne da regulação reside em outra seara qualificadora do mercado: o direito à igualdade.

Assim, o controle regulatório sobre pessoas jurídicas não surgiu, em sua origem, por razões de preservação do mercado, dos preços, ou mesmo para defesa dos consumidores, mas por um fundamento inerente à igualdade, pois a mera existência das pessoas jurídicas empresariais constitui um fator desequalizador das relações econômicas ao introduzir seres desumanizados em um ambiente de acumulação de capital e técnica impossível de ser alcançado por suas contrapartes humanas, dotadas de tempo finito de vida e fadadas à responsabilização pessoal por seus atos.

186. A necessidade de proteção da igualdade entre as partes (transportadores e usuários) faz com que o princípio da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda* seja atenuado, quando demonstrado que a parte adversa não teve a oportunidade de discutir as cláusulas contratuais, como ocorre no Termo de Compromisso ou *Bill of Lading* (BL).

187. Assim, apresentou-se acima mais um motivo para que a agência não invoque a liberdade negocial e o *pacta sunt servanda* como argumento para não limitar o valor da sobrestadia de contêiner na atividade de transporte marítimo no Brasil, quando na verdade possui o dever de intervir para corrigir distorções e externalidades negativas no mercado de navegação e restabelecer o reequilíbrio e a igualdade entre os *players* do mercado.

Impossibilidade de recepção de costume que atenta contra a moralidade e bons costumes

188. Outro argumento aduzido pela Antaq na argumentação despendida no bojo do processo administrativo 50301.001515/2014-14 para justificar o caminho regulatório adotado é que existe um costume no transporte marítimo, o que, aliado à liberdade negocial, justificaria, na visão da agência, a cobrança de sobrestadia sem uma limitação quantitativa pré-estabelecida por normativo.

189. Sobre esse ponto, cumpre ressaltar que, com efeito, não existe disposição legal específica no ordenamento jurídico brasileiro acerca da sobrestadia de contêiner. O que existe de mais recente é a lei do transporte multimodal (Lei 9.611/1998) que é um marco importante por definir a natureza jurídica da unidade de carga e equipará-la ao navio, ao prescrever o seguinte:

Art. 24. Para os efeitos desta Lei, considera-se unidade de carga qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas, sujeitas a movimentação de forma indivisível em todas as modalidades de transporte utilizadas no percurso.

Parágrafo único. A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo.

190. Portanto, o único dispositivo legal vigente hoje dispõe que o contêiner é considerado como uma parte do próprio navio e não como embalagem da carga transportada. Todavia, não há uma legislação que aborde a definição legal da sobrestadia e nem que trate das relações jurídicas relacionadas a tal instituto ou tampouco que limite o valor de cobrança.

191. Essa condição é extremamente propícia para a imposição de usos e costumes e que, por um lado, encontra respaldo no art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que estabelece o costume como fonte subsidiária do julgador, o qual deve ser aplicado nos casos de omissão da lei. Veja-se: “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”.

192. A importância dos usos e costumes nas relações empresariais e, principalmente, no Direito Marítimo é suficiente para permitir que algumas cláusulas - como a sobrestadia, por exemplo - sejam consideradas inerentes aos contratos ainda que não escritas, em virtude de sua recorrência e relevância.

193. Entretanto, o fato de o costume de cobrar a sobrestadia, mesmo sem previsão expressa no contrato, ser considerado válido, não permite cobrança de valores abusivos.

194. Primeiro porque não se pode admitir, sob o enfoque do direito brasileiro, que os usos e costumes se tornem a regra. Isso porque à luz do art. 4º da LINDB o costume é exceção,

principalmente na realidade do comércio exterior brasileiro, no qual um pequeno grupo de *players* determina as regras para a esmagadora maioria dos usuários.

195. Nesse sentido, Marchioli (2019) entende que por serem grandes corporações internacionais, fruto de sucessivas fusões e aquisições, as mais fortes no mercado, elas fazem disseminar o que entendem ser as regras consuetudinárias aplicáveis. Para o autor, se é um costume em países desenvolvidos haver cobrança de *demurrage* sem imposição de limites de valor, essa inexistência de limitação não parece ser razoável na realidade logística brasileira onde há carência de infraestrutura portuária e complexidade de governança dos entes que atuam no porto.

196. Inclusive, é de ressaltar que o art. 17 da mesma LINDB limita a aplicação no Brasil do costume ou de qualquer outra fonte normativa produzida no exterior sempre que este ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Portanto, a autonomia da vontade e a liberdade de negociação empresarial não é absoluta, mas relativa.

197. Ademais, é preciso levar em conta que quando o poder judiciário brasileiro, já desde a década de 1980, iniciou a se posicionar no sentido de que ante a ausência de normas positivadas sobre o tema equipararam a *demurrage* de contêineres à de navio por meio da aplicação das disposições do antigo Código Comercial (Lei 556/1850), não estava vigente o Código Civil atual, que data de 2002. O anterior Código Comercial possuía mais de cem anos e se voltava para a realidade do comércio do século XIX, que foi um período completamente distinto do atual. Não existiam tantos institutos jurídicos modernos que impõem correções a distorções de mercado, externalidades negativas e cobranças abusivas e desproporcionais.

198. Atualmente, no Brasil, mesmo diante da lacuna normativa específica sobre relações jurídicas e efeitos da sobrestadia, há mecanismos legais que determinam a interpretação dos negócios jurídicos mediante a boa-fé consoante se verifica da redação do art. 113 do Código Civil, que prescreve:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

199. Conforme será visto no item seguinte, a boa-fé contratual na seara de relações modernas exige o respeito a comportamentos que se voltam ao atendimento de princípios de solidariedade e cooperação entre as partes, visando a mitigação de perdas. Tudo isso são mecanismos à disposição do regulador para impedir a elevação desmedida do custo final do transporte ao usuário, não devendo prosperar a liberdade negocial e o *pacta sunt servanda* como princípios absolutos.

O princípio do *duty to mitigate the loss*

200. O princípio da boa-fé contratual e da função social do contrato são mecanismos modernos de controle de abusividade e de adequação das obrigações previstas em contrato ao seu objetivo principal. Destes princípios, decorre um princípio moderno denominado de *duty to mitigate the loss*. O dever de mitigação terá lugar quando a obrigação assumida, diante das circunstâncias postas, mostrar-se inaceitável do ponto de vista da razoabilidade e da equidade, comprometendo a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

201. O princípio do *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever de que o credor de uma relação jurídica possui de mitigar seus próprios prejuízos, buscando adotar medidas razoáveis,

considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. O dever de mitigar a perda é um instituto importado do direito comparado, mais precisamente da tradição do *Common Law*, em que suas origens remontam a meados do século XVII. Tal instituto pode ser sintetizado em um princípio que exige que cada parte empreenda esforços razoáveis para minimizar perdas. Na realidade jurídica interna, o princípio em questão encontra fundamento na boa-fé objetiva, no abuso de direito e no dever de colaboração e cooperação.

202. Nesse sentido, Fett e Fradera (2018) destacam e atentam para dois elementos muito importantes de uma relação contratual no transporte marítimo, quais sejam, a confiança e a cooperação. Nesse sentido, destacam:

Como notório, o comércio internacional, por ser atividade muito antiga, cria suas próprias regras, as quais, pouco a pouco, são integradas ao direito comercial internacional positivo. As regras de comportamento dos contratantes no comércio internacional são, na maioria das vezes, baseadas nos usos comerciais, os quais são invocados também pelos árbitros em suas decisões.

(...)

A *Lex mercatória* era considerada como um verdadeiro e original ordenamento jurídico, separado dos ordenamentos estatais, expressão da sociedade mercantil. O princípio fundamental, alicerce do relacionamento comercial desde aqueles tempos remotos era a confiança, percebida como um dos pilares do direito privado, tendo como superior apenas o princípio da autonomia privada.

(...)

A quebra da confiança é considerada comportamento contrário à boa-fé, sintetizado na expressão *venire contra factum proprium*, cuja vedação esta positivada nos Princípios Unidroit, versão 2004, art. 1.8, intitulado “Proibição de se contradizer” (...).

A vedação de *venire contra factum proprium* repousa, como visto, sobre a necessidade de confiança no tráfico jurídico, confiança essa relacionada à segurança, um dos valores máximos do Direito, capaz de, assim como a boa-fé objetiva, tornar possível contratar, pois mantida a coerência do comportamento entre os contratantes.

203. Sobre o dever de cooperação entre as partes, os autores preveem:

Com efeito, de acordo com a concepção da obrigação como um processo, os deveres das partes são classificados em principais e acessórios. Em algumas espécies contratuais, o próprio legislador elenca os deveres acessórios, como ocorre na compra e venda, na locação e de muitos outros. Contudo, há deveres decorrentes dos contratos não positivados, os denominados deveres atípicos, tampouco constantes do teor do contrato convencionado entre as partes.

(...)

O dever de mitigar, atribuído ao credor – *mitigate* – tem origem no direito anglo-saxão, de onde passou para os sistemas jurídicos continentais. O vocábulo *mitigate* tem raiz francesa, provem do verbo *mitiger*.

Conforme esclarece Claude Witz, a natureza do dever de o credor mitigar o prejuízo não é a de uma obrigação no sentido exato do termo, porquanto não poderia, caso descumprida, ser sancionada pela via da responsabilidade contratual, tendo como sujeito passivo o credor.

(...)

No Brasil, a qualificação do dever de mitigar o próprio prejuízo está estruturada na figura do ônus, previsto desde o diploma anterior, sendo o seu descumprimento sancionado da mesma maneira como o é nos sistemas alemão e suíço, ou seja, o não cumprimento do ônus acarreta a perda de uma vantagem.

204. Assim, se há a pretensão de internalizar os costumes internacionais, como bem defende a Antaq, também se deve internalizar os princípios do direito costumeiro e marítimo que giram em torno da flexibilização do *pacta sunt servanda* diante de cobranças excessivas e abusivas, o que

justificaria a atuação da agência para limitar a cobrança de sobrestadia acima de um determinado patamar.

205. Nesse mesmo sentido, deve ser lembrada a doutrina da mitigação destacada por Aguiar Junior (2004) pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento.

206. No contexto da cobrança da sobrestadia, a demora na devolução do contêiner, decorrente da própria complexidade de operação nos portos brasileiros, com diversos entes administrativos atuantes, demora em desembarço de mercadorias, problemas logísticos, faz com que o credor da *demurrage* deva atuar para mitigar o dano ou reprecifique o seu frete de maneira a adequar o obtivo contratual à realidade brasileira.

207. As partes contratantes devem dispensar uma a outra, em um clima de cooperação e lealdade, e em segundo aspecto, segundo que as partes não estabeleçam cláusulas que vão de encontro com os interesses da coletividade, que, no caso do transporte marítimo de cargas, é expressado no interesse coletivo de se contratar o transporte sob o regime de eficiência, consoante a previsão do art. 4º, §2º e art. 11, inciso IV, da Lei 10.233/2001.

208. Por todo o exposto, com base no art. 7º do Decreto 10.411/2020, bem como nos arts. 413, 421 e 480 do Código Civil, será feita proposta de determinação à Antaq para que na análise de impacto regulatório a ser feita pela agência reguladora, avalie alternativas de metodologias de cálculo de padrões quantitativos de abusividade da cobrança de sobrestadia, de modo que eventual cobrança prevista em contrato respeite a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

209. Pretende-se, ainda, elaborar proposta para que a Antaq, no processo de revisão da Resolução Normativa 18/2017, que se encontra em curso, efetivamente motive as decisões adotadas, embasando as afirmações e argumentações feitas com base em dados empíricos, estudos técnicos e análises robustas. Será, por fim, proposta a ciência da agência para o fato de que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão sem demonstração robusta através de análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b'.

Indícios de sonegação fiscal

210. Cumpre adicionar que o Denunciante apresentou uma nova petição (peça 110) onde relata a existência de indícios de sonegação fiscal devido à forma como é feita a cobrança de sobrestadia, uma vez que não há emissão de nota fiscal pelos agentes intermediários e nem de comprovante de depósito do valor recebido do usuário por parte do transportador. Isso seria ocasionado pela inexistência de controles por parte da Antaq.

211. Destaca que o poder dissuasório da Antaq sobre tais práticas é praticamente zero, pois a opção regulatória da agência é pelo modelo *ex post*, ou seja, atua somente mediante denúncia, o que contribui para a sensação de impunidade no mercado de contêineres apesar do esforço para a publicação da RN 18/2017.

212. Ocorre que, especificamente sobre esse ponto, cumpre salientar que o Tribunal de Contas da União não detém competência constitucional ou legal para apreciar ou deliberar sobre matéria tributária. Portanto, os indícios de sonegação fiscal apontados pelo denunciante não podem ser aprofundados nesta instrução.

213. Por isso, será feita proposta de encaminhamento para que se envie cópia de peças dos presentes autos para a Secretaria da Receita Federal para adoção de providência que aquele órgão entenda cabível, visando a apurar os indícios de crimes de sonegação fiscal na cobrança de sobrestadia de contêiner.

CONCLUSÃO

214. A presente instrução teve por objeto a análise de denúncia a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), relacionadas à

omissão de regulação econômica das sobrestadias de contêiner, especificamente a inexistência de critérios objetivos para garantir a modicidade na cobrança, especialmente registro e acompanhamento dos preços cobrados, bem como em limitar as citadas cobranças após o relato do denunciante de que há abusividade nos valores das diárias de *demurrage* de contêiner cobradas, que não ocorreriam em outros países.

215. A Unidade Técnica propôs conhecer da denúncia, em razão de haver interesse público no deslinde da questão, por suposto conflito entre a cobrança da sobrestadia e o princípio geral de que os usuários paguem pelo custo dos serviços prestados em regime de eficiência (cf. Lei 10.233/2001, art. 11, inciso IV), a diretriz de reprimir fatos e ações que configurem competição imperfeita ou infrações da ordem econômica (cf. art. 12, inciso VII) e ao objetivo de garantir a movimentação de pessoas e bens em cumprimento a padrões de modicidade nos fretes e tarifas, dentre outros (cf. art. 20, inciso II, alínea a), além da materialidade envolvida, uma vez que a sobrestadia pode representar custo significativo para os atores envolvidos com o comércio exterior (peça 11).

216. Após a realização de oitiva, foi verificado que a agência não foi omissa no que se refere à sobrestadia, tendo feito escolha por uma alternativa regulatória no sentido de atacar assimetrias de informação, definindo alguns elementos relevantes como o de livre estadia, as causas de suspensão de prazo e o momento em que a responsabilidade se encerra, deixando o mercado se auto regular no que se refere ao valor e enfrentar apenas casos abusivos que chegam ao seu conhecimento.

217. Todavia, consoante a análise acima exposta, foram verificadas fragilidades no processo motivacional da adoção da alternativa em questão, que não demonstrou ter analisado questões cruciais do assunto, notadamente por não ter realizado uma Análise de Impacto Regulatório. A fragilidade do processo de escolha regulatória adotada pela Antaq se soma ao seu descasamento em face dos diversos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil que impõem que a cobrança final pelo serviço de transporte seja módica e que as partes contratantes (transportadores e usuários) sejam tratadas de forma igualitária. Assim, a liberdade contratual e os costumes internacionais aceitos no transporte marítimo encontram limites em nosso país em razão dos preceitos da lei brasileira, que exige a observância de princípios contratuais solidários, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

218. Apesar de ter pontuado três possíveis alternativas ou opções regulatórias para a questão da sobrestadia, a Antaq não demonstrou ter feito nenhuma análise dos custos de adaptação de contratos do setor em face dos benefícios econômicos e sociais da limitação do valor da *demurrage* no Brasil, nem do ponto de vista formal e nem do ponto de vista material uma vez que as Notas Técnicas contidas no processo se limitam a fazer afirmações de que os debates jurídicos trazem consideráveis impactos regulatórios, que a adaptação dos contratos a um eventual enquadramento jurídico é uma tarefa muito árdua para os transportadores marítimos e que a adoção da natureza de cláusula penal traria enormes prejuízos ao setor. São afirmações vagas e abstratas e sem comprovação empírica. Assim, constata-se que não há uma ponderação sobre efeitos de uma possível limitação quantitativa dos valores de sobrestadia, nem tampouco identificação e quantificação de impactos das opções consideradas. Importa concluir que a Resolução Normativa 18/2017 não resultou de uma AIR.

219. Diante disso, pretende-se realizar proposta de encaminhamento a fim de se determinar que, com fundamento no art. 27, incisos II e IV da Lei 10.233/2001, bem como no art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019 e ainda no art. 3º e arts. 5º a 15 do Decreto 10.411/2020, a Antaq realize, no prazo de 360 dias, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobrestadia de contêiner (*demurrage*), observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018).

220. Também será proposto uma determinação para que a Agência fundamente a escolha regulatória adotada com base em estudos e na demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do

mercado regulado (art. 20, inciso II, alínea 'b', da Lei 10.233/2001; arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999).

221. Será feita ainda proposta de dar ciência à Agência de que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão feito sem demonstração robusta através de análises ou estudos desprezita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b'.

222. Foi ainda verificado na análise acima que a Antaq optou por não enfrentar a natureza jurídica da *demurrage*, sem que tenha sido demonstrada no processo uma análise aprofundada dos seus impactos e desconsiderando que os diferentes enquadramentos jurídicos da sobrestadia possuem consequências práticas distintas e que necessitam ser tratados por normas regulatórias.

223. Contudo, constatou-se que à margem de realizar uma análise contundente da natureza jurídica da sobrestadia, a Antaq elaborou e publicou ao mercado uma cartilha onde se define que *demurrage* ou sobrestadia do contêiner é o valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos dias que ultrapassarem o *free time* (prazo livre de cobrança, acordado previamente). Dita cartilha afirma que os valores de sobrestadia são livremente negociados e que possui dupla finalidade: (i) ressarcimento das perdas e danos do transportador marítimo (frete que deixou de obter e prejuízos logísticos com reposicionamento de contêineres, por exemplo); (ii) compelir à devolução do contêiner. Ao final, a cartilha destaca que a sobrestadia não possui a natureza jurídica de cláusula penal e sua cobrança não é limitada ao valor do contêiner ou do frete.

224. Analisou-se que as duas finalidades acima mencionadas são distintas e induzem ao enquadramento da cobrança em institutos jurídicos diferentes, cada um com os seus efeitos e suas consequências, de acordo com o que fora acima exposto. 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 mistura dos institutos em análise acarreta insegurança jurídica e, no caso dos valores de sobre estadia, tem por consequência possibilitar que o transportador exija valores que em muito ultrapassam o frete em si, que deveria ser o objeto principal do exercício da atividade (o transporte).

225. A forma como está escrita a cartilha decorre da própria falta de posicionamento da agência sobre a natureza jurídica da sobrestadia, acarretando no aumento da insegurança jurídica no setor e da judicialização da questão, bem como no aumento do custo final do transporte uma vez que abre espaço para cobrança de valores excessivos de sobrestadia, mesmo que possam vir a ser posteriormente questionados e até cancelados pela atuação da Antaq ou do poder judiciário.

226. Todavia, a insegurança jurídica provocada pela cartilha foi reconhecida pela Antaq por meio da Resolução 7935-Antaq, que determinou a suspensão da Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio especificamente no que tange à sobrestadia de contêiner até o tema ser esgotado no âmbito do processo administrativo que cuida da elaboração de metodologia para coibição de abusos na cobrança.

227. Verificou-se também que além das fragilidades do processo de tomada de decisão feita, a escolha tomada, ao não limitar um valor máximo de sobrestadia sob o argumento de que se deve respeitar a liberdade negocial e a autonomia dos contratos, bem como costumes internacionais, a Antaq vai de encontro a diversos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil que impõem (i) que a cobrança final pelo serviço de transporte seja módica, (ii) que as partes contratantes (transportadores e usuários) sejam tratadas de forma igualitária, (iii) que exigem a observância de princípios solidários de respeito aos contratos, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, e (iv) o de que costumes, mesmo os internacionais, sejam recepcionados no Brasil apenas quando forem observadas as disposições legais aqui vigentes.

228. Por todo o exposto, será feita proposta de determinação à Antaq para que, com base no art. 7º do Decreto 10.411/2020, bem como nos arts. 413, 421 e 480 do Código Civil, na análise de

impacto regulatório a ser feita pela agência reguladora, avalie alternativas de metodologias de cálculo de padrões quantitativos de abusividade da cobrança de sobrestadia, de modo que eventual cobrança prevista em contrato respeite a função social do contrato e a boa-fé.

229. O denunciante trouxe ainda indícios de possível sonegação fiscal devido à forma como é feita a cobrança de sobrestadia, uma vez que não há emissão de nota fiscal pelos agentes intermediários e nem de comprovante de depósito do valor recebido do usuário por parte do transportador. Ocorre que, o Tribunal de Contas da União não detém competência constitucional ou legal para apreciar ou deliberar sobre matéria tributária. Por isso, será feita proposta de encaminhamento para que se envie cópia de peças dos presentes autos para a Secretaria da Receita Federal para adoção de providência que aquele órgão entenda cabível, visando a apurar os indícios de crimes de sonegação fiscal na cobrança de sobrestadia de contêiner.

230. Por fim, ressalta-se que o relatório preliminar foi submetido à comentários do gestor, tendo sido incorporadas à presente análise as contribuições trazidas pela Antaq, bem como se ressalta que será feita proposta de manutenção do sigilo de peças dos presentes autos que contemplam informações sensíveis e de cunho comercial apresentados pelo denunciante.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

231. Diante das constatações acima expostas, submete-se esta instrução à consideração superior, propondo:

1) conhecer da presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 234 e 235, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

2) manter a chancela de sigiloso apenas no que tange às peças 1 a 7 e 110 dos presentes autos, que contemplam informações sensíveis como detalhes de ações judiciais e dados comerciais e fiscais apresentados pelo denunciante;

3) determinar à Antaq, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315, de 2020, que:

3.1) realize, até o fim do período da Agenda Regulatória 2020/2021, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobrestadia de contêiner (*demurrage*), em observância ao art. 27, incisos II e IV da Lei 10.233/2001, ao art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019 e ainda no art. 3º e arts. 5º a 15 do Decreto 10.411/2020, observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018);

3.2) fundamente a escolha regulatória adotada com base em estudos e na demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado, em atendimento ao art. 20, inciso II, alínea 'b', da Lei 10.233/2001; e aos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999;

3.3) na análise de impacto regulatório a ser feita, avalie alternativas de metodologias de cálculo de padrões quantitativos de abusividade da cobrança de sobrestadia, de modo que eventual cobrança prevista em contrato respeite a função social do contrato e a boa-fé objetiva, em observância ao art. 7º do Decreto 10.411/2020, bem como aos arts. 413, 421 e 480 do Código Civil;

4) dar ciência à Antaq, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315, de 2020, que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão feito sem demonstração robusta através de análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b';

5) encaminhar cópia da presente instrução, bem como das peças 1, 2, 3 e 110 dos presentes autos à Receita Federal do Brasil para que adote as medidas que entenda cabível, visando apurar os indícios de sonegação fiscal na cobrança de sobrestadia de contêiner, apontados na presente denúncia;

6) informar à Antaq e ao Denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

7) arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal.

3. O Ministério Público junto a este Tribunal, nos autos representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se no seguinte sentido (peça 134).

A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) trouxe para a instrução do presente processo uma citação do autor Marcio Ioro Aranha que bem representa o pensamento deste representante do Ministério Público de Contas no tocante ao direito regulatório, qual seja (peça 129, p. 26, item 186):

“O fundamento da regulação e, por consequência, do direito regulatório, encontra-se na necessidade de proteção de um determinado objeto errático. Não se pode negar que a competição tem sido identificada como tal objeto e opera um efeito decisivo no modelo regulatório atual. Ela é, portanto, um dos fundamentos da regulação, todavia também não se apresenta como seu fundamento central. O cerne da regulação reside em outra seara qualificadora do mercado: o direito à igualdade.

Assim, o controle regulatório sobre pessoas jurídicas não surgiu, em sua origem, por razões de preservação do mercado, dos preços, ou mesmo para defesa dos consumidores, mas por um fundamento inerente à igualdade, pois a mera existência das pessoas jurídicas empresariais constitui um fator desqualificador das relações econômicas ao introduzir seres desumanizados em um ambiente de acumulação de capital e técnica impossível de ser alcançado por suas contrapartes humanas, dotadas de tempo finito de vida e fadadas à responsabilização pessoal por seus atos.”

Como é de domínio público, o princípio constitucional da igualdade pressupõe que *“as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual”*. Na clássica acepção, *“dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”*.

A relevância do marco regulatório reside justamente na tentativa de criação de um ambiente que concilie as necessidades das diversas partes interessadas, que dê equilíbrio às relações, que prestigie a igualdade, enfim. Entre tantas outras nobres funções, é por meio do marco regulatório que se busca incrementar a segurança jurídica e otimizar os níveis de transparência das ações.

Não sem razão, a natureza especial conferida às agências reguladoras é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos (art. 3º da Lei 13.848/2019, intitulada “Lei Geral das Agências Reguladoras”).

Como medida justa, dada sua importância para o contexto social em que estão inseridas, as agências reguladoras, no tocante aos seus processos decisórios, devem observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público, além de indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos (arts. 4º e 5º da Lei 13.848/2019).

Nessa ordem de ideias, a Lei Geral das Agências Reguladoras avançou adequada e suficientemente ao impor, como regra, a Análise de Impacto Regulatório (AIR), conforme balizas a seguir:

□ “Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (Regulamento)

- § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.
- § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.
- § 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.
- § 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.
- § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.”

Feita essa breve introdução, nestes autos, em face da evidente abusividade nos valores das diárias atualmente cobradas, com ofensa aos princípios da modicidade tarifária e do serviço portuário adequado, a presente denúncia, trazida ao TCU em 25/2/2019, aponta a omissão na regulação econômica da taxa de sobrestadia (*demurrage*) de contêiner, obrigação legalmente atribuída à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), autarquia federal que tem como um de seus objetivos, nos termos da Lei 10.233/2001:

“Art. 20.

(...)

II – regular ou supervisionar (...) as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura 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.”

Nesse particular, compete à Antaq, especialmente, “*promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados*”, bem como “*elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores*” (art. 27, II e IV, da Lei 10.233/2001).

Mais especificamente, a denúncia aponta a necessidade de avaliação e de fiscalização dos atos da Antaq “*quanto à economicidade, eficiência, eficácia e efetividade dos seus normativos, especialmente a Resolução Normativa n. 18/2017, tendo em vista a sua flagrante omissão na regulação econômica das sobrestadias de contêineres, in casu, inexistência de metodologia de acompanhamento e controle dos preços da mesma e, especialmente, falta de critérios para regular a contratação e os valores abusivos cobrados contra os usuários donos de cargas, embarcadores, exportadores e importadores, sob pena de ineficácia do serviço adequado no setor de transporte aquaviário, por ela regulado, assim como, coibir potencial lesão às finanças públicas, em razão de eventuais práticas de sonegação fiscal que possam estar ocorrendo por parte dos agentes intermediários e transportadores marítimos*” (peça 6, pp. 1/2).

Em face da multiplicidade de interesses que ronda o setor (v.g., armadores, agentes intermediários, usuários e terminais portuários), o gerenciamento da infraestrutura e a operação do transporte aquaviário devem assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos

serviços prestados em regime de eficiência, reprimindo fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica (arts. 11, IV, e 12, VII, da Lei 10.233/2001).

A ausência de regulação, a regulação insuficiente e a regulação ineficaz, sem poder dissuasório razoável e proporcional, portanto, podem dar ensejo a zonas cinzentas, nas quais muito provavelmente os grandes jogadores ou *players* conseguirão impor seus preços e vitórias no Poder Judiciário.

Com relação à sobrestadia, item relevante dos custos logísticos das empresas que trafegam no mercado internacional, cujo dimensionamento adequado pode impactar, por vezes, a própria viabilidade do transporte marítimo, a instrução à peça 129, p. 24, relata casos de abusos inimagináveis e simplesmente inaceitáveis em um Estado que se intitula Democrático de Direito, a saber:

“172. As cifras trazidas na denúncia são de fato abusivas. Cifras de mais de U\$ 100.000,00 (cem mil dólares) para importação de contêiner, quando a referência mundial é de U\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares). Ou seja, mais de quarenta e cinco vezes o padrão (peça 1, p. 29).

173. Há ainda relatos trazidos pelo denunciante de *demurrage* cobrada na importação de três contêineres no valor de R\$ 1.100.292,53, quando o frete foi de R\$ 13.959,00 (peça 1, p. 31) ou ainda de R\$ 110.416,11 na importação de 1 contêiner quando o frete foi de R\$ 3.950,52 (peça 1, p. 32). Ou seja, cobranças que giram entre 20 a 40 vezes o valor do frete, o que é mais do que irrazoável e desproporcional.

174. Outro caso relatado na denúncia é o da *Asia Shipping* x Tarcio DeCarlli, em que se chega ao valor de sobrestadia 79 vezes maior que o valor do frete e 28 vezes maior do que o da carga transportada, caso este levado ao poder judiciário (peça 2, p. 8).”

Na mesma linha, relato obtido pelo Ministério Público de Contas na Internet, no âmbito de artigo de opinião veiculado em 3/1/2018, dá conta de que:

“O serviço adequado tão difundido pela Antaq está longe de existir, pois previsibilidade e modicidade são requisitos para que serviço exista de fato. A Antaq permite que o Brasil seja o país com a maior quantidade de ações de cobrança de *demurrage* de contêiner no mundo, assim como de estratégias surreais para cobrança e valores exigidos nas vias extrajudicial e judicial.

Nesse mercado, vale tudo, desde tabela de ‘tarifa’ registrada em cartório, com ‘força de lei’, até nota de débito com inclusão de taxa PTAX, sem contrato assinado, dentre outros jabutis que são apresentados aos usuários. Aqui tudo é possível.

O Brasil é o país em que há mais ações de cobrança de *demurrage*, apesar de ter menos de 1% do comércio exterior do mundo, e movimentar muito pouco, se comparado a China e EUA.

Há casos de ações de cobrança de um agente intermediário transnacional que exigiu R\$ 1,35 milhão, numa operação em que o valor de frete pago foi R\$ 242 mil, e o da carga FOB cerca de R\$ 480 mil.

Em outro caso, o armador faz um acordo judicial com o seu NVOCC [*Non Vessel Operator Common Carrier*], e este demanda judicialmente o usuário, para que este seja condenado a pagar o valor da *demurrage*, sem que este tenha conhecido previamente tais preços nem assinado qualquer contrato. O Judiciário, sem normativa que ampare o usuário, condena-o ao pagamento, implacavelmente.”

Por não ser o objetivo do instituto, cuja função foi desvirtuada ao longo do tempo, a sobrestadia não deve propiciar que transportadores marítimos, como vem acontecendo, lucrem muito acima do razoável com a devolução intempestiva de contêiner.

Conforme pertinentes esclarecimentos iniciais da SeinfraPortoFerrovia (peça 129, p. 1):

“3. Marchioli (2019) nos fornece a seguinte definição de sobrestadia de contêiner:

‘Sobrestadia de contêiner é a extrapolação de determinado lapso de tempo, além do período de franquia, estipulado pelas partes em contrato, independentemente de forma, para a utilização da

unidade de carga, cujo atraso pode habilitar aquele que disponibiliza o contêiner a cobrar um valor, em geral contado por dia, contra aquele que tomou o cofre.’

4. O lapso de tempo ou período de franquia, segundo o autor, se refere ao denominado *free time* ou estadia, que pode ser estabelecido por práticas internacionais de mercado e/ou do estabelecido em contrato. A sobrestadia é cobrada no porto de origem ou de destino sempre que o tempo livre (usado no desembarço das mercadorias) estipulado pelo transportador marítimo ou intermediário para devolução da unidade contentora é ultrapassado. Na exportação (porto de origem) a cobrança é denominada de *detention*. Na importação (porto de destino), ela é tratada como *demurrage*.

5. Exemplificando, imagine-se que um importador localizado no Brasil pretenda trazer uma mercadoria do exterior e contrate um frete de um transportador marítimo internacional. Ao contratar a operação, o contrato prevê a carga a ser transportada, a origem e o destino, bem como que ao chegar ao terminal de destino, o importador terá um prazo de cinco dias para fazer as operações de desembarço e liberação da mercadoria no porto. Esse é o período de estadia ou *free time*. Agora, suponha que a mercadoria é desembarçada e liberada apenas com dez dias. Nesse caso, haverá um período de cinco dias que corresponde a uma sobrestadia e sobre esse período de tempo será calculada a *demurrage*.”

Segundo outras palavras:

“Habitualmente, nos contratos de transporte que envolvem a utilização de contêineres, o transportador (dono do contêiner) concede ao embarcador/afretador (usuário do contêiner) um período sem ônus (‘free time’) para que este retire as mercadorias da unidade e devolva o referido contêiner vazio. Caso o contêiner não seja devolvido no prazo estipulado, então há incidência da *demurrage* e o afretador terá de arcar com esse custo adicional.”

“A taxa [*demurrage*] é a indenização paga pelo afretador pelo tempo que exceder ao período contratualmente previsto para a devolução de contêineres ao transportador marítimo nas operações portuárias de carga e descarga.”

“A taxa de sobrestadia é praticada no mundo todo. Tem dois nomes: ‘detention’, nos casos de exportação, ou seja, quando a contratante carrega o contêiner e envia as mercadorias para um outro porto; e ‘demurrage’, quando envolve operações de importação e, nessa hipótese, o prazo para o uso do contêiner conta-se da data de chegada no porto de destino até a retirada das mercadorias.

Os preços que são estabelecidos variam conforme a empresa contratada. Já o prazo para o uso do contêiner, sem a cobrança da taxa, geralmente é fixado em 21 dias. A partir daí, então, começa a correr período extra, com a incidência de tais valores.”

No caso concreto, a teor do disposto na petição inicial, o objetivo da denúncia não seria impedir a cobrança, mas fazer com que usuários paguem *demurrage* em bases justas, garantindo a modicidade dos valores praticados, sem a qual não haveria serviço adequado, e competitividade da indústria brasileira, reduzindo também a sonegação fiscal existente no setor marítimo (peça 6, item 12; peça 7, item 133; e peça 129, item 47).

Segundo consta, o Brasil é um dos países com maior quantidade de cobranças judiciais de *demurrage* de contêineres no mundo e onde as condenações são as de valor mais elevado.

A SeinfraPortoFerrovia destaca que, em face do teor da Resolução Normativa (RN) Antaq 18, de 21/12/2017, “diferentemente do que alega o denunciante, afirmar que a agência foi omissa no que se refere à sobrestadia não se demonstra um entendimento preciso. O que ocorre é que a agência fez uma escolha por uma alternativa regulatória, qual seja, a de definir alguns elementos relevantes como o de livre estadia, as causas de suspensão de prazo e o momento em que a responsabilidade se encerra” (peça 129, item 61).

Conforme registro da unidade técnica (peça 129, item 86), “a fundamentação aduzida pela agência reguladora para defender sua intervenção apenas sobre aspectos de assimetria de informação e não sobre os valores da sobrestadia se sustenta no argumento de que a natureza

jurídica da demurrage é muito complexa e suscetível a debates, e a adoção de uma das posições possíveis não traria benefícios regulatórios”.

Atualmente em vigor, a mencionada Resolução Normativa Antaq 18/2017 assim dispõe (DOU de 26/12/2017):

“CAPÍTULO II DAS DEFINIÇÕES

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

(...)

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 [*Bill of Lading*, carta de fretamento, conhecimento de embarque marítimo], confirmação da reserva de praça (*booking confirmation*), ou qualquer outro meio disponibilizado pelo transportador marítimo;

XX - sobrestadia 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;

(...)

SEÇÃO III DA SOBRESTADIA DO CONTÊINER

Art. 19. As regras e os valores de sobrestadia, 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 sobrestadia 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 sobrestadia 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 sobrestadia 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 sobrestadia, enquanto esta durar, a identificação do contêiner e o valor diário de sobrestadia a ser cobrado.”

Cerca de oito meses após a edição da RN 18/2017, sobreveio, em 16/8/2018, a “Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio. Resolução Normativa nº 18 – ANTAQ”, publicação veiculada pela agência reguladora, a qual, extrapolando os termos da própria resolução normativa que visava sintetizar e ilustrar, deu o seguinte tratamento à

temática, definindo a dúplice finalidade da sobrestadia (ressarcir perdas e danos do transportador marítimo e compelir à devolução do contêiner) e a natureza jurídica da *demurrage*, que, não obstante também objetivasse impor a devolução do contêiner, não seria uma cláusula penal (peça 3, p. 153):

6

SOBRE-ESTADIA DO CONTÊINER:

DEMURRAGE OU SOBRE-ESTADIA DO CONTÊINER: É O VALOR DEVIDO AO TRANSPORTADOR MARÍTIMO, AO PROPRIETÁRIO DO CONTÊINER OU AO AGENTE TRANSITÁRIO PELOS DIAS QUE ULTRAPASSAREM O FREE TIME (PRAZO LIVRE DE COBRANÇA, ACORDADO PREVIAMENTE).

- Os valores de sobre-estadia são livremente negociados.
- A sobre-estadia possui dupla finalidade:
 1. ressarcimento das perdas e danos do transportador marítimo (frete que deixou de obter e prejuízos logísticos com reposicionamento de contêineres, por exemplo);
 2. compelir à devolução do contêiner.
- A ANTAQ busca garantir a transparência e a previsibilidade das cobranças.
- Cabe ao transportador marítimo ou ao proprietário do contêiner manter disponível ao devedor, a partir do primeiro dia de sobre-estadia, a identificação do contêiner e o valor diário a ser cobrado.



Livre estadia do contêiner (free time): prazo previamente acordado para uso do contêiner, sem cobrança de sobre-estadia.

- Prazo previamente acordado para uso do contêiner, sem cobrança de sobre-estadia;
- Livre negociação, mas proibida a cobrança retroativa;

“Once on Demurrage, Always on Demurrage”

O prazo de livre estadia é suspenso por fato imputável diretamente ao transportador, ao proprietário do contêiner ou ao depot, ou ainda por caso fortuito ou força maior.

Por outro lado, se o prazo de sobre-estadia já tiver sido iniciado, não se suspende na intercorrência de caso fortuito ou força maior.

O prazo de livre estadia é suspenso por fato imputável diretamente ao transportador, ao proprietário do contêiner ou ao depot, ou ainda por caso fortuito ou força maior.

Por outro lado, se o prazo de sobre-estadia já tiver sido iniciado, não se suspende na intercorrência de caso fortuito ou força maior.

Atenção: Sobre-estadia **NÃO** possui a natureza jurídica de cláusula penal e sua cobrança **NÃO** é limitada ao valor do contêiner ou do frete.

Caso haja algum problema na importação de mercadorias, é de responsabilidade do usuário ou de seu preposto providenciar, com a maior brevidade possível, a desova da mercadoria e a devolução do contêiner, para evitar o pagamento de altos valores de sobre-estadia.

Talvez por avançar, mediante simples cartilha, na definição da natureza jurídica da sobrestadia, sem amparo normativo, situação que certamente gerou insegurança jurídica, a Antaq, devidamente provocada por associação de usuários, precisou retroceder e, para tanto, editou a Resolução 7.935, de 10/8/2020, pontuando o seguinte (peça 123, DOU de 13/8/2020):

“O DIRETOR-GERAL SUBSTITUTO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ, no uso da competência que lhe é conferida pelo inciso IV do

art. 20 do Regimento Interno, considerando o que consta do Processo nº 50300.012912/2020-70, *ad referendum* da Diretoria Colegiada, Resolve:

Art. 1º Deferir o pedido cautelar de procedência da Associação dos Usuários dos Portos do Rio de Janeiro - USUPPORT, para suspender a Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio, especificamente no que tange à sobrestadia de contêiner (página 7 do documento constante no link <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/CARTILHAANTAQ2018-vf.pdf>, do Portal da ANTAQ), em todos os efeitos internos e externos, o qual deve ser suprimido da referida cartilha até o tema ser esgotado no âmbito do Processo nº 50300.010899/2020-14, ou decisão em sentido contrário da Diretoria Colegiada, uma vez que presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida, perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, bem como a probabilidade do direito contido no pleito deduzido.

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

FRANCISVAL DIAS MENDES
Diretor-Geral Substituto”

De fato, a “nova versão” da “Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio. Resolução Normativa nº 18 – ANTAQ”, disponível para consulta no portal da agência reguladora, não contém referências à sobrestadia de contêineres, conforme o Ministério Público de Contas pôde verificar.

O fato é que a regulação ora existente, como se verifica ao longo do presente processo, não se mostra satisfatória para as necessidades do mercado, haja vista, entre outros fatores, a definição unilateral dos preços das diárias de sobrestadia pelos grandes *players* do mercado e a hipossuficiência dos demais agentes nesse quesito.

Atenta a esse problema regulatório e à “*necessidade de desenvolvimento de metodologia regulatória que vise identificar a possível abusividade na cobrança de sobrestadia de contêineres (demurrage)*”, a Antaq incluiu o tema em sua agenda regulatória.

A agenda regulatória é uma ferramenta de planejamento institucional, que indica ao setor regulado e à sociedade em geral os temas regulatórios prioritários da Antaq para o período bienal. É produzida por meio de um processo participativo que busca envolver as unidades organizacionais internas, bem como os entes públicos e privados e a sociedade civil, e objetiva aumentar a efetividade da atuação da Antaq por meio do aumento da transparência e da previsibilidade das ações da agência.

Na Agenda Regulatória – Biênio 2020/2021, aprovada por meio da Resolução 7.754-Antaq, de 12/5/2020, consta o item “2.2 Marítima: Metodologia sobre abusividade de cobrança de sobrestadia de contêineres”:

(...)

Como se verifica no Painel da Agenda Regulatória, o cronograma previsto e o percentual de conclusão, de acordo com consulta feita pelo Ministério Público de Contas ao portal da Antaq, são os seguintes (posição do dia 18/5/2021):

AÇÃO	DATA DE INÍCIO/ DATA DE TÉRMINO	% DE CONCLUSÃO
Elaboração de Relatório de AIR	01/07/2020 a 01/10/2020	100
Participação Social sobre AIR Preliminar	02/10/2020 a 20/01/2021	6,25
Desenvolvimento da Intervenção Regulatória escolhida	30/12/2020 a 09/06/2021	-
Participação Social sobre AIR Final e Documentos de Intervenção Regulatória Preliminares	09/06/2021 a 03/09/2021	-
Deliberação sobre Documentos de Intervenção Regulatória Finais	03/09/2021 a 31/12/2021	-

Embora atrasada em relação às gritantes necessidades do mercado, considerando que a abusividade na cobrança da *demurrage* se prolonga há anos, visto que os abusos precedem a edição da Resolução Normativa 18/2017, e também atrasada em relação ao cronograma definido na Agenda Regulatória 2020/2021, a atuação da Antaq evidencia, no momento, avanços gradativos e necessários.

Em todo esse contexto, as perguntas lançadas pelo denunciante e endereçadas a esta Corte de Contas suscitam profundas reflexões sobre a matéria, a saber (peça 7, pp. 31/2, item 134):

“(i) A Antaq possui estudos técnicos aprofundados sobre o tema da presente denúncia, que contenham inclusive entrevistas com usuários, principalmente importadores, que são os que mais pagam sobrestadias de contêineres (*demurrages*) para fazer regulação eficiente da cobrança?

(ii) Partindo do princípio que as indenizações pré-fixadas são impostas ao mercado e que a massa de empresas pequenas e médias não têm poder de barganha para negociar, a Antaq possui estudos no sentido de comprovar que os transportadores marítimos estão, de fato, se indenizando dos prejuízos com as retenções de seus contêineres e praticando valores em bases justas, garantindo o serviço adequado, sem obtenção de receitas?

(iii) E quanto aos intermediários, que colocam sobrepreços sobre as sobrestadias cobradas pelos transportadores marítimos, mas que não possuem frotas de contêineres, usando as unidades dos transportadores? Será que, de fato, eles estão se indenizando? Do que estão se indenizando? Qual o prejuízo logístico dos intermediários que justifique este sobre-preço?

(iv) Por que, durante Audiência Pública da RN 18/2017, momento propício para abrir as discussões, mesmo considerando o tema relevante, a Antaq optou por não enfrentar a natureza jurídica da sobrestadia, mas, na sua cartilha lançada em 2018 deu duas naturezas jurídicas à cobrança, ou seja, cláusula penal, sem limitar a cobrança, para justificar os valores cobrados pelos transportadores, e indenização, para que os transportadores possam fazer jus à quantia?

- (v) Como evitar a coação do usuário (aderente ao contrato), por parte do prestador de serviço, no momento da assinatura do termo de responsabilidade, quando este contrato está repleto de cláusulas abusivas, com o foro de eleição muito distante do local de desembarque e devolução do contêiner e com valores abusivos e não registrados na Antaq? Como evitar a celebração da assinatura quando não há procedimentos a serem cumpridos pelo prestador de serviço?
- (vi) Como um Magistrado poderá condenar um usuário ao pagamento de *demurrage* com modicidade na cobrança, quando não há termo assinado e se não há registro do preço na agência competente?
- (vii) Como é possível um agente intermediário obter receita com a cobrança de *demurrage*, em valor várias vezes superior ao que o armador obteve com o frete no ciclo econômico da operação com base nos casos expostos na denúncia?
- (viii) Como garantir a função social do contrato de transporte marítimo e o serviço adequado por meio da modicidade no preço da sobrestadia de contêiner se não há qualquer tipo de regulação econômica sobre tal cobrança? Como proporcionar competitividade ao usuário brasileiro no comércio marítimo doméstico (cabotagem) e de comércio exterior, se o maior custo do usuário (a sobrestadia de contêiner) não tem regulação econômica por parte do Estado Brasileiro (Antaq)?”

Em pareceres uniformes, a zelosa SeinfraPortoFerrovia opina, em detalhada e ponderada instrução, no seguinte sentido (peças 129 a 131):

- “1) conhecer da presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 234 e 235, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- 2) manter a chancela de sigiloso apenas no que tange às peças 1 a 7 e 110 dos presentes autos, que contemplam informações sensíveis como detalhes de ações judiciais e dados comerciais e fiscais apresentados pelo denunciante;
- 3) determinar à Antaq, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315, de 2020, que:
 - 3.1) realize, até o fim do período da Agenda Regulatória 2020/2021, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobrestadia de contêiner (*demurrage*), em observância ao art. 27, incisos II e IV da Lei 10.233/2001, ao art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019 e ainda no art. 3º e arts. 5º a 15 do Decreto 10.411/2020, observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018);
 - 3.2) fundamente a escolha regulatória adotada com base em estudos e na demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado, em atendimento ao art. 20, inciso II, alínea ‘b’, da Lei 10.233/2001; e aos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999;
 - 3.3) na análise de impacto regulatório a ser feita, avalie alternativas de metodologias de cálculo de padrões quantitativos de abusividade da cobrança de sobrestadia, de modo que eventual cobrança prevista em contrato respeite a função social do contrato e a boa-fé objetiva, em observância ao art. 7º do Decreto 10.411/2020, bem como aos arts. 413, 421 e 480 do Código Civil;
- 4) dar ciência à Antaq, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315, de 2020, que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão feito sem demonstração robusta através de análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea ‘b’;
- 5) encaminhar cópia da presente instrução, bem como das peças 1, 2, 3 e 110 dos presentes autos à Receita Federal do Brasil para que adote as medidas que entenda cabível, visando apurar os indícios de sonegação fiscal na cobrança de sobrestadia de contêiner, apontados na presente denúncia;

- 6) informar à Antaq e ao Denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e
- 7) arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal.”

II

A unidade técnica especializada lançou muitas luzes sobre o tema e chegou a conclusões pertinentes.

Da instrução final a cargo da SeinfraPortoFerrovia, merecem destaque, entre tantas outras, as ponderações que seguem (peça 129, itens 89 a 92):

a) a Antaq é hoje o ente público mais capaz de obter informações e, conseqüentemente, de compreender de forma precisa o enquadramento jurídico da sobrestadia. Seu posicionamento regulatório acerca da natureza da questão poderia dar segurança jurídica e lançar luz sobre o tema, colaborando inclusive na pacificação da questão no poder judiciário;

b) afirmar que a existência de debates jurídicos em torno do assunto e que a adoção de uma natureza jurídica em detrimento de outra traz consideráveis impactos regulatórios sem a demonstração, com estudos ou dados técnicos, não pode ser considerado um argumento suficiente para a escolha feita. Isso porque esses impactos não foram especificados, analisados nem demonstrados no processo de formação da Resolução Normativa Antaq 18/2017, em virtude de não ter sido feita uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) envolvendo a discussão;

c) o mero argumento de que a adoção em norma de um determinado enquadramento jurídico para a sobrestadia (indenização ou cláusula penal) configuraria uma “tarefa muito árdua” para os transportadores marítimos a fim de adaptarem seus contratos a um novo entendimento também não pode servir de base para que a agência decidisse se abster de enfrentar a natureza jurídica da cobrança e, conseqüentemente, de limitar valores. Seria necessário, para tanto, estudar e demonstrar que os custos regulatórios da medida seriam superiores aos benefícios sociais e econômicos para o mercado como um todo, considerando não apenas os transportadores, mas também os usuários, que são, sim, partes hipossuficientes no contexto da navegação marítima no Brasil e no mundo, haja vista o poder daqueles que ofertam os serviços em um mercado oligopolizado como o da navegação de carga containerizada;

d) o entendimento expressado de que a adoção do caminho da cláusula penal traria enormes prejuízos ao setor, sem a demonstração de quanto seria esse prejuízo, não é um argumento válido e esperado tecnicamente de uma agência reguladora, tendo em vista que considera apenas os benefícios auferidos pelos transportadores e desconsidera o lado do usuário, que tem o direito de contratar o transporte em regime de eficiência, bem como desconsidera a visão de país, de nação, visto que o elevado valor do frete e de eventuais valores acessórios a ele relacionados e que lhes são intrínsecos, como a sobrestadia, impacta a competitividade do produto nacional.

Também é de todo pertinente o apontamento da instrução no sentido de que “a indefinição por parte do órgão regulador sobre a natureza da sobrestadia gera insegurança jurídica no mercado regulado, aumentando o índice de judicialização da questão” e afetando “a própria discussão quanto aos limites quantitativos da cobrança da sobrestadia, e os custos totais do transporte aquaviário de contêiner no Brasil” (peça 129, item 96).

Recente evento promovido pela Revista Portos e Navios tratou, em 8/3/2021, da “Demurrage sob a ótica da RN-18/Antaq” e bem descreveu as dificuldades que atravessam o tema:

“A demurrage de contêineres é um tema sempre polêmico.

A demurrage, não é de hoje, impacta fortemente os negócios de importação e exportação.

Se não bem dimensionada, pode inviabilizar o mercado do transporte de mercadorias para os usuários que não estiverem preparados para evitá-la.

A sua natureza jurídica é um ponto delicado e motivo de muita discussão entre os envolvidos no setor marítimo.

Aprofundar o debate no contexto jurídico impacta também na sua regulação pela Antaq, especialmente no que diz respeito à RN 18.

Pacificar o entendimento jurisprudencial, doutrinário e regulatório é o grande desafio, sobretudo se o objetivo é buscar segurança jurídica no setor.

Questões como a alegada abusividade nos valores praticados, transparência, previsibilidade na cobrança, liberdade econômica e autorregulação do mercado são apenas um dos muitos temas a serem abordados na temática escolhida para este Webinar.”

Flávia Morais Lopes Takafashi e Luciana Vaz Pacheco de Castro, duas das palestrantes no aludido evento, publicaram em conjunto, no dia 30/3/2021, o artigo “A natureza jurídica da cobrança de sobrestadia (*demurrage*) de contêineres”, que traça uma linha do tempo e desperta o leitor e os interessados, tanto quanto os órgãos de controle, para aspectos interessantes que permeiam o assunto:

“Por conta da dinamização do mercado de transporte marítimo e do significativo valor agregado capitalizado com a movimentação de mercadorias acondicionadas em contêineres, os armadores de navios (transportadores) de carga passaram a se dedicar a um rígido controle de disponibilização e devolução desse ferramental logístico, tendo sido a cobrança de *demurrage* de contêineres (sobrestadias) uma medida de responsabilização cada vez mais constante nas relações de transportes.

A escassez de contêineres em determinados portos, bem como o alto custo de reposição desses cofres de carga, alavancaram há tempos a necessidade de se cobrarem altos valores de *demurrage* (que ocorre na importação, sendo que na exportação o termo utilizado é *detention*) como forma de reposição de perdas econômicas e de estabelecimento de uma disciplina mercadológica adequada às necessidades do comércio; motivo pelo qual a *demurrage*, ou sobrestadia de contêineres, integralizou as operações de transporte de mercadorias em todo o mundo a partir do século XX.

(...)

Trata-se de um instituto de Direito Privado, de natureza contratual (eminentemente obrigacional, de modo que não se olvida da aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*), e próprio do direito marítimo.

Originalmente, o termo *demurrage* era aplicável aos contratos de fretamento por viagem [art. 2º, III, da Lei 9.432/2019, ‘*afretamento por viagem é o contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens (...)*’], quando se estabelecia para cada uma das viagens, para o ciclo de viagens contratadas, um período de *laytime*, a fim de carregar e descarregar a carga, cobrindo-se a perda sofrida pelo fretador durante esse tempo [*Laytime* é o período de tempo em que o navio ficará disponível no cais ao afretador para as operações de carregamento e descarregamento de carga, sem que tenha de pagar nenhum adicional por isso].

O racional da cobrança da sobrestadia era remunerar ou indenizar o proprietário do navio pelo tempo em que sua embarcação estava afastada de sua atividade-fim, qual seja, a realização do ato de transportar *de per se*. Assim, o pensamento deve ser o mesmo quando se trata de sobrestadia de contêiner, sobretudo se considerado que o contêiner não se confunde com a mercadoria transportada; não constitui embalagem da mercadoria, sendo parte ou acessório do veículo transportador.

Pierre-Jean Bordahandy ensina-nos que a expressão sobrestadia de contêiner ‘pretende referir-se ao período durante o qual um contêiner começa a acumular custos adicionais para o remetente ou o destinatário, porque foi mantido à sua disposição em período maior do que o período acordado de dias livres’.

Em outras palavras, sempre que o consignatário (figura que pode ser estendida a outros personagens, e por isso denominada muitas vezes nos contratos de transporte simplesmente como ‘negociante’) não devolver o equipamento, respeitando a estadia livre ou *free time* que é concedido pelo transportador, incorrerá em sobrestadia de contêiner.

Na prática, ao receber uma carga devidamente acondicionada em contêiner, após previamente avisado da chegada do navio, o consignatário possui uma quantidade determinada e previamente acordada de dias para usar o equipamento, período que engloba, inclusive, a liberação junto à Aduana (e eventualmente outras autoridades envolvidas, como Anvisa ou Mapa), e demais

providências, devendo, ao final, proceder a devolução do ferramental logístico devidamente livre e desembaraçado ao seu proprietário ou representante; sendo que a sua não devolução no prazo e nas condições estabelecidas acarreta a cobrança da parcela de sobrestadia correspondente ao tempo excedente.

Obviamente imprevistos podem acontecer nesse trâmite – até porque essa cadeia engloba um número grande de interlocutores – e o atraso na devolução ocorre por conta de diversos motivos.

Por isso, vale registrar que uma logística de cargas eficiente pressupõe que os meios de transporte (tanto os navios quanto os contêineres) sejam otimizados à medida que aumenta seu tempo destinado à atividade de transportar (levar a carga de um destino a outro) e que diminui seu tempo de carregamento/descarregamento. Uma logística inteligente e integrada é igualmente relevante para facilitar e agilizar o uso e devolução dos cofres ao transportador marítimo para serem usados em outras demandas.

É ponto pacífico que a possibilidade de cobrança da sobrestadia de contêiner está prevista no contrato de transporte, que é representado pelo conhecimento de embarque ou *Bill Of Lading*, de tal modo que todas as partes intervenientes nessa relação obrigacional estão habituadas a essa realidade.

No entanto, não se olvida a existência de duas correntes dominantes que discorrem sobre a natureza jurídica da sobrestadia de contêiner.

Uma corrente que entende a cobrança como de natureza indenizatória e outra que se refere à sobrestadia como sendo cláusula penal.

Essa diferenciação parece ganhar relevo vez que, dentre um dos principais argumentos, os defensores da natureza jurídica como cláusula penal ponderam pela limitação do seu valor ao da obrigação principal, por lhe ser acessória, ao passo que a indenização, em princípio, não haveria qualquer teto, na medida em que deve corresponder à extensão do dano, ainda que pré-fixado.

Seja como for, a discussão é acalorada.

Como indenização, segundo os preceitos do Código Civil Brasileiro, emergem três requisitos legais obrigatoriamente, quais sejam: a culpa (numa de suas modalidades quando subjetiva, ou seja, negligência, imperícia ou imprudência),nexo de causalidade e dano.

A culpa é fundada no descumprimento da cláusula contratual que prevê a incidência da sobrestadia diante da devolução intempestiva do contêiner, interligada ao nexos causal e aos prejuízos, os quais são pré-fixados contratualmente diante dos prejuízos sofridos com a perda de novos fretes e oneração da logística para suprir as necessidades dos usuários que demandam contêineres, situação essa que, aliás, se acentuou bastante de forma global em tempos de pandemia. A propósito, enfatiza-se que os prejuízos são previamente calculados a uma cadeia logística de movimentação de cargas que, por ser dinâmica, célere e de caráter transnacional, sofre impactos importantes em face da mora na devolução dos contêineres.

A crítica reside na questão atinente à prefixação dos prejuízos contratualmente e nos altos valores cobrados, a despeito de essas quantias serem progressivas de acordo com o tempo correspondente em que o usuário retém a unidade além do permitido. As cobranças se dão por períodos, de forma sucessiva, e o valor de cada período não alcança o valor do frete ou do próprio contêiner, que são seguramente mais elevados.

Por sua vez, ao dispor sobre cláusula penal, o sistema jurídico brasileiro preceitua que se trata de montante preestabelecido contratualmente, cujo objetivo é reparar o possível dano sofrido por qualquer das partes signatárias da avença em caso de inadimplemento da obrigação. Para ser devida a obrigação imposta como cláusula penal, exige-se do credor apenas a comprovação da mora do devedor (independente de culpa), cujo montante a ser pago deverá estar limitado ao valor da obrigação principal e fixado no bojo do próprio contrato firmado entre as partes.

A parcela doutrinária que sustenta a caracterização como cláusula penal assevera que a *liquidated damage*, ou indenização prefixada do sistema *common law*, quando analisada sob a égide da *civil law*, aperfeiçoa-se com o que se reconhece como as cláusulas penais do direito brasileiro.

Ainda para os defensores dessa corrente, a *demurrage* tem natureza de cláusula penal contratual, independente de culpa, não limitada ao valor da obrigação contratual, e prescinde da demonstração do dano efetivo sofrido em decorrência do ato do devedor, uma vez que as

disposições pactuadas entre as partes, ou os costumes impostos pela *lex mercatória*, já asseveram a obrigação de indenizar em caso de inadimplemento da obrigação.

Sob essa perspectiva, os usuários invocam a necessidade de modicidade dos valores como forma de garantir um serviço adequado e cobram a interferência do Estado diante da ausência de critérios objetivos para fixação da *demurrage*.

Essa linha doutrinária sustenta que o valor da cláusula penal não pode ser maior do que o da obrigação principal, que seria, segundo uns, o frete, e segundo outros, o valor do próprio contêiner, invocando o disposto no artigo 412 do Código Civil.

Esse argumento é contraposto pelos armadores por entenderem que a questão não é tão simples e envolve os prejuízos de toda a cadeia logística global, além do fato de que o valor somente atinge somas expressivas, muitas vezes, por desídia do usuário em providenciar a devolução do equipamento no prazo que lhe é dado.

Isso significa, em outras palavras, que não se poderia levar em conta apenas o valor da sobrestadia a pagar, sem considerar o total de dias em que houve o excesso na utilização da unidade.

No entanto, pouco – ou nada – se diz a respeito das causas que levam à demora no uso dos equipamentos.

Estratégia comercial ou motivos alheios à vontade do usuário são algumas das explicações recorrentes.

Situações de greve como forma de caracterizar a hipótese de caso fortuito e força maior para desconstituir o nexo de causalidade da obrigação de indenizar são também afastadas pelos Tribunais sob o fundamento de que movimentos paredistas devem ser esperados pelos usuários de tal forma que não constitui fato imprevisível ou inesperado.

Diante desse impasse, os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos criaram uma linha jurisprudencial tendente a conferir à *demurrage* de contêineres a natureza indenizatória de origem obrigacional entre os sujeitos de direito privado, desvinculada das despesas de armazenagem, cujo montante a ser pago pelo devedor não está limitado ao valor da obrigação principal e independe de demonstração de culpa do devedor.

Essa natureza jurídica ímpar de caracterização do instituto da *demurrage* já foi assentada em diversas oportunidades na jurisprudência.

A propósito, confira-se:

‘A *demurrage* tem natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do artigo 412 do Código Civil. 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 de o Poder Judiciário premiar a conduta faltosa da parte devedora.’ (STJ, REsp n.º 1.286.209/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha)

‘De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, as *demurrages* têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, sendo necessária, apenas, a comprovação da mora na devolução dos *containers*.’ (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 868193/SP, Rel. Min. Marco Buzzi).

No voto condutor do acórdão proferido no julgamento do REsp n.º 1.355.173/SP, o Ministro Luis Felipe Salomão, ao discorrer a respeito da natureza jurídica da sobrestadia de contêineres, pontuou: ‘(...) Em suma, sobrestadia 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’.

A respeito da alegada limitação, firmou-se entendimento de que ‘A *demurrage* consiste em indenização convencionada pelas partes, razão pela qual resoa indevida a aplicação do art. 412,

do CC/02, para limitá-la ao valor da obrigação principal'. (STJ, REsp n.º 1.554.480/SP, rel. Min. Nancy Andrighi)

Fixada na jurisprudência vigente, é de todo prudente garantir a segurança jurídica daqueles que são alcançados pela aplicação da natureza jurídica da sobrestadia, a fim de que os envolvidos possam ter tranquilidade e transparência no exercício de suas atividades-fim, sobretudo quando o momento atual da economia global exige um esforço hercúleo de todos os *players* para serem atuantes e, mais, competitivos.

A apuração dos gargalos na cadeia logística também é relevante no contexto apresentado, até mesmo como forma de aperfeiçoamento dos pontos eventualmente sensíveis.

Assim, se indenização ou cláusula penal, certo é que, se o fator desencadeante da sobrestadia é a demora no uso do equipamento (ponto em que todos parecem concordar), torna-se pertinente, no exercício das ideias de cunho científico, perquirir as suas causas como forma de se solucionar efetivamente o impasse, afinal, o interesse é comum, tanto da parte do usuário, como do transportador, qual seja, movimentar a carga e fazer girar a economia.”

Como contribuição ao debate, a SeinfraPortoFerrovia discorreu acerca da sobrestadia como indenização e como cláusula penal.

Com base no arrazoado da unidade técnica, o Ministério Público de Contas elaborou o quadro sintético que segue, para ilustrar, mais uma vez, a complexidade do assunto (peça 129, itens 100 a 129):

SOBRESTADIA COMO INDENIZAÇÃO	SOBRESTADIA COMO CLÁUSULA PENAL
Fundamento: 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, equitativamente, a indenização.”	Fundamento: Código Civil: art. 408 e seguintes. “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.”
Natureza jurídica: configura uma reparação, uma recomposição do dano ou do prejuízo sofrido pela parte que a reclama.	Natureza jurídica: só tem lugar quando o devedor deixar de cumprir a prestação convencionada. Por isso, ela tem um caráter de obrigação acessória, que induz um comportamento corretivo (no caso da sobrestadia, o de devolver o contêiner no prazo indicado).
Limite: indenização não poderá ser superior ao dano, ou seja, o valor do que o transportador deixou de ganhar com o contêiner parado, o que remete ao valor do próprio frete naquele período e à recomposição do	Limite: como obrigação acessória, seu valor fica limitado ao frete, que é objeto do contrato principal: “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

SOBRESTADIA COMO INDENIZAÇÃO	SOBRESTADIA COMO CLÁUSULA PENAL
prejuízo do próprio contêiner.	
Extrapolação do limite: o valor deve ser reduzido de forma equitativa.	“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.”
Jurisprudência: natureza jurídica de indenização prefixada por descumprimento contratual, a fim de compensar o proprietário pela retenção do cofre por prazo superior ao convencionado, independentemente da demonstração de culpa.	Jurisprudência: penalidade estipulada em contrato entre o tomador da unidade de carga e aquele que a disponibilizou, razão pela qual se exige a comprovação da responsabilidade subjetiva do tomador (culpa ou dolo).
Há a necessidade de se demonstrar a existência do prejuízo, que deve sempre ser liquidado e ter por parâmetro a quantidade de fretes e os respectivos valores a eles atinentes, que deixou de auferir sem o equipamento à sua disposição. Assim, a quantia máxima recuperável deve representar as perdas resultantes do atraso na devolução da unidade de carga. Os valores pré-fixados em contrato devem corresponder à cobertura das perdas de frete afetadas pelo atraso ou da consequente redução no número de viagens.	O inadimplemento do contrato pode tanto ocorrer por força de eventos da natureza, como deslizamentos de encosta, tempestades, enchentes, bem como por fato de terceiro alheio à relação contratual, como greve de auditores fiscais, atraso na liberação da mercadoria, interrupção de vistorias etc. Havendo eventos imprevisíveis ou obstáculos à execução das obrigações, sem culpa do devedor, não há que se falar em cláusula penal.
O valor da indenização deve corresponder ao prejuízo que foi efetivamente sofrido	Pontos positivos sob a perspectiva dos usuários das unidades de carga: a) a sobrestadia só será devida caso o inadimplemento tenha ocorrido por fato

SOBRESTADIA COMO INDENIZAÇÃO	SOBRESTADIA COMO CLÁUSULA PENAL
<p>pela empresa de navegação e a ele deve ser limitado. Não pode ultrapassar o valor do efetivo prejuízo nem mesmo quando não previsto contratualmente. O dever de comprovar o dano deve estar presente na norma regulatória existente.</p>	<p>imputável ao exportador/importador; b) possibilidade de ter a ciência prévia do valor a ser pago no caso de descumprimento contratual; c) limitação do valor pelo que preceitua o art. 412 do Código Civil ou pelo valor do contêiner.</p>
<p>O Código Civil apenas afasta o dever de liquidação do dano nos casos de cláusula penal: “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.”</p>	<p>Ponto negativo: independentemente de ter havido prejuízo por parte do armador, ou tendo este sido menor, a cláusula penal será sempre devida.</p>

Como bem pontuou a unidade técnica (peça 129):

“128. Demonstrados acima que a fixação da natureza jurídica do instituto traz consequências distintas em relação ao montante possível de sobrestadia e à maneira de comprovação, verifica-se que a Antaq não poderia se furtar a enfrentar a discussão acerca do enquadramento legal da cobrança. É preciso sim haver uma definição, a fim de dar segurança jurídica aos *players* do mercado. Note-se que um ou outro enquadramento (indenização ou cláusula penal) trará consequências para os valores cobrados. Se entendido como indenização, deve esta se limitar ao prejuízo causado, devendo este ser demonstrado, o que deveria estar previsto na norma da Antaq. Por outro lado, se entendido como cláusula penal, o valor da *demurrage* está limitado ao valor da obrigação principal e, portanto, ao valor do frete.”

A SeinfraPortoFerrovia também foi tecnicamente precisa e feliz ao afirmar que “*o conceito de modicidade é amplo, não se restringindo ao frete e tarifa e podendo alcançar a demurrage (sobrestadia)*”, haja vista os fundamentos da instrução reproduzidos a seguir (peça 129):

“155. (...) é irrazoável e contra sistêmico aplicar a modicidade ao frete e não aplicar à indenização que decorre do frete e a ele indissociável, uma vez que sem a contratação do frete, não haveria que se falar em *demurrage*. O que importa é que o serviço seja módico, o que alcança todos os valores que permeiam o valor final cobrado do usuário porque é o montante final e total que impacta na competitividade do produto brasileiro.

156. Por isso, erra a Antaq ao entender que a sobrestadia não se subordina ao princípio da modicidade, pois se aplicaria apenas aos preços, fretes e tarifas.

157. Já o uso da expressão base justa deve apontar para a necessidade de que no cálculo dos valores devidos de sobrestadia sejam observados a função social do contrato, as normas de hermenêutica jurídica contidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e os ditames legais previstos no Código Civil que tratam da boa-fé objetiva e da limitação de cobranças excessivas e imorais, que serão adiante abordadas.”

De fato, a liberdade contratual sofre mitigação por fatores de ordem variada, inclusive na seara do transporte marítimo no Brasil. Nessa linha de raciocínio, o Ministério Público de Contas socorre-se, mais uma vez, da sólida análise levada a efeito pela unidade técnica especializada:

a) a contratação e a execução do contrato devem obedecer à função social do transporte, permitindo a circulação de bens e pessoas no país, e o contrato não deve permitir cobranças irrazoáveis e desproporcionais (peça 129, item 169);

b) há um forte desequilíbrio no poder de barganha do usuário em relação ao armador, logo, os valores de *demurrage* não devem ser livremente definidos pelo mercado, uma vez que devem guardar correlação com os custos dos serviços prestados, em regime de eficiência. Soma-se a esta exigência legal (art. 11, IV, da Lei 10.233/2001) a própria justificativa econômica da regulação, que prevê a atividade do regulador em falhas de mercado (peça 129, item 180);

c) a condição de vulnerabilidade do usuário ao negociar o seu contrato em um mercado concentrado, de poucos *players* ofertantes do serviço, como é o da navegação marítima, é apontada no relatório do *International Transport Forum* (ITF) (2018), o qual afirma haver concentração no mercado de transporte marítimo, uma vez que 60% do volume de contêineres transportados no mundo foi feito por apenas quatro empresas (Maersk Line, Mediterranean Shipping Company – MSC, CMA-CGM e Cosco) (peça 129, item 182);

d) a desigualdade do poder de barganha entre os transportadores e os usuários é demonstrada pelo denunciante ao discorrer que os armadores estipulam os prazos e os valores das sobrestadias em espécie de termo de compromisso para garantir a devolução do contêiner, os quais devem ser assinados pelos importadores. Este termo é um documento com o qual o usuário deve concordar e assinar, sob pena de ter a carga ilegalmente retida por meio de bloqueio no sistema Siscomex Carga (Siscarga) (peça 129, item 183);

e) na peça 16, são demonstrados procedimentos que criam obrigações que compelem ao pagamento das sobrestadias à margem de qualquer liberdade de negociação, ao se exigir o pagamento antes da devolução de equipamentos e antes de se disponibilizar o endereço do local para a devolução do contêiner até que o pagamento haja sido efetuado (peça 129, item 184);

f) na peça 110, são demonstrados modos operantes praticados pelos transportadores marítimos, como assinatura forçada de termos de compromisso, em que o usuário é obrigado a concordar com regras leoninas, depósito forçado, a título de caução de sobrestadia, o que demonstra que não há poder de barganha por parte do usuário, sendo as regras determinadas e impostas pelos armadores (peça 129, item 185);

g) a condição de vulnerabilidade impõe a intervenção da agência, a fim de garantir a igualdade da relação entre as partes (peça 129, item 186).

A liberdade contratual, convém lembrar, tem fundamento no art. 5º, II, da Constituição Cidadã de 1988, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Nessa vereda, o Supremo Tribunal Federal tem preciosas lições a respeito:

“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de

relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, *DJ* de 12-5-2000.] Vide HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, *DJE* de 3-9-2010.”

“6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.” (HC 93250/MS, rel. min. Ellen Gracie, j. 10-6-2008, 2ª T, *DJE* de 27-6-2008)

Ainda de acordo com as apropriadas ponderações da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura:

- a agência possui o dever de intervir para corrigir distorções e externalidades negativas no mercado de navegação e restabelecer o reequilíbrio e a igualdade entre os *players* do mercado (peça 129, item 188);
- o fato de o costume de cobrar a sobrestadia, mesmo sem previsão expressa no contrato, ser considerado válido, não permite cobrança de valores abusivos (peça 129, item 194);
- na realidade do comércio exterior brasileiro, um pequeno grupo de *players* determina as regras para a esmagadora maioria dos usuários (peça 129, item 195);
- o princípio do *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de que o credor de uma relação jurídica possui o dever de mitigar seus próprios prejuízos, buscando adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Na realidade jurídica interna, o princípio em questão encontra fundamento na boa-fé objetiva, no abuso de direito e no dever de colaboração e cooperação (peça 129, item 202);
- se há a pretensão de internalizar os costumes internacionais, como bem defende a Antaq, também se devem internalizar os princípios do direito costumeiro e marítimo que giram em torno da flexibilização do *pacta sunt servanda* diante de cobranças excessivas e abusivas, o que justificaria a atuação da agência para limitar a cobrança de sobrestadia acima de um determinado patamar (peça 129, item 205);
- a demora na devolução do contêiner, decorrente da própria complexidade de operação nos portos brasileiros, com diversos entes administrativos atuantes, demora em desembarço de mercadorias, problemas logísticos, faz com que o credor da *demurrage* deva atuar para mitigar o dano ou reprecifique o seu frete, de maneira a adequar o objetivo contratual à realidade brasileira (peça 129, item 207);
- as partes contratantes devem dispensar uma à outra um clima de cooperação e lealdade e não devem estabelecer cláusulas que vão de encontro aos interesses da coletividade, que, no caso do transporte marítimo de cargas, é expressado no interesse coletivo de se contratar o transporte sob o regime de eficiência, consoante a previsão dos arts. 4º, § 2º, e 11, IV, da Lei 10.233/2001 (peça 129, item 208).

Veja-se, por oportuno, fragmento da dissertação de mestrado de André Luiz de Souza:

“Fernando Facury Scaff (2001, p. 340) aborda a questão da seguinte forma: a faculdade que os agentes privados possuem para buscar o lucro capitalista (no sentido do quanto maior, melhor) decorre de diversos princípios estampados na Constituição Federal de 1988, principalmente no art. 170. O referido dispositivo prevê os princípios considerados como fundamentais para o desenvolvimento do país, tais como o princípio do direito de propriedade (cujo corolário é o da

propriedade privada dos bens de produção), e o da liberdade de iniciativa (que por sua vez engloba o da liberdade para contratar), e traduz um regime econômico liberal de mercado, no qual as empresas podem legitimamente direcionar seus esforços no sentido de buscar o lucro capitalista. Porém, o mesmo artigo constitucional mitiga e impõe limites a essas atividades, ao ambiente e a busca pelo pleno emprego. Da mesma forma, nem mesmo no campo unicamente privado, não é permitido que a busca pelo lucro seja imune a qualquer tipo de limite:

‘[...] o conteúdo do Princípio da Lucratividade não indica a busca desenfreada pelo lucro capitalista, mas a busca de um equilíbrio entre a impossibilidade de alcançar margens de lucros mínimas que permitam o desenvolvimento dos negócios sociais e a imoralidade da perseguição alucinada pela obtenção da maior quantidade de mais valia que for possível, ou seja, através da maior exploração do homem pelo homem, que implique violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa.’

A lucratividade que decorre do ordenamento jurídico brasileiro pode ser analisada, portanto, sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito a um direito que as empresas possuem de buscar o lucro. O segundo consiste no dever de não extrapolar os limites, tornando-os abusivos. Quando a questão entra na seara pública, esse segundo aspecto ganha relevância e exige maiores cuidados.”

Em função do exposto, resta evidente a necessidade de a Antaq avançar, com urgência, na regulação do tema em destaque nestes autos, de modo a, com foco no interesse público e no equilíbrio do ambiente de transporte marítimo, estabelecer critérios técnicos bem definidos e responsabilidades que possam inibir cobranças abusivas a título de sobrestadia.

III

No presente processo, os pedidos do denunciante são de o TCU (peça 7, pp. 33/4, grifos originais):

“(i) **deferir as providências cabíveis no sentido de apurar os fatos ora denunciados**, tendo em vista a ineficiência e omissão da Antaq na regulação do serviço adequado no setor de transporte marítimo, a fim de que esta agência reguladora, observando-se as melhores práticas de outros países sobre a regulação econômica da sobrestadia de contêiner: (i.1) crie uma política de regulação econômica para a sobrestadia de contêiner, (i.2) com cadastro prévio do prestador de serviço; (i.3) com padronização das cláusulas do termo de responsabilidade; assim como o (i.4) seu registro na Antaq; (i.5) registro dos preços de *demurrage* e (i.6) acompanhamento dos preços e (i.7) critérios objetivos para regular de forma eficiente, até mesmo limitando, se for o caso, a sobrestadia de contêiner, por meio de estudo técnico e propositura do tema em audiência pública a fim de reformar a RN 18/2017, para que tal preço seja regulado;

(ii) **deferir auditoria operacional da Antaq**, convocando (ii.1) os principais *players* do setor envolvidos, ou seja, apenas usuários donos de carga e transportadores marítimos, para que todos os fatos e fundamentos trazidos na presente petição sejam apurados e constatados, embasando, assim, uma decisão técnica dessa Egrégia Corte de Contas no sentido de fazer a Antaq cumprir sua função, que é a de regular de fato o setor e conter todas as externalidades negativas aqui expostas, tudo em prol do serviço adequado e do combate à sonegação fiscal, eventualmente existe [existente] nesse setor;

(iii) se entender necessário, convocar a Receita Federal e representantes de fiscos estaduais e municipais para tratar de eventuais sonegações fiscais referentes a valores que extrapolem as indenizações;

(iv) defira a entrada [do denunciante] como parte interessada no processo e;

(v) determinar o sigilo dos documentos juntados e dos nomes das empresas usuárias donas de cargas.”

Em razão de suas competências constitucionais e legalmente atribuídas, não cabe ao Tribunal de Contas da União, em tese ou no caso concreto, decidir sobre a opção regulatória adotada, sem prejuízo da sua prerrogativa de se posicionar quanto à legalidade e à legitimidade dos atos da

agência reguladora. Essa foi a linha decisória acertadamente adotada no Acórdão 2.121/2017 – Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas.

Os julgados a seguir, entre outros, dão a tônica do largo alcance da fiscalização exercida por esta Corte de Contas em relação às agências reguladoras, consoante Jurisprudência Seleccionada do TCU:

“O TCU pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.” (Acórdão 3251/2020-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO e Acórdão 644/2016-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES)

“A competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras caracteriza-se como controle de segunda ordem, cabendo respeitar a discricionariedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance dos objetivos delineados. Isso não impede, todavia, que o TCU determine a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária dessas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos.” (Acórdão 1166/2019-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES)

“É possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência, uma vez que é dever do Tribunal verificar se as agências estão a cumprir adequadamente seus objetivos institucionais, entre os quais o de fiscalizar e regular as atividades sob sua esfera de competência.” (Acórdão 1704/2018-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

“Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas.” (Acórdão 2314/2014-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE)

“Não compete ao TCU fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente fiscaliza de forma adequada a execução dos contratos celebrados, visto que entendimento contrário implicaria invasão do TCU na seara de atuação das agências reguladoras, esvaziando a competência dessas entidades. Tratando-se da atividade-fim das referidas autarquias especiais, não deve o TCU se substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da agência, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes.” (Acórdão 210/2013-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE)

“A fiscalização do TCU sobre as agências reguladoras é de segunda ordem, cabendo a estas a fiscalização de primeira ordem, bem como as escolhas regulatórias, e ao TCU verificar se não houve ilegalidade ou irregularidade na atuação dessas autarquias especiais.” (Acórdão 2302/2012-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

“Na fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras, o TCU não deve substituir-se aos órgãos que controla, nem estabelecer o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade ou de omissão da autarquia no cumprimento das normas jurídicas pertinentes.” (Acórdão 715/2008-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES)

“O controle do TCU sobre os atos de regulação é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador. No caso de ato discricionário praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não é suprimida a competência do Tribunal para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que viciado em seus requisitos, a exemplo da competência, da forma, da finalidade ou, ainda, inexistente o motivo determinante e declarado. Em tais hipóteses e se a irregularidade for grave, pode até mesmo determinar a anulação do ato.” (Acórdão 602/2008-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

“Compete às agências criadas para o acompanhamento das atividades sujeitas a regulação pública resolverem autonomamente os problemas detectados em suas respectivas áreas de atuação. Cabe ao TCU o controle indireto do setor, voltado exclusivamente para a atuação do órgão regulador (...).” (Acórdão 632/2007-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES)

“A fiscalização do TCU, em processo de regulação, deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, não devendo versar sobre esse jogo regulatório em si mesmo considerado.” (Acórdão 1703/2004-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

Quanto ao pedido de o TCU, se entender necessário, convocar a Receita Federal e representantes de fiscos estaduais e municipais para tratar de eventuais sonegações fiscais referentes a valores que extrapolem as indenizações (peça 7, p. 34), a orientação jurisprudencial desta Casa é a que segue:

“A apuração de possível cometimento de crimes contra a economia popular, de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro, a envolver exclusivamente atividades de empresas privadas, não está inserida nas competências atribuídas ao TCU. A essência da função institucional do Tribunal é a defesa do erário federal mediante a avaliação da conduta de agentes responsáveis por recursos públicos, com a apuração de eventuais prejuízos e descumprimento de normas.” (Acórdão 97/2015-Plenário | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO)

“Nos casos em que as irregularidades relatadas revestem-se das características típicas de possível crime fiscal, matéria que refoge à competência do TCU, deve o Tribunal dar ciência ao órgão fazendário, para que adote as providências de sua alçada.” (Acórdão 1101/2008-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)

À vista de tudo o que consta do presente processo, o MP de Contas não vislumbra a necessidade de realização de auditoria operacional na Antaq (pleito à peça 7, p. 33), cabendo lembrar que a legitimidade para requerer ao TCU a realização de auditoria tem rol bastante restrito (art. 38, I, da Lei 8.443/1992), no qual não se insere o denunciante.

Sobre o pleito do signatário da denúncia de ser admitido como interessado (peça 7, p. 34), cabe ao relator, nos termos dos arts. 144, § 2º, e 146 do Regimento Interno do TCU, avaliar a existência de razão legítima para intervir no processo.

Em suma, nestes autos, as proposições de determinação da unidade técnica especializada guardam total coerência com as competências e com os entendimentos do TCU sobre o alcance da fiscalização a cargo do controle externo. As propostas de determinação também estão aderentes à Resolução TCU 315/2020, segundo a qual as determinações devem ser formuladas para “*interromper irregularidade em curso ou remover seus efeitos*” (art. 4º, I).

A definição da natureza jurídica da sobrestadia de contêiner (*demurrage*) e dos critérios objetivos de cobrança, entre outros fatores, com vistas a coibir a abusividade nos valores atualmente exigidos, é tarefa que indubitavelmente se insere no âmbito de atuação da Antaq, autarquia a quem cabe, a teor do disposto no art. 27 da Lei 10.233/2001:

“II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.”

IV

Em face do que restou apurado nos autos, o Ministério Público de Contas manifesta-se, em atenção à oitiva solicitada pela Procuradoria (peça 127) e propiciada por Vossa Excelência (peça 132), de acordo com a proposição oferecida pela SeinfraPortoFerrovia (peças 129 a 131), sugerindo apenas ajustes pontuais no encaminhamento à peça 129, item 232, a saber:

a) nos subitens 3.1 e 3.2, acrescentar a Lei 13.848/2019 (Lei Geral das Agências Reguladoras) aos fundamentos das determinações, conforme redação que segue (alterações em negro):

“3.1) realize, até o fim do período da Agenda Regulatória 2020/2021, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobrestadia de contêiner (*demurrage*), em observância ao art. 27, incisos II e IV da Lei 10.233/2001, **ao art. 6º da Lei 13.848/2019**, ao art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019 e aos arts. 3º e 5º a 15 do Decreto 10.411/2020, observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018);

3.2) fundamente a escolha regulatória adotada com base em estudos e na demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado, em atendimento ao art. 20, inciso II, alínea ‘b’, da Lei 10.233/2001, aos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999 e **ao art. 5º da Lei 13.848/2019;**”

b) no item 5, alertar a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil acerca da necessidade de manter sigilo sobre a instrução (peça 129) e sobre as peças 1, 2, 3 e 110 dos presentes autos, conforme redação que segue:

“5) encaminhar cópia da presente instrução, bem como das peças 1, 2, 3 e 110 dos presentes autos, à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para que adote as medidas que entenda cabíveis, visando apurar os indícios de sonegação fiscal na cobrança de sobrestadia de contêiner, apontados na presente denúncia, **alertando-a sobre a necessidade de resguardar a confidencialidade das informações sigilosas, nos termos dos arts. 25, § 2º, da Lei 12.527/2011 e 17, § 2º, da Resolução TCU 294/2018;**”

A proposta consolidada do MP de Contas, que louva o trabalho e acompanha as conclusões da minudente e centrada instrução a cargo da SeinfraPortoFerrovia, é, pois, a seguinte:

1) conhecer da presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 234 e 235, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

2) manter a chancela de sigiloso apenas no que tange às peças 1 a 7 e 110 dos presentes autos, que contemplam informações sensíveis como detalhes de ações judiciais e dados comerciais e fiscais apresentados pelo denunciante;

3) determinar à Antaq, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução-TCU 315, de 2020, que:

3.1) realize, até o fim do período da Agenda Regulatória 2020/2021, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobrestadia de contêiner (*demurrage*), em observância ao art. 27, incisos II e IV da Lei 10.233/2001, ao art. 6º da Lei 13.848/2019, ao art. 5º, *caput*, da Lei 13.874/2019 e aos arts. 3º e 5º a 15 do Decreto 10.411/2020, observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018);

- 3.2) fundamente a escolha regulatória adotada com base em estudos e na demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado, em atendimento ao art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001, aos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999 e ao art. 5º da Lei 13.848/2019;
- 3.3) na análise de impacto regulatório a ser feita, avalie alternativas de metodologias de cálculo de padrões quantitativos de abusividade da cobrança de sobrestadia, de modo que eventual cobrança prevista em contrato respeite a função social do contrato e a boa-fé objetiva, em observância ao art. 7º do Decreto 10.411/2020, bem como aos arts. 413, 421 e 480 do Código Civil;
- 4) dar ciência à Antaq, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315, de 2020, de que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão feito sem demonstração robusta mediante análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea “b”;
- 5) encaminhar cópia da instrução à peça 129, bem como das peças 1, 2, 3 e 110 dos presentes autos, à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para que adote as medidas que entenda cabíveis, visando apurar os indícios de sonegação fiscal na cobrança de sobrestadia de contêiner, apontados na presente denúncia, alertando-a sobre a necessidade de resguardar a confidencialidade das informações sigilosas, nos termos dos arts. 25, § 2º, da Lei 12.527/2011 e 17, § 2º, da Resolução TCU 294/2018;
- 6) informar à Antaq e ao denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e
- 7) arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de denúncia acerca de possíveis irregularidades relacionadas à omissão de regulação, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), na cobrança da sobre-estadia (*demurrage*) de contêiner.

2. A sobre-estadia de contêiner é a extrapolação do período de franquia (*free time* ou estadia), estipulado, pelo transportador marítimo ou intermediário, para devolução da unidade contentora, momento em que habilita aquele que disponibiliza o contêiner a cobrar um valor, em geral contado por dia. A sobre-estadia é cobrada no porto de origem (na exportação – denominada *detention*) ou de destino (na importação – denominada de *demurrage*).

3. Segundo o denunciante, a Antaq, ao editar a Resolução Normativa Antaq 18, de dezembro de 2017, teria sido omissa na regulamentação da *demurrage*, uma vez que teria se limitado a definições das cobranças e das parcelas acrescidas pelos agentes intermediários, sem adentrar em aspectos fundamentais sobre o instituto, como sua natureza jurídica e a modicidade na cobrança, aspectos que entende fundamentais para garantir a isonomia entre usuário e transportador marítimo e a prestação de serviço adequado nos termos definidos na referida resolução.

4. Destacou, ainda, que o objetivo da denúncia não é impedir a cobrança e sim fazer com que usuários paguem *demurrage* em bases justas, garantindo a modicidade dos valores praticados, sem a qual não haveria serviço adequado e competitividade da indústria brasileira.

5. Inicialmente, foi realizada a oitiva da Antaq para que se manifestasse sobre o modelo de cobrança da *demurrage* de contêiner apresentado na Cartilha de Direitos e Deveres dos Usuários da Navegação Marítima e de Apoio e sobre a pertinência da ausência de regulamentação de critérios para a cobrança da sobre-estadia de contêiner, em especial no tocante a preços máximos.

6. Em acréscimo, foi feita diligência à agência reguladora para o encaminhamento de cópia do processo administrativo que culminou com a aprovação da Resolução Normativa Antaq 18/2017 e de eventuais estudos sobre a modicidade dos valores diários cobrados a título de *demurrage* de contêiner, bem como para a atualização do estágio do procedimento administrativo que visa alterar o texto do aludido normativo.

7. A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia), após extensa análise da matéria, concluiu, em suma, não ter havido omissão da Antaq no que se refere à sobre-estadia. Segundo apontou, a agência, na verdade, fez uma escolha regulatória no sentido de atacar assimetrias de informação, com a definição de alguns elementos relevantes (livre estadia, causas de suspensão de prazo e o momento em que a responsabilidade se encerra), deixando o mercado se auto regular no que se refere ao valor cobrado e enfrentar apenas casos abusivos que chegassem ao seu conhecimento.

8. Registrou o órgão instrutivo, no entanto, a existência de fragilidades no processo motivacional da adoção da referida alternativa, a exemplo da ausência de análise de questões cruciais e a não realização de uma Análise de Impacto Regulatório. Pontuou que a escolha regulatória da agência, ao não estabelecer um valor máximo de sobre-estadia sob o argumento de que se deve respeitar a liberdade negocial, a autonomia dos contratos e os costumes internacionais, acarretou um descasamento da solução com os diversos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil (modicidade da cobrança final pelo serviço de transporte e tratamento igualitário das partes contratantes - transportadores e usuários).

9. Ante suas conclusões, a SeinfraPortoFerrovia propôs o conhecimento da denúncia e, no mérito, sua procedente parcial e a expedição de determinações à Antaq para que:

- (a) realize, no prazo de 360 dias, uma Análise de Impacto Regulatório acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobre-estadia de contêiner (demurrage), observando ainda as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018);
- (b) fundamente a escolha regulatória adotada com base em estudos e na demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado;
- (c) avalie, na análise de impacto regulatório a ser feita, alternativas de metodologias de cálculo de padrões quantitativos de abusividade da cobrança de sobre-estadia, de modo que eventual cobrança prevista em contrato respeite a função social do contrato e a boa-fé.
10. Além disso, propôs dar ciência à Antaq de que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão feito sem demonstração robusta por meio de análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea 'b'.
11. O Ministério Público junto a este Tribunal (MPTCU) acompanhou, com pequenos ajustes, a proposta da unidade técnica, por entender guardar total coerência com as competências e com os entendimentos do TCU sobre o alcance da fiscalização a cargo do controle externo.
12. Após esse breve resumo, passo ao exame dos autos.

II

13. Inicialmente, convém ressaltar, com bem fez o MPTCU, que o TCU não está a exercer juízo acerca da opção regulatória em si da Antaq, pois a competência desta Casa em relação à fiscalização das agências reguladoras é de segunda ordem, não cabendo ao Tribunal a ela substituir-se. Todavia, não há prejuízo da sua prerrogativa de se posicionar quanto à legalidade e à legitimidade dos atos da agência reguladora.
14. Feita essa observação inicial, registro que acompanho as análises empreendidas pela unidade técnica, sem embargo de propor desfecho distinto ao processo.

III

Ausência de omissão da Antaq

15. A agência informou que tinha diante de si, em relação à questão da *demurrage*, três alternativas possíveis: (a) não exercer regulação ou qualquer tipo de interferência; (b) exercer a regulação de modo a ampliar o nível de transparência e previsibilidade de valores cobrados; ou (c) limitar os valores máximos que pudessem ser cobrados a título de *demurrage* e número mínimo de dias de *free time*.
16. Inicialmente, o entendimento era no sentido de pré-fixar a quantia de sobre-estadia a ser paga, limitando-a ao dobro do valor do contêiner novo, o que corresponderia, em tese, aos custos razoáveis com que um armador teria que arcar para a reposição de um contêiner não devolvido no prazo. A intenção declarada era limitar a cobrança de *demurrages* milionárias e impedir, preventivamente, casos de abuso.
17. Posteriormente, adotou entendimento diverso, no sentido de uma estratégia sem fixação de valores teto, sob o argumento de que não tinham sido avaliados os impactos da imposição de um valor máximo da *demurrage/detention* de contêiner em duas vezes o valor do bem, inclusive devido à multiplicidade de perfis de carga, tipos de contêiner, rotas e, até aquele momento, a dinâmica flexível da economia de mercado. Assim, a estratégia adotada resumiu-se em enfrentar aspectos de assimetria de

informação, com a definição de alguns elementos relevantes, como o de livre estadia, causas de suspensão de prazo e momento em que a responsabilidade se encerra.

18. Esse foi o entendimento final adotado e internalizado na Resolução Normativa Antaq 18/2017 (arts. 19 a 21). A própria Antaq asseverou que a referida resolução teve como objetivo incorporar em um único ato diversos conceitos dispersos em diferentes normativos como o Código Comercial de 1850, Lei 9.472/1997, Lei 10.233/2011, constituindo-se no primeiro ato da agência de regulação dos transportadores estrangeiros.

19. Desta forma, com razão a unidade técnica quando asseverou não ter havido omissão da Antaq quanto à matéria. Após análises internas, consubstanciadas em notas técnicas e pareceres, a agência elegeu uma alternativa regulatória que considerou mais adequada, ainda que contrária ao pensamento do denunciante.

Fragilidades no processo de tomada de decisão da escolha regulatória da Antaq

Inexistência de Análise de Impacto Regulatório - AIR

20. Inobstante a conclusão supra, a unidade técnica ressaltou, com propriedade, que as alternativas possíveis foram apontadas, sem, todavia, a realização de uma análise contundente e robusta do custo/benefício, do impacto ou dos riscos de cada uma das soluções.

21. Isso porque, essencialmente, a alternativa escolhida de não se limitar os valores máximos que podem ser cobrados a título de sobre-estadia não foi precedida do devido processo de Análise de Impacto Regulatório (AIR), eximindo-se, a agência, de qualquer análise dos custos de adaptação de contratos do setor em face dos benefícios econômicos e sociais da limitação do valor da *demurrage* no Brasil.

22. A Antaq defende ter realizado a AIR, consubstanciada na existência de notas técnicas no bojo do processo administrativo que embasou a tomada de decisão. Entretanto, a SeinfraPortoFerrovia rechaçou tal alegação e frisou que as análises técnicas contidas nas referidas notas não se aproximam, nem do ponto de vista formal e nem do ponto de vista material, do modelo ideal de uma AIR, pois se limitam, de forma vaga e abstratas, a fazer afirmações de que os debates jurídicos trazem consideráveis impactos regulatórios, que a adaptação dos contratos a um eventual enquadramento jurídico é uma tarefa muito árdua para os transportadores marítimos e que a adoção da natureza de cláusula penal traria enormes prejuízos ao setor.

23. Em que pese o fato, há que se registrar que apenas em 2018, posteriormente, portanto, da edição da norma da Antaq, que foram elaboradas as Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República. Como também que somente em 2019 sobrevieram as Lei 13.874 e Lei 13.848 que estabeleceram a obrigatoriedade do uso da Análise de Impacto Regulatório para garantir a transparência das medidas regulatórias adotadas e a participação da sociedade, mediante consulta pública.

24. Todavia, a necessidade de motivação, com indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam as decisões, já há muito imperava, implícita na Constituição Federal e explícita na Lei 9.784/1999, o que impunha à agência análise contundente dos cenários possíveis para a eleição da solução a ser adotada. Como bem ressaltou a unidade técnica, a adoção de uma política regulatória envolvendo a questão em tela exige uma motivação robusta que leve em conta e expresse de maneira fundamentada a ponderação entre as opções regulatórias possíveis.

25. Assim sendo, a decisão de não limitar o valor da sobre-estadia deveria estar embasada em estudos e da demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios e menos prejuízos à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público e do mercado regulado (art. 20, inciso II, alínea 'b', da Lei 10.233/2001; arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999).

26. Ante o exposto, mostra-se pertinente a expedição de ciência à agência, como propôs a unidade técnica, no sentido de que “atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão, feitos sem demonstração robusta através de análises ou estudos desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea ‘b’”.

Ausência de análise de questões cruciais

27. Uma das questões primordiais a ser enfrentada é a definição da natureza jurídica da *demurrage* (se indenização ou cláusula penal). Ainda não há unificação pela doutrina e jurisprudência brasileiras sobre a matéria. Ora ela é enquadrada como cláusula penal, ora como indenização por danos materiais. Apesar de se tratar de discussão jurídica, há consideráveis impactos regulatórios que não podem ser ignorados.

28. A Antaq, à época, optou por não enfrentar a matéria e defendeu sua intervenção apenas sobre aspectos de assimetria de informação e não sobre os valores da sobre-estadia sob o argumento de que a natureza jurídica da *demurrage* é muito complexa e suscetível a debates e a adoção de uma das posições possíveis não traria benefícios regulatórios. Todavia, como frisou a unidade técnica, tal argumento, sem a demonstração, com estudos ou dados técnicos, não pode ser considerado um argumento suficiente para a escolha feita. Os impactos negativos não foram especificados, analisados e nem demonstrados no processo de formação da Resolução Normativa Antaq 18/2017, em virtude de não ter sido feita uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) envolvendo a discussão.

29. Tal indefinição gera (como gerou) insegurança jurídica no mercado regulado, aumentando o índice de judicialização da questão, afeta os limites quantitativos da cobrança da sobre-estadia e os custos totais do transporte aquaviário de contêiner no Brasil, conforme relatado pelo denunciante.

30. A definição do enquadramento da *demurrage* como indenização (reparação pelas perdas advindas pela demora na devolução do contêiner) ou cláusula penal (multa para incentivar a devolução do contêiner) implica em consequências diversas, mormente no valor que pode ser cobrado.

31. Há diversas decisões no âmbito do poder judiciário, como registrou a SeinfraPortoFerrovia, que entendem que a cobrança da *demurrage* tem natureza jurídica de indenização prefixada por descumprimento contratual, a fim de compensar o proprietário pela retenção do cofre por prazo superior ao convencionado, independentemente da demonstração de culpa.

32. A ser assim enquadrada, a sobre-estadia não poderia ultrapassar o limite do dano, nos termos da teoria da responsabilidade civil, entendido o dano como o valor que o transportador deixou de ganhar com o contêiner parado. Caso ultrapassado esse valor, deveria ser reduzido de forma equitativa nos termos do art. 944 do Código Civil.

33. Se o entendimento for, de fato, nesse sentido, há a necessidade de se demonstrar a existência do prejuízo, que, como registrou o órgão instrutivo, deve sempre ser liquidado e ter por parâmetro a quantidade de fretes, e os respectivos valores a eles atinentes, que deixou de auferir sem o equipamento à sua disposição. É dizer, a quantia máxima recuperável deve representar as perdas resultantes do atraso na devolução da unidade de carga, ou seja, os valores pré-fixados em contrato devem corresponder à cobertura das perdas de frete afetadas pelo atraso ou da consequente redução no número de viagens.

34. Nessas condições, concluiu a unidade técnica que o dever de comprovar o dano deveria estar presente na norma regulatória da Antaq.

35. Por outro lado, a ser enquadrada como cláusula penal (como defende o denunciante), consubstancia-se em uma obrigação de natureza acessória - uma multa para a parte que deixar de dar cumprimento à obrigação contratual ou apenas retardá-lo - e dependerá da aferição de culpa ou dolo, nos termos do art. 408 do Código Civil.

36. A implicação disso é que, havendo eventos imprevisíveis ou obstáculos à execução das obrigações, sem culpa do devedor, não há que se falar em multa. Ressalte-se que os contratos de

transporte marítimo envolvem atividades de grande complexidade e o seu sucesso, muitas das vezes, independam unicamente do agir das partes contratantes. Assim, o inadimplemento do contrato pode tanto ocorrer por força de eventos da natureza (deslizamentos de encosta, tempestades, enchentes) quanto por fato de terceiro alheio à relação contratual (greve de auditores fiscais, atraso na liberação da mercadoria, interrupção de vistorias).

37. Além do mais, a par de dispensar a prova do dano (que o transportador deverá demonstrar, no caso de indenização), como obrigação acessória, o valor fica limitado ao frete, que é objeto do contrato principal, em observância ao que dispõe o art. 412 do Código Civil que dispõe que o valor da multa imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

38. A cartilha lançada em 2018 pela Antaq não contribuiu para a pacificação do tema, quando, misturando os dois institutos, definiu que os valores de sobre-estadia seriam livremente negociados e que possui dupla finalidade, o de ressarcimento das perdas e danos do transportador marítimo e a de compelir a devolução do contêiner.

39. Como se depreende, as duas finalidades indicadas são distintas e induzem ao enquadramento da cobrança em institutos jurídicos diferentes, cada um com os seus efeitos e suas consequências: 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.

40. Como já dito, se enquadrada como indenização, tem de haver a demonstração do prejuízo a ser ressarcido e as devidas alterações nos contratos e nas normas que regulamentam a *demurrage* têm de ser feitas. Por outro lado, se a finalidade é compelir à devolução do contêiner, o único instituto jurídico cabível é a cláusula penal e, por isso, o seu valor fica limitado ao valor do principal (o frete).

41. Refletindo essa incoerência, nem a cartilha nem a Resolução Normativa 18/2017 estipularam a exigência de comprovação dos valores devidos a título de prejuízo ou limitaram a cobrança ao valor do principal (o frete). Tal fato acarreta o aumento da insegurança jurídica no setor e a judicialização da questão, além do aumento do custo final do transporte, ao abrir espaço para cobrança de valores excessivos de sobre-estadia, mesmo que possam vir a ser posteriormente questionados e até cancelados pela atuação da Antaq ou do Poder Judiciário.

42. Diante de questão tão sensível e que gera tanto ruído na relação dos atores do serviço de transporte marítimo, com consequências para os valores cobrados, sendo considerada como problema por 73% dos usuários da cabotagem, conforme identificado pela Antaq, assiste razão à unidade técnica quando asseverou que a Antaq deve enfrentar a discussão acerca do enquadramento legal da cobrança, a fim de dar segurança jurídica aos negócios, colaborando inclusive na pacificação da questão no poder judiciário.

43. Desta forma, a SeinfraPortoFerrovia entendeu necessário que, na Análise de Impacto Regulatório que propôs seja feita, a agência analise e se posicione sobre a natureza jurídica da cobrança de *demurrage*.

IV

Ações no âmbito da Antaq

44. A agência reconheceu a necessidade de aperfeiçoamento da regulação e aprovou o tema “2.2 da Agenda Regulatória biênio 2020/2021: desenvolver metodologia sobre abusividade de cobrança de sobre-estadia de contêineres”.

45. Assim, o plano de trabalho aprovado previu a realização de diversas atividades como tomada de subsídios, reuniões participativas, análise da Diretoria Colegiada do AIR preliminar, audiência pública do AIR preliminar, consolidação do AIR final, apreciação da procuradoria sobre o AIR.

46. Foi determinada 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.

47. Posteriormente, segundo o sítio da Antaq na internet, foi realizada a Audiência Pública 13/2021, no período de 14/06/2021 a 28/07/2021 (com realização de audiência pública presencial dia 22/7/21), para obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento do “Tema 2.2 da Agenda Regulatória Biênio 2020/2021 – ‘Desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêineres’”.

48. Relatório elaborado no âmbito da Antaq, de 30/7/2021, registra que a referida audiência pública contou com a participação de treze inscritos e recebimento de 48 contribuições.

49. Ainda, previamente à realização da audiência pública, e para subsidiá-la, foi elaborada a AIR preliminar com objetivo de avaliar possíveis metodologias de apuração da abusividade da sobre-estadia de contêineres, para ser submetida aos *players* do setor por ocasião da consulta pública.

50. Tal AIR concluiu 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 desprezar 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 essa 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 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.**

51. O voto do relator da matéria no âmbito da Antaq acatou a AIR elaborada e se manifestou pela submissão da matéria à participação social. Destacou, outrossim, que se manifestaria sobre a natureza jurídica da sobre-estadia somente após a realização das análises das contribuições pelas setoriais técnicas e jurídicas da agência.

52. Atualmente, do que se tem notícia, o processo está em fase de consolidação do AIR final.

53. Nessas condições, a proposta da unidade técnica no sentido de se determinar à Antaq que realize uma AIR acerca de criação de metodologia para controle de abusividade nos valores exigidos de sobre-estadia de contêiner (*demurrage*), pertinente à época de elaboração, não mais se mostra necessária.

54. Desse modo, considerando que o exame da matéria representada já se encontra em curso no âmbito da Antaq, que pode resultar ou não em alteração da Resolução Normativa Antaq 18/2017, tendo

sido, inclusive, já elaborada a AIR e submetida à participação social; e considerando as análises aqui expostas, a presente representação deve ser considerada parcialmente procedente, devendo ser expedida a ciência à agência conforme proposta do órgão instrutivo.

55. Contudo, considero pertinente que a unidade técnica analise, em sede de monitoramento, a legalidade e a legitimidade dos resultados a serem obtidos ao final do processo de aperfeiçoamento da regulação, inclusive, quanto à AIR já elaborada, se atende aos requisitos presentes nas determinações por ela formuladas em sua proposta de encaminhamento.

56. Tal exame, por certo, deverá levar em consideração se a decisão a ser adotada pela agência vai ao encontro dos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil, como ressaltou a unidade técnica, a saber (i) cobrança final pelo serviço de transporte seja módica, (ii) partes contratantes (transportadores e usuários) tratadas de forma igualitária, (iii) observância de princípios solidários de respeito aos contratos, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, e (iv) costumes, mesmo os internacionais, sejam recepcionados no Brasil apenas quando forem observadas as disposições legais aqui vigentes.

57. Por fim, pertinente a proposta da unidade técnica em se manter a chancela de sigiloso às peças 1 a 7 e 110, pois contemplam informações sensíveis, como detalhes de ações judiciais e dados comerciais e fiscais apresentados pelo denunciante. Da mesma forma, pertinente a remessa das cópias pertinentes à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, como propôs o órgão instrutivo, ante os indícios de sonegação fiscal na cobrança de sobre-estadia de contêiner apontado pelo denunciante.

Ante o exposto, voto para que seja acolhida a minuta de acórdão que ora trago à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em tagDataSessao.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 2877/2021 – TCU – Plenário

1. Processo TC 005.639/2019-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Denúncia.
3. Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei n. 8.443/1992).
4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de denúncia acerca de possíveis irregularidades relacionadas à omissão de regulação, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), na cobrança da sobre-estadia (*demurrage*) de contêiner;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões exposta pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente denúncia, com fulcro nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. manter a chancela de sigilo às peças 1 a 7 e 110 dos presentes autos;

9.3. dar ciência à Antaq, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que atos administrativos exarados no bojo de processo de tomada de decisão feito sem demonstração robusta, por meio de análises ou estudos, desrespeita o princípio da motivação, implícito na Constituição Federal e explícito na Lei 9.784/1999, bem como os próprios objetivos da Antaq previstos na Lei 10.233/2001, art. 20, inciso II, alínea ‘b’;

9.4. encaminhar cópia da instrução à peça 129, bem como das peças 1, 2, 3 e 110 dos presentes autos, à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para que adote as medidas que entenda cabíveis, visando apurar os indícios de sonegação fiscal na cobrança de sobre-estadia de contêiner, apontados na presente denúncia, alertando-a sobre a necessidade de resguardar a confidencialidade das informações sigilosas, nos termos dos arts. 25, § 2º, da Lei 12.527/2011 e 17, § 2º, da Resolução TCU 294/2018;

9.5. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) que analise a legalidade e a legitimidade do processo de aperfeiçoamento da regulação, pela Antaq, a respeito da cobrança de *demurrage*, inclusive:

9.5.1 quanto à Análise de Impacto Regulatório (AIR) já elaborada, se observou as orientações das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório da Casa Civil da Presidência da República (2018), bem assim os fatos motivos de sua proposta de determinação nos presentes autos;

9.5.2. se os resultados vão ao encontro dos pressupostos, objetivos e preceitos legais relacionados ao transporte aquaviário no Brasil, a saber (i) cobrança final pelo serviço de transporte seja módica, (ii) partes contratantes (transportadores e usuários) tratadas de forma igualitária, (iii) observância de princípios solidários de respeito aos contratos, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, e (iv) costumes, mesmo os internacionais, sejam recepcionados no Brasil apenas quando forem observadas as disposições legais aqui vigentes;

9.6. dar ciência à Antaq e ao denunciante da presente deliberação; e

9.7. restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para monitoramento do feito e deixar autorizadas, desde já, quaisquer diligências que se fizerem necessárias.

10. Ata nº 47/2021 – Plenário.

11. Data da Sessão: 1/12/2021 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2877-47/21-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Bruno Dantas, Vital do Rêgo (Relator) e Jorge Oliveira.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)

VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral