

A Obra

A presente obra é decorrente de produção (vigésimo sétimo livro) do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, da Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, criada em 2005, e objetiva contribuir para a segurança jurídica das operações de transporte marítimo, especialmente as que envolvem o instituto da sobre-estadia (*demurrage*) de contêiner.

O livro surgiu da prática como advogado, desde 1993, e da necessidade da construção de uma doutrina que possa contribuir para uma jurisprudência que proporcione maior equilíbrio (mais justa) entre os interesses do usuário, de um lado, e do transportador e o seu agente intermediário, de outro.

A partir do REsp nº 1.355.173-SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/02/2014, os precedentes do STJ e dos Tribunais de Justiça dos Estados, sobre o tema invocam, em sua maioria, no nosso entender, parte dos fundamentos, com os quais divergimos, do citado julgado, no qual foi consignado que a sobre-estadia se trata de indenização prefixada, mas não é cláusula penal.

Por tais motivos, o livro possui 13 artigos de vários especialistas do Brasil e do exterior, que se debruçaram sobre os problemas que envolvem a sobre-estadia. Trata-se de um esforço hermenêutico para reduzir a insegurança jurídica, inclusive a partir da discussão sobre a natureza jurídica, a efetividade dos princípios que regulam o transporte marítimo, especialmente a previsibilidade e a modicidade, o Direito Comparado e o serviço adequado da Resolução Normativa nº 18/2017, da Antaq.

Osvaldo Agripino de Castro Junior (Org.)

TEORIA E PRÁTICA DA **DEMURRAGE DE CONTÊINER**

PREFÁCIO DE NORMAN A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ - IMLI - IMO/ONU, MALTA

Alberto Fett
Artur Saviano Neto
Catiani Rossi
Danilo Vieira Vilela
Emanuela Cristina Andrade Lacerda
Frederico Ernesto Zenodín Giltz
Gabrielle Thamís Novak Fôes
Glenda Gonçalves Gondim
Lucas Müller Zanitz
Osvaldo Agripino de Castro Junior (Org.)
Pierre-Jean Bordahandy
Solon Sehn
Vera Jacob de Fradera
Wagner Antônio Coelho

São Paulo


ADUANEIRAS
INFORMAÇÃO SEM FRONTEIRAS

2018

Copyright © 2018
Editora: Andréa Campos
Diagramação: Nilza Ohe
Revisão: Alessandra Simões dos Santos
Elaine Cristina Paulino Yuasa
Maria Eugênia de Sá
Capa: Fernanda Napolitano



Dedicatória

Esta obra é dedicada à comunidade marítima; às empresas que operam no comércio exterior e no transporte marítimo internacional; aos operadores do Direito, advogados, reguladores, magistrados e legisladores; aos curiosos acerca do que significa *demurrage*; e a todos que são afetados, direta ou indiretamente, pela insegurança jurídica que envolve a sobre-estadia de contêiner no Direito brasileiro e externalidades negativas dela decorrentes.

Provérbios 2: 7, 8

Ele reserva a sabedoria prática para os justos; é um escudo para os que andam em integridade. Ele protege as veredas da justiça e guarda o caminho dos que lhe são leais.

Gálatas 6:9

Assim, não desistamos de fazer o que é bom, pois colheremos no tempo devido, se não desanimarmos.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
T314	Teoria e prática da demurrage de contêiner / Organizador Osvaldo Agripino de Castro Junior. – São Paulo (SP): Aduaneiras, 2018. 392 p. : 17 x 24 cm. Inclui bibliografia. ISBN 978-65-7129-632-3 1. Comércio internacional. 2. Direito marítimo. 3. Transporte de mercadorias. I. Castro Junior, Osvaldo Agripino de. CDD 341.756
Elaborado por Maurício Amorim Junior – CRB6/2422	

2018

Proibida a reprodução total ou parcial.
Os infratores serão processados na forma da lei.

EDIÇÕES ADUANEIRAS LTDA.
SÃO PAULO-SP – 01311-200 – Av. Paulista, 1.337
Tel.: 11 4862 0400
www.aduaneiras.com.br – e-mail: livraria@multieditoras.com.br

Sumário

Dedicatória.....	3
Agradecimentos.....	5
Autores.....	7
Prefácio.....	13
<i>Norman A. Martínez Gutiérrez</i>	
Apresentação.....	17
<i>Osvaldo Agripino de Castro Junior</i>	
1. A Natureza Jurídica da Sobre-Estadia (Demurrage) de Contêiner.....	33
<i>Catiani Rossi</i>	
<i>Osvaldo Agripino de Castro Junior</i>	
2. A Demurrage de Contêiner no Projeto do Novo Código Comercial e Suas Emendas: Uma Análise Crítica acerca da Natureza Jurídica, da Previsibilidade e da Legitimidade.....	69
<i>Gabrielle Thamís Novak Fôes</i>	
3. O Direito Obrigacional Brasileiro e a Natureza Jurídica da Demurrage em Contratos de Agenciamento de Carga.....	93
<i>Frederico E. Z. Glitz</i>	
<i>Glenda Gonçalves Gondim</i>	
4. O Princípio da Boa-Fé Objetiva Aplicado ao Transporte de Carga por Contêiner Sujeito ao Pagamento de Demurrage	123
<i>Alberto Fett</i>	
<i>Vera Jacob de Pradera</i>	

_____. _____. *Apelação nº 4005792-73.2013.8.26.0562*. Desembargador Relator Eduardo Siqueira. Julgado em 15/04/2015. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. _____. *Apelação nº 0038996-16.2012.8.26.0562*. Desembargadora Relatora Maria Cláudia Bedotti. Julgado em 22/10/2015. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. *Apelação nº 843474-0*. Desembargador Relator Sérgio Arenhart. Julgado em 12/06/2012. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2018.

3. O Direito Obrigacional Brasileiro e a Natureza Jurídica da Demurrage em Contratos de Agenciamento de Carga

Frederico E. Z. Glitz*
Glenda Gonçalves Gondim**

Sumário: 1. Introdução. 2. A Relação de Cobrança da Demurrage, o Contrato de Transporte e a Disponibilização de Contêineres pelo Agenciador de Carga. 2.1. Sub-rogação ou reembolso. 2.2. O contrato de transporte e a natureza acessória da demurrage. 3. Da Responsabilidade Contratual no Direito Brasileiro. 3.1. Das consequências do inadimplemento no Direito brasileiro. 3.2. Da cláusula penal. 3.3. Do limite da cláusula penal. 3.3.1. Da impossibilidade de alteração unilateral. 3.3.2. Obrigação em moeda nacional. 3.3.3. Montante da cláusula penal. 4. Da Natureza Jurídica da Demurrage. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

O contrato de transporte é, ao lado do contrato de compra e venda, a principal forma de se instrumentalizar a operação econômica de exportação

* Advogado, Graduado em Direito (2002), Mestre (2005) e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003) e em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (2002). Professor titular da Unochapecó e da Unicuritiba. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unochapecó. Coordenador dos cursos de especialização em Direito Civil e Processo Civil (presencial e EAD); em Direito Imobiliário, Notarial e Registral; e em Direito Contratual do Unicuritiba. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e internacionais. Autor de diversos livros e artigos especializados, publicados no Brasil e no exterior. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB). Membro da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB-PR.

** Advogada, Mestre (2010) e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2015). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Universidade Federal do Paraná – Virada de Copérnico (desde 2008). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Positivo (2004) e em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito de Curitiba (2001). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2000). Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Integrante do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de Direito da Universidade Positivo. Professora convidada dos cursos de especialização em Direito Civil e Processo Civil e Direito Médico do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Autora do livro *Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance*; e autora de artigos jurídicos no tema de Direito Civil. E-mail: glenda@gondimadvogados.com.br.

ou importação. Dadas as características logísticas do comércio internacional, boa parte deste trânsito é feito em embarcações marítimas de longo curso.

Acrescenta-se, assim, mais um elo nessa operação logística: além do contrato de transporte é necessária a contratação de disponibilização de contêineres.

O contêiner, por sua vez, é descrito como “cofre de carga no qual são acondicionadas mercadorias”.¹ Trata-se de recipiente em que é organizada a mercadoria para transporte, facilitando-se seu manejo e organização em veículos de carga, dada certa padronização internacional de seu tamanho (volume e comprimento).

Uma vez acondicionada a mercadoria no contêiner (ovação), este é lacrado e a mercadoria só será retirada (desovação) no destino definido pelos termos contratuais. As cláusulas contratuais que regem a responsabilidade pela operação de embarque (ovação) e desembarque (desovação) têm natureza costumeira e são expressas por termos usuais no comércio internacional.²

O contrato de transporte marítimo é contrato oneroso,³ por meio do qual, nos termos do Direito brasileiro, “alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”, nos termos do art. 730 do Código Civil.

Essa retribuição é denominada frete, que pode ser calculada com base no peso, volume ou valor da mercadoria.⁴ Trata-se da obrigação principal assumida por aquele que pretende ter sua mercadoria transportada.

O contrato, por sua vez, é instrumentalizado pelo chamado conhecimento de transporte, nos termos do art. 744 do Código Civil, que lhe serve de prova⁵ e no qual constarão os detalhes que especificam a carga e limitam

¹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. Barueri: Manole, 2008. p. 343. v. II.

² São os termos: FCL/FCL, LCL/LCL, FCL/LCL e LCL/FCL, significando, respectivamente, a responsabilidade do exportador pela ova e do importador pela desova; responsabilidade pela ova e desova por conta do transportador e demais variações. (MARTINS, op. cit., p. 347)

³ MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: RT, 2014. p. 79.

⁴ FÔES, Gabrielle Thamís Novak. *Demurrage de contêiner: no direito inglês e brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2017. p. 59.

⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 308.

a responsabilidade do transportador (art. 750 do Código Civil).⁶ No comércio internacional, esse documento recebe o nome de *Bill of Lading* (BL).

O contrato de transporte é um dos negócios que viabilizam a operação de importação e exportação, ou seja, neste tipo de operação estão ligadas operações de compra e venda de mercadorias, os contratos de transporte e outros eventuais, como o de disponibilização de contêineres e o agenciamento de cargas.

Neste mercado, é comum que atuem os agenciadores de carga que contratam o transporte internacional de mercadorias com empresas transportadoras e/ou armadores, disponibilizando esse transporte àqueles que dependem da logística internacional de produtos. Nesse caso específico, o agenciador contrata com o armador a disponibilização de espaço para transporte de mercadorias e a utilização dos contêineres de sua (dele) titularidade.

Portanto, o armador e o agenciador estabelecem o valor do frete e as consequências da eventual mora na devolução de seus contêineres. Sendo agora titular do “espaço de transporte”, o agenciador contrata com seus clientes seu uso, mediante pagamento (frete) e a responsabilidade em caso de atraso na liberação do contêiner (*demurrage*). Essa última, normalmente, é feita por meio da celebração de instrumento específico, de longa duração, que cria verdadeira “tabela” de valores devidos em razão do atraso.

Em verdade o agenciador assume a obrigação perante o armador, mas mantém com seus clientes cláusula de “reembolso”, em caso de atraso na devolução do contêiner.

O presente artigo, então, se propõe, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a entender qual a natureza da relação obrigacional que une o agenciador de cargas e o seu contratante, especialmente quando existe a mora na liberação dos contêineres em contratos de transporte marítimo internacional.

Para que se possa atingir tal fim, é indispensável entender qual a natureza da relação contratual mantida entre o tomador (aquele que contrata o transporte) e o agenciador de cargas para, na sequência, entender quais as consequências juridicamente possíveis no regime obrigacional brasileiro para a cláusula de *demurrage* inserida nesses contratos. Eis o que se passa a fazer.

⁶ Daí porque cabe ao transportador recusar a mercadoria indevidamente embalada (art. 746 do Código Civil) e deve descrever eventuais avarias ou faltas em documento ligado ao conhecimento (art. 4º e parágrafos do Decreto-Lei nº 116/1967).

2. A Relação de Cobrança da Demurrage, o Contrato de Transporte e a Disponibilização de Contêineres pelo Agenciador de Carga

Para que se possa delimitar adequadamente a natureza jurídica da cobrança de *demurrage* em contratos celebrados entre o agenciador da carga e seu contratante, convém destacar suas possíveis variáveis.

Lembre-se, contudo, que o tomador contrata o frete por meio do agenciador de cargas. Este, por outro lado, assume diretamente com o armador relação contratual própria. Nesse sentido, portanto, existem duas relações obrigacionais distintas, mas interligadas pelo cumprimento (aquela estabelecida entre o agenciador e o armador, e outra entre o agenciador e o tomador).

Entendido isso, convém destacar que o frete não é realizado pelo agenciador da carga, nem é ele o titular dos contêineres. Seu papel seria "agenciar", mas, mais que mera intermediação, ele assume as obrigações principais com o armador contratado (pagamento pelo frete e indenização pelo atraso), repassando-as ao seu cliente.

O que se pode perceber, desde já, é que o agenciador somente teria duas justificativas para a cobrança do valor indenizatório decorrente do atraso na devolução dos contêineres: reembolso ou sub-rogação.

2.1. Sub-rogação ou reembolso

Em razão da característica de cada obrigação, elas podem ser "transferidas" a terceiros, mantida sua existência original ou criando-se nova obrigação.

Essa é a distinção inicial entre uma obrigação a qual alguém se sub-roga e aquela criada para fins de reembolso.

Uma obrigação a qual alguém se sub-roga tem mantida a prestação original. Assim, embora tratada pela doutrina brasileira como forma de extinção das obrigações (pagamento), nada mais é que sua conservação.

A sub-rogação, assim entendida, transfere do credor primitivo a obrigação com todas as suas características.⁷ A sub-rogação, por sua vez, não pode ser presumida, derivando do contrato ou da lei (arts. 346 e 347, ambos do Código Civil).

⁷ Art. 349 do Código Civil. "A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores".

Em casos de atraso na liberação de contêineres, os agenciadores, usualmente, invocam obrigações contratuais autônomas, consubstanciadas em termos contratuais celebrados com seus clientes (tomadores), para sustentar o dever de indenizar o eventual atraso. A base de sua cobrança, portanto, não seria a obrigação (do contrato original – transporte) a que o agenciador teria se sub-rogado. Ao invocar a condição contratual autônoma (com o tomador), o agenciador deixa claro que não houve sub-rogação convencional.

Se não há convenção (sub-rogação convencional), resta a análise da sub-rogação legal, que excluídas as hipóteses dos incisos I e II do art. 346 do Código Civil, restaria apenas a hipótese do inciso III, qual seja, ser terceiro interessado.

Então, para basear sua pretensão, restaria a possibilidade de que o tomador, ao atrasar a devolução dos contêineres, tivesse de alguma forma causado danos ao armador e, se o agenciador fosse terceiro interessado neste contrato, ao pagar tal indenização, teria legalmente se sub-rogado na condição de credor original.⁸ Nesse caso, de qualquer forma, o agenciador apenas se sub-rogaria no crédito original,⁹ não podendo cobrar sua própria "tabela", constante em termo contratual autônomo.

Além disso, também do ponto de vista econômico, não interessa ao agenciador sustentar a sub-rogação. A *demurrage* que pretende cobrar não só não leva em consideração o "período livre"¹⁰ do armador, como também não se baseia nos valores que, eventualmente, pagou a título de *demurrage*. Essa é outra condição da sub-rogação: a prova do pagamento.

O segundo cenário seria, então, o reembolso. Nesse caso, a obrigação original se extingue e é substituída por outra, nova, mas de mesmo montante. Nesse cenário, o agenciador teria pago ao armador pelo atraso causado pelo tomador extinguindo a obrigação indenizatória inicial, com a consequente criação do crédito contra aquele que efetivamente causou o dano. Esse crédito é, exatamente, do tamanho de seu dano¹¹ e chama-se reembolso. O dano,

⁸ Art. 346 do Código Civil. "A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: [...] III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte".

⁹ Art. 350 do Código Civil. "Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor".

¹⁰ Também chamado de "*laytime*" é a prática costumeira padronizada pela qual o armador estabelece período de tolerância para a devolução dos contêineres.

¹¹ Art. 944 do Código Civil. "A indenização mede-se pela extensão do dano".

aqui, é entendido como aquilo que pagou sem ser o responsável pela indenização.

Nesse cenário, assim como na sub-rogação legal, não poderia o agenciador cobrar mais do que desembolsou. Nem mesmo poderia utilizar sua própria "tabela" (relação contratual com o tomador), já que este dano também não seria conhecido. Por fim, também essa hipótese pressupõe a comprovação do pagamento.

2.2. O contrato de transporte e a natureza acessória da demurrage

Como se sabe, a relação entre o agenciador e o armador é de um contrato de transporte internacional de mercadorias e disponibilização de contêineres. Em contratos de transporte internacional é usual (e praticamente obrigatória) a presença de cláusulas prevendo indenização em razão do atraso no embarque/desembarque de mercadorias.

A própria Convenção Internacional para a Unificação das regras aplicáveis aos conhecimentos de transporte (Regras da Haia) prevê que se não for consignada a obrigação de pagar *demurrage* no conhecimento de transporte, ele não é devido pelo consignatário da carga a quem o frete é transferido.¹² Embora não só as "Hague Rules" não foram ratificadas pelo Brasil, como não se trata de *demurrage* no embarque/desembarque no navio, esse tipo de disposição ajuda a compreender que a cláusula de *demurrage* (sobre-estadia) é praticamente obrigatória para o armador.

Nesse caso, então, deveriam existir duas cláusulas de *demurrage*: uma estabelecida para o atraso no embarque/desembarque e, outra, para o atraso na liberação dos contêineres.

O *Glossary of Shipping Terms*, do Departamento de Transportes dos Estados Unidos, deixa ainda mais clara a natureza contratual da *demurrage*: "A penalty charge against shippers or consignees for delaying the carrier's equipment or vessel beyond the allowed free time. The free time and demurrage charges are set forth in the charter party or freight tariff".¹³

¹² "Art. 16 (4) Hague rules. A bill of lading which does not, as provided in para 1, sub-para (k) of Article 15, set forth the freight or otherwise indicate that freight is payable by the consignee or does not set forth demurrage incurred at the port of loading payable by the consignee, is *prima facie* evidence that no freight or such demurrage is payable by him. However, proof to the contrary by the carrier is not admissible when the bill of lading has been transferred to a third party, including a consignee, who in good faith has acted in reliance on the absence in the bill of lading of any such indication."

¹³ US DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, Maritime Administration. *Glossary of Shipping terms*, 2008. p. 37.

Não resta, portanto, dúvida da natureza contratual da *demurrage*. Também não resta dúvida sobre sua natureza de "multa". Disso se pode tirar duas conclusões iniciais: a *demurrage* só existe porque (e se) contratada possui natureza acessória dentro do contrato de transporte (quando prevista para caso de atraso no embarque e desembarque) ou de disponibilização dos contêineres (quando prevista para mora em sua devolução).

Outro importante fator é a remuneração: a disponibilização de contêineres, usualmente, é remunerada dentro do quadro geral do frete. Isto é natural quando o armador é ao mesmo tempo aquele que disponibiliza o transporte e a embalagem. Em termos sucintos: não há remuneração isolada do frete pela "locação" de contêineres.

Eis o porquê, a Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal (Cosit), na Solução de Consulta nº 108, de 3 de fevereiro de 2017, entendeu que a sobre-estadia comporia o valor do frete. Segundo a referida autoridade fiscal, "o valor pago ao transportador internacional a título de sobre-estadia de contêineres ('*demurrage*') é parte do valor de transporte de longo curso em contêineres e deve ser informado no Siscoserv no código 1.0502.14.90 da NBS".

Do relatório se extrai ainda:

19. Examinemos agora a questão dos contêineres. Pelo que se depreende das informações trazidas pelo consultante, não há a contratação de locação de contêineres pelo importador. O serviço contratado pelo importador junto ao armador internacional é o transporte, que é feito em contêineres. Não é relevante se o transportador utiliza contêineres próprios ou os loca de outra fonte. Para o importador, a disponibilização dos contêineres está incluída no valor relativo ao transporte internacional que é pago ao transportador.

20. Assim, o valor relativo à sobre-estadia de contêineres está igualmente abrangido pelo contrato de transporte, ou seja, é parte dele. Não é relevante a discussão sobre a natureza jurídica da sobre-estadia. Se fôssemos segregar esse valor do valor relativo ao transporte internacional, teríamos também que segregar o valor relativo à locação de contêineres, o que não é feito, uma vez que a disponibilização dos contêineres é parte do transporte. Da mesma forma, o "*demurrage*" é parte do transporte e tem, como seu elemento acessório, classificação na NBS no mesmo código do serviço principal (1.0502.14.90). (grifos nossos)

Além disso, o tratamento da disponibilização do contêiner como acessório ao contrato de transporte (que é o contrato principal) é facilmente percebido na jurisprudência brasileira. Cite-se, como exemplo, o voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

Na verdade, o que se verifica é que o contêiner é um instrumento de guarda da mercadoria transportada, uma unidade de carga, que permite utilização por vários meios de transporte de modo que a mercadoria sai do vendedor até o destino, com uma combinação possível de transporte rodoviário, ferroviário, marítimo, aeronáutico etc. Ele adere, portanto, ao veículo transportador.¹⁴

Aliás, a conclusão parece independe do atraso do navio:

Mesmo diante de uma situação de transporte intermodal, a sobreestadia refere-se necessariamente à permanência do navio no porto porque não chegaram os contêineres, que, segundo a própria inicial alega, passaram meses após o desembarque para serem retirados das dependências portuárias. E, ademais, o questionamento posto está sob o ângulo das cartas de correção a determinado número de "Bills of Lading", para que os contêineres pudessem ser liberados. (Voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Recurso Especial nº 176.903-PR).

Nem poderia ser diferente: nesse caso o armador não cede apenas os contêineres que, isoladamente, pouco sentido faz. A cessão do uso dos contêineres só faz sentido, na medida em que o transporte de longo curso será feito por meio desse acondicionamento.

Como na operação econômica em questão, o armador é, ao mesmo tempo, aquele que disponibiliza o transporte e a embalagem em que será feito o transporte, a natureza contratual daquele se sobrepõe a deste. Isso é reforçado pelo fato de que não só não há contratação autônoma de locação de contêineres, como sua remuneração está embutida no frete.

Portanto, a conclusão a que se pode chegar é que, nesse caso, a disponibilização dos contêineres para transporte de mercadorias (e eventual cláusula de *demurrage*) estaria inserida em um quadro negocial mais amplo, dominado pelo contrato de transporte marítimo. Considerando que a disponibilização dos contêineres também só ocorre e é remunerada dentro do próprio contrato de transporte marítimo (frete), esse adquire, nesse caso, o papel de contrato principal.

¹⁴ BRASIL. *Recurso Especial nº 176.903*. DIREITO COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS". CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, INCISO 3º. LEI Nº 6.288, DE 1975, ART. 3º. Na sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobreestadia do "container", a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de destino. Numa caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial. Recurso especial não conhecido. AS Ivarans Rederi versus Trombini Papel e Embalagens S/A. Relator Min. Ari Pargendler. Terceira Turma. Julgado em 20/02/2001.

Dessa forma, não só a disponibilização dos contêineres é acessória ao contrato de transporte marítimo, como as obrigações que dela (disponibilização) decorrem devem ser tratadas como subordinadas ao contrato de transporte marítimo.

Considerando, por fim, que o frete é a principal obrigação assumida pelo tomador para remuneração do agenciador de carga (e via indireta o armador), ele condiciona a *demurrage*, que é cláusula acessória no contrato acessório de disponibilização de contêineres. Nesse caso, portanto, há dupla acessoriedade: *demurrage* como "multa" e o contrato de disponibilização de contêineres como acessório ao "frete".

Entendida a natureza jurídica acessória do contrato celebrado entre o tomador e o agenciador e da *demurrage* nele inserida, passa a ser indispensável entender a obrigação contratual assumida pelo tomador e as consequências de seu eventual inadimplemento.

3. Da Responsabilidade Contratual no Direito Brasileiro

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil é tradicionalmente dividida em duas espécies: *aquiliانا* e *contratual*. Esta forma de classificação não só permite uma aproximação mais didática do fenômeno, como determina o tratamento normativo dispensado a cada hipótese de responsabilização.

Pelo tratamento dispensado à responsabilidade civil *aquiliانا* (ou não contratual) se pretende a reparação do dano a hipóteses em que o dano decorra de ato ilícito civil que não corresponda ao descumprimento de obrigação previamente existente. Por outro lado, a responsabilidade civil contratual ou *inadimplemento* dá tratamento àquelas hipóteses em que o ato ilícito civil corresponda, precisamente, ao descumprimento de obrigação previamente existente.

Diga-se, desde já, que a responsabilidade civil guarda os mesmos requisitos e as mesmas consequências gerais para ambos os cenários. A distinção ocorrerá em cada hipótese legal específica. Assim, por exemplo, ambos os tipos de responsabilidade podem ser de natureza subjetiva ou objetiva, a depender de como a legislação brasileira trabalhe com o requisito da "culpa". Da mesma forma, ambos os tipos de responsabilidade geram por consequência o dever de indenizar, ainda que a legislação brasileira possa estabelecer condições distintas em cada hipótese.

3.1. Das consequências do inadimplemento no Direito brasileiro

O presente artigo busca entender a consequência do descumprimento de obrigação assumida em contrato celebrado entre o tomador e o agenciador de cargas.

Como se sabe, no Direito obrigacional brasileiro, como consequência da inexecução da obrigação, surge o dever geral de reparar os danos. Isto é o que se depreende do art. 389 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), *in verbis*: "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado".

O referido dispositivo legal menciona o termo "perdas e danos", nitidamente de natureza indenizatória, acrescentando as eventuais consequências da mora no cumprimento desta natureza indenizatória. A própria definição do inadimplemento (e consequentemente do montante indenizatório) depende, ainda, de sua natureza: *mora* ou *inadimplemento absoluto*.

O *inadimplemento absoluto* representa a perda total do interesse creditício, ou seja, a perda da própria utilidade da prestação. Assim sendo, a obrigação é extinta (resolução) e outra obrigação surge em seu lugar, a indenizatória. Como não poderia deixar de ser, nesse caso, o montante indenizatório deve refletir a perda daquela prestação.

Por outro lado, a *mora* é definida, nos termos do art. 394 do Código Civil,¹⁵ como o descumprimento da obrigação em alguma de suas condições (modo, tempo ou espaço). Este descumprimento, contudo, não é tão definitivo como aquele que gera o inadimplemento absoluto.

Em casos de mora, permanece o interesse creditício (utilidade da prestação) e, consequentemente, a obrigação não é resolvida, mas a ela se acresce outra obrigação, de natureza indenizatória. Nessa hipótese, então, o credor permanece podendo pretender a realização da prestação, acrescida da obrigação indenizatória. Nesse caso, portanto, o montante indenizatório deve refletir apenas os danos decorrentes do "atraso" no cumprimento da obrigação.

Outra característica importante do regime geral do *inadimplemento* é exigir para sua caracterização a culpa. Ou seja, o inadimplemento é, em regra, um tipo de responsabilidade civil subjetiva, ainda que a culpa seja presumida. Isso quer dizer que caberia ao devedor inadimplente demonstrar que o eventual descumprimento da obrigação não decorre de conduta sua, mas de

¹⁵ "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer."

evento de hipótese de força maior, de fato do príncipe ou de culpa exclusiva de terceiro, por exemplo, nos termos do art. 393, *caput* e parágrafo único¹⁶ e do art. 396,¹⁷ ambos do Código Civil.

O regime jurídico brasileiro do inadimplemento também trata as "perdas e danos" de forma distinta daquela prevista para a responsabilidade *aquiliana*. Nesta não só caberia à vítima demonstrar a conduta do ofensor, como deve demonstrar que dela decorre seu dano (nexo de causalidade) e qual foi o exato dano sofrido (art. 944, *caput*, do Código Civil).¹⁸

Ainda que alguns destes requisitos possam ser tratados de forma distinta para cada hipótese de responsabilidade civil *aquiliana* (subjetiva ou objetiva, por exemplo), uma regra é constante: o dano deve ser provado pela vítima ou ele deve decorrer do próprio ato ilícito (*in re ipsa*), o que faz com que o montante indenizatório não seja previamente conhecido.

No regime jurídico do inadimplemento, por outro lado, a conduta e o nexo são presumidos na existência do contrato e no inadimplemento de seus termos.

Segundo Agostinho Alvim,¹⁹ a indenização pelo inadimplemento pode resultar de três mecanismos: a) perdas e danos fixados judicialmente; b) juros moratórios determinados em lei para obrigações pecuniárias; e c) a cláusula penal e as arras, de natureza contratual, como formas de definição prévia de indenização.

Assim, o montante indenizatório pode ser prévia e contratualmente estabelecido, para cada caso de inadimplemento e para cada tipo de inadimplemento. Esta previsão indenizatória possui natureza contratual acessória e não é presumida: só existe porque foi contratada, nos termos do contrato. Trata-se da **cláusula penal**.

3.2. Da cláusula penal

A prefixação da indenização permite que a cobrança seja realizada independentemente de prova do prejuízo, nos termos do art. 416, *caput*,

¹⁶ "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

¹⁷ "Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora."

¹⁸ "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."

¹⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 12-13.

do Código Civil.²⁰ Por sua vez, caso a indenização suportada seja superior ao valor ajustado, somente poderá ser cobrada se pactuada "indenização suplementar".²¹

Destarte, a cláusula penal nada mais é que a limitação do valor indenizatório,²² sendo desnecessária a prova ou redução em caso de prejuízos

²⁰ "Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo."

²¹ "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."

²² O objetivo de liquidação antecipada dos danos é confirmado ante a impossibilidade de cumulação com eventuais perdas e danos que venham a ser suportadas pela parte, conforme o entendimento jurisprudencial pátrio: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PACOTE TURÍSTICO. DESISTÊNCIA DA VIAGEM. MULTA. CLÁUSULA PENAL. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REEXAME. CLÁUSULA CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. 1. A cláusula penal compensatória visa recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente venham a decorrer do inadimplemento total ou parcial da obrigação, representada por um valor previamente estipulado pelas próprias partes contratantes a título de indenização. 2. Inviável, em sede de recurso especial, modificar o acórdão recorrido que entendeu pela legalidade da cláusula penal, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-probatório e a interpretação de cláusulas contratuais, procedimentos vedados, nos termos das Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido". (STJ. AgRg no REsp 1408010-SP. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 02/12/2014, DJe 09/12/2014) (grifos nossos) "AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL. NATUREZA COMPENSATÓRIA. CUMULAÇÃO COM PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. É inviável a cumulação da multa compensatória com o cumprimento da obrigação principal, uma vez que se trata de uma faculdade disjuntiva, podendo o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas, conforme o art. 401 do Código Civil. 2. A jurisprudência desta Corte de Justiça tem admitido tal cumulação somente quando a cláusula penal tiver natureza moratória, e não compensatória (REsp 1.355.554-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe de 04/02/2013), o que, no entanto, não se verifica na hipótese dos autos. 3. Agravo interno a que se nega provimento." (STJ. AgRg no Ag 741.776-MS. Quarta Turma. Rel. Min. Raul Araújo. Julgamento em 07/11/2013, DJe 11/12/2013) (grifos nossos) "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL. NATUREZA COMPENSATÓRIA. CUMULAÇÃO COM PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULAS 5 E 7/STJ. REVISÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. DECAIMENTO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...]

inferiores, mas, por sua vez, limitada ao valor pactuado caso os danos sejam superiores (art. 416, parágrafo único, do Código Civil).

Ainda que não seja necessário alegar prejuízo, a exigibilidade da cláusula penal depende da ocorrência de alguns requisitos:

- a) existência de obrigação principal, de natureza pecuniária ou não;
- b) do descumprimento desta obrigação;
- c) da contratação prévia da cláusula penal;
- d) da imputabilidade do descumprimento ao devedor.

Além disso, a cláusula penal pode ser estabelecida para cada tipo de inadimplemento. Será ela compensatória quando visar a pré-liquidação dos danos decorrentes do inadimplemento absoluto do contrato, em outros termos, ela visa substituir a obrigação resolvida pelo inadimplemento por meio da indenização prevista, nos termos do art. 410 do Código Civil.²³ Ela será, por outro lado, moratória se estipulada para o caso de mora, podendo o credor exigir a satisfação da obrigação principal, acrescida da indenização previamente estabelecida, nos termos do art. 411 do Código Civil.²⁴

Como se percebe, então, o regime jurídico brasileiro do inadimplemento dispõe hipótese de previsão indenizatória, sob o *nomen juris* de cláusula penal, variando seu montante a depender do tipo de inadimplemento cujos danos se pretende indenizar.

2. É inviável a cumulação da multa compensatória com o cumprimento da obrigação principal, uma vez que se trata de uma faculdade disjuntiva, podendo o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas. Precedentes. 3. A instância ordinária, fundamentando-se em interpretação de cláusula contratual e elementos fáticos contidos nos autos, chegou à conclusão de se tratar de cláusula penal compensatória, e não moratória, convicção cuja desconstituição, no caso, é inviável a este Tribunal Superior, pois implica necessariamente adentrar o substrato fático-probatório e contratual, o que é defeso nesta fase recursal, conforme inteligência das Súmulas 5 e 7 do STJ. 4. A apreciação, em sede de recurso especial, do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, e a fixação do respectivo *quantum*, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ. AgRg no AREsp 636.892-SP. Quarta Turma. Rel. Min. Raul Araújo. Julgamento em 23/06/2015, DJe 03/08/2015) (grifos nossos)

²³ "Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor."

²⁴ "Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal."

Segundo a doutrina brasileira, este tipo de pacto tem natureza acessória²⁵ e serviria para que os contratantes fixassem, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de inadimplemento.²⁶

A mesma doutrina menciona, ainda, uma natureza inibitória do inadimplemento, ou seja, intimidação contratual para que o inadimplemento não ocorra. Segundo este raciocínio, a cláusula penal representaria a tentativa de se evitar o descumprimento da obrigação, reforçando a obrigação assumida por meio da definição de consequências para aquele descumprimento.

Alguns autores destacam este objetivo,²⁷ embora contemporaneamente, a doutrina negue a importância a esta tentativa de preponderância²⁸ e unanimemente afirme que ambas as funções (inibitória e previsão de indenização em caso de inadimplemento) compõem a cláusula penal.

Uma conclusão, contudo, se destaca:

No Código de 2002, a função de pré-liquidação do dano foi mais detidamente regulada, tendo-se por base dois fundamentos: garantir – ou possibilitar que as partes garantam – a total reparação do dano e evitar que a cláusula penal se torne fonte de desequilíbrios abusivos em benefício do credor.²⁹

²⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 159; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 156; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 145, v. II; VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 441; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 421; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 392 e 478; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 537.

²⁶ GOMES, op. cit., p. 159; LOPES, op. cit., p. 152; GOMES, op. cit., p. 162; FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 422; VIANA, op. cit., p. 444; GAMA, op. cit., p. 390 e 395; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 476 e 479, v. II; RIZZARDO, op. cit., p. 539; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 421-422, t. II, v. V.

²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 146; RIZZARDO, op. cit., p. 538; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2007, p. 243-244.

²⁸ VIANA, op. cit., p. 444; GAMA, op. cit., p. 390 e 395; NADER, op. cit., p. 476; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 423-430; CASSETTARI, Christiano. *Muito contratual: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2009, p. 61; FLORENCE, Tariana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 516-518.

²⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, p. 244.

Como se pode perceber, então, a natureza da cláusula penal é indenizatória e não penal,³⁰ destinada a “pré-liquidar danos”³¹ e não punir (ou sancionar) o descumprimento da obrigação.

A ideia de punição pressuporia a noção de “castigo” e de avaliação subjetiva da intenção do devedor. Esta análise, como se sabe, não é própria do Direito Privado, nem caberia, dentro da lógica contratual da *Civil Law*, a avaliação do comportamento e punibilidade da conduta também ignoraria o fato de que o inadimplemento se refere à consequência “dano” (reparação) e não à punição daquele que causa dano, que poderia vir a ser tratada em outro âmbito (penal, administrativo, moral).

Esta ordem de coisas também se refere à natureza atribuída à obrigação no Direito brasileiro: como seu conteúdo é patrimonial, a ofensa à obrigação seria, igualmente, patrimonial (dano). E o dano, neste sentido, poderia ser indenizado ou compensado de forma objetiva, sem a necessidade de julgamento do devedor, assim como compeli-lo ao cumprimento da obrigação, quando possível, seria o suficiente para tutelar a obrigação.

Diferentemente, a lógica contratual da *Common Law* parte da premissa de que a obrigação é, antes de mais nada, uma promessa e sua violação é algo que deve ser moralmente repudiado. Abre-se, assim, a possibilidade (ou necessidade) de avaliação da conduta do ofensor: ele deve então vir a ser punido, se o descumprimento é, de fato, esta quebra de promessa.

Dai porque explica David que:

O que é sancionado pela *common law* não é propriamente a obrigação contratual que foi assumida e a cujo respeito a boa-fé obriga: a *common law* não mandará executar essa obrigação. O que ela leva em consideração é o prejuízo causado injustamente ao autor pela conduta do réu, que assumiu uma obrigação e cumpriu-a de forma inadequada, ou não a cumpriu: o réu será condenado por perdas e danos.³²

É também em razão disso que a *Common Law* consagra a distinção entre *penalty clauses* e *liquidated damages clauses*. Enquanto estas seriam cláusulas com previsão indenizatória, aquelas serviriam para uma finalidade “punitiva”.

³⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*, p. 152; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*, p. 479.

³¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 159.

³² DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 112.

Beatson explica que as *liquidated damages clauses* correspondem à previsão dos contratantes como estimativa do dano provável em caso de inadimplemento. As Cortes, segundo o autor, tendem a aceitá-las como genuína previsão indenizatória ou como limitação à indenização que possa vir a ser cobrada. Por outro lado, adverte o autor, se a cláusula estabelecer uma hipótese *ad terrorem*, a soma é considerada uma *penalty* e, portanto, não será exequível.³³ O autor salienta, por fim, que não importa o nome dado à cláusula, o papel da Corte é entender sua natureza.³⁴

Esta é a mesma advertência que McKendrick faz:

If the term in the contract making provision for the payment of damages is held to be a penalty clause, it will not be enforced and the innocent party will be confined to a claim for damages [...]. On the other hand, if the term is held to be a liquidated damages clause then the clause will be valid and it fix the liability of the party in breach, in the sense that the sum stipulated in the clause will be the sum that must be paid, irrespective of the loss that is actually suffered on the facts of the case.³⁵

Por fim, Calamari e Perillo informam que de acordo com o Direito norte-americano: "*Liquidated damages clauses are valid. Penalty clauses are void*".³⁶ sua diferença seria, claro, o propósito: enquanto a primeira se refere a estimativa econômica da perda (baseada em razoabilidade e boa-fé) a outra tentaria evitar o descumprimento do contrato.³⁷ Informam, ainda, que não são admitidas as "*Punitive damages*" em demandas contratuais, salvo se decorrem de outra hipótese independente de responsabilidade civil.³⁸

O que se percebe, então, é que mesmo no Direito Contratual da *Common Law* não é amplamente permitida a "punição" via cláusula contratual, preferindo-se, também entre os anglo-saxões, a previsão indenizatória.

Pode-se ir além: a fórmula permitida como "remédio" para o inadimplemento contratual é uma cláusula de estipulação indenizatória, de valor limitado (não *ad terrorem*, por exemplo), cuja finalidade seja, justamente, a liquidação antecipada dos danos que possam vir a ser sofridos.

³³ BEATSON, J. *Anson's law of contract*. 28. ed. Oxford: Oxford Press, 2002. p. 625.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 625.

³⁵ MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases and materials*. 3. ed. Oxford: Oxford Press, 2008. p. 927.

³⁶ CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *Contracts*. St. Paul: West, 2004. p. 365.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 365-366.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 369.

O que se pode concluir, então, é que a figura existente no Direito brasileiro (cláusula penal) se assemelha a figura dos *Liquidated damages clauses* do Direito anglo-saxão. Em ambos os casos, o propósito é a previsão indenizatória. Outra conclusão que se pode extrair: a forma de prever a liquidação dos danos em sede contratual, na *Civil Law* e na *Common Law*, é por meio de cláusula que, aqui no Brasil, ganha o nome de cláusula penal.

3.3. Do limite da cláusula penal

A cláusula penal é baseada, portanto, em uma lógica de previsão de danos, ou seja, em uma avaliação presente de potenciais e eventuais prejuízos futuros. Como toda previsão, ela não precisa guardar exata correspondência entre o dano imaginado e o dano futuro. É justamente em razão disso que não é necessário, como mencionado, alegar o prejuízo para que a cláusula seja invocada (art. 416, *caput*, do Código Civil). Ocorre, contudo, que a cláusula penal tem limites.

3.3.1. Da impossibilidade de alteração unilateral

Dada sua natureza contratual, o valor previsto para a cláusula penal é inalterável pelo arbítrio individual dos contratantes,³⁹ embora possa ser **reduzida** pela ponderação, equitativa, realizada pelo Judiciário, nos termos do art. 413 do Código Civil,⁴⁰ esta seria norma *jus cogens* e não poderia ser afastada por disposição contratual⁴¹ sob pena de nulidade.⁴² Isso faz concluir que tabelas unilateralmente modificáveis (impostas) não se ajustam à lógica da previsão indenizatória.

Eis o porquê pôde argumentar Gomes que a:

[...] melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem.⁴³

Por outro lado, o aumento judicial do valor da cláusula penal não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro,⁴⁴ seja porque isto desrespeita-

³⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 161; VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, p. 449.

⁴⁰ "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."

⁴¹ VIANA, op. cit., p. 452; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*, p. 489.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*, p. 429.

⁴³ GOMES, op. cit., p. 159.

⁴⁴ NADER, op. cit., p. 476 e 491.

ria a liberdade individual manifestada pelo contrato; porque subtrairia a finalidade da cláusula penal; ou porque o credor poderia pretender a indenização efetiva, provando seus danos, desde que renunciasse à cláusula penal, ou tivesse contratado a cláusula prevista no parágrafo único do art. 416 do Código Civil, hipótese na qual a cláusula penal serviria como mínimo da indenização e o limite do art. 412 do Código Civil poderia ser ultrapassado.⁴⁵

3.3.2. Obrigação em moeda nacional

Em segundo lugar, obedece ao princípio do curso forçado da moeda. Em outros termos, se a cláusula penal fosse prevista como obrigação pecuniária (montante em dinheiro), precisa ser estabelecida em moeda nacional. Seja para pagamento (moeda de pagamento), seja para indexação (moeda de conta). Não é válida a cláusula penal que estabeleça obrigação pecuniária a ser paga em ouro ou moeda estrangeira, ainda que de conta, nos termos do art. 318 do Código Civil *in verbis*: "Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial".

A mencionada legislação especial, basicamente se resume ao Decreto-Lei nº 857, de 11/09/1969 e à Lei nº 8.880, de 27/05/1994. Destes, destaca-se o art. 2º do Decreto-Lei nº 857/1969, que se refere a "contratos e títulos referentes a importação e exportação de mercadorias", ou seja, aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Como se percebe, no caso em análise não se está diante de qualquer dessas exceções legais.

Além disso, quando o contrato de transporte for internacional, também a ele se aplicam limitações previstas no regime normativo estabelecido pela Antaq. Dispõe a Resolução Normativa nº 18, DOU de 26/12/2017, art. 27, I,⁴⁶ que, no caso de frete internacional, seu valor deve ser expresso em moeda nacional, convertido de acordo com a "taxa de conversão de câmbio" utilizada pelo Siscomex, sob pena de infração administrativa e incidência de multa.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*, p. 426; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*, p. 397.

⁴⁶ "Art. 27. Constituem infrações administrativas de natureza média: I – na navegação de longo curso, quando o frete estiver expresso em moeda estrangeira, utilizar a conversão para o padrão monetário nacional com base diferente da tabela 'taxa de conversão de câmbio' do Sistema de Informações do Banco Central – Sisbacen, utilizada pelo Sistema Integrado do Comércio Exterior – Siscomex, vigente na data do efetivo pagamento da fatura; multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais); [...]".

Estes dados permitem concluir que, no caso trazido pela CONSULLENTE, não é possível a contratação de cláusula penal em moeda estrangeira porque: (i) o TERMO, dada sua natureza, não se encontra em nenhuma das exceções legais; (ii) mesmo que fosse admitida tal cláusula, como no contrato de transporte internacional, a multa deveria ser expressa em moeda nacional com o valor convertido "pela taxa de conversão de câmbio" do Siscomex e não da forma apresentada no TERMO.

3.3.3. Montante da cláusula penal

Dada sua natureza acessória,⁴⁷ o valor atribuído à cláusula penal não pode ultrapassar aquele dado à obrigação principal. Trata-se de construção de longuíssima tradição no Direito brasileiro.⁴⁸ Este é o sentido e o alcance do art. 412 do Código Civil, *in verbis*: "Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".

Pondera Serpa Lopes que o princípio dominante no Direito obrigacional brasileiro é o da "imutabilidade da cláusula penal", mas que esta, como se viu, não é uma regra absoluta e que a cláusula penal pode ser modificada "quando o valor de sua cominação exceder ao da obrigação principal".⁴⁹ Trata-se, como se percebe, da aplicação literal do art. 412 do Código Civil. Segundo Viana uma diretriz de solidariedade⁵⁰ que visa à proteção dos próprios contratantes.

Neste exato sentido, são ainda mais claros Tepedino e Schreiber: "[...] o sentido do comando legal: evitar que a pré-fixação das perdas e danos supere o valor do negócio e possa vir a estimular o interesse do credor no descumprimento da avença, como fonte de enriquecimento ilícito".⁵¹

Este, aliás, também é o mais recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

3. Nada obstante, em que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, a fixação da cláusula penal não pode estar indistintamente ao alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de resguardar a parte mais

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*, p. 552.

⁴⁸ CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática*, p. 77-78.

⁴⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*, p. 164.

⁵⁰ VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, p. 449; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, p. 459.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações – Artigos 233 a 240*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 396-397. v. IV.

fraca do contrato, como é o caso do artigo 412 do Código Civil ("O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal").⁵²

Convém destacar, ainda, que a legislação esparsa costuma estabelecer outros limites para as cláusulas penais. Assim, por exemplo, no âmbito das relações de consumo (Lei nº 8.078, de 11/09/1990), o limite para as cláusulas penais moratórias é de 2% do valor da obrigação principal (art. 52, § 1º); o mesmo limite é previsto nas relações condominiais (art. 1.336 do CCB); enquanto que nos contratos de compra e venda de terrenos para o pagamento em prestações, o limite é de 10% (art. 11, "F" – Decreto-Lei nº 58, 10/12/1937); o mesmo limite é previsto para os contratos de mútuo (art. 9º do Decreto nº 22.626, de 07/04/1933) e nos compromissos de compra e venda, cessões e promessa de cessão de lotes (art. 26, V, da Lei nº 6.766, de 19/12/1979).

Dado adicional é que o fato de se extrapolar o limite da cláusula penal não importa, no entanto, a invalidade dela, mas a redução do montante à proporção legal.⁵³

Outro importante ponto levantado por Silva é de que é possível a previsão de "pena" progressiva, embora "em qualquer caso, a pena máxima aplicável deverá respeitar o limite permitido para aquela espécie de negócio".⁵⁴

Disso, pode-se concluir, então, que, no Direito obrigacional brasileiro, a forma de se estabelecer, em caso de inadimplemento, uma previsão indenizatória, é a contratação de cláusula penal. Além disso, a cláusula penal, que tem natureza contratual, acessória e indenizatória, deve ser estabelecida dentro dos limites legais, sob pena de redução.

4. Da Natureza Jurídica da *Demurrage*

Segundo Wilson, uma das cláusulas mais importantes do transporte de mercadorias é a definição do tempo necessário para o embarque e desembarque da mercadoria. Este período temporal seria, normalmente, entendido como já tendo sido pago pelo contratante do frete.⁵⁵ A mesma lógica se aplica, por analogia, aos contêineres.

⁵² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1362084-RJ*. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 16/05/2017.

⁵³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*, p. 487; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*, p. 554; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações – Artigos 233 a 240*, p. 399.

⁵⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, p. 269-270.

⁵⁵ WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*, 7. ed. Essex: Longman, 2010, p. 51.

Ultrapassado tal período, o agente de transporte teria que compensar o titular do navio/contêiner pelos eventuais danos causados pelo atraso (*demurrage*). Esta natureza indenizatória fica evidente na explicação de Todd:

Demurrage provisions are universal in voyage charterparties (although a charterparty would be workable without them, and there is no need to imply them, if they are not there). Demurrage is payable by the charterer once the laytime agreed for loading or discharging the cargo has expired, its purpose being to compensate the shipowner for any additional delay caused by the charterer's breach of contract in exceeding the agreed laytime.⁵⁶ (grifos nossos)

Tal previsão, assim como seu respectivo montante, normalmente é expressamente consignada em contrato (assim como as hipóteses de sua exclusão). Segundo Wilson, aliás, na tradição da *Common Law*, tratar-se-ia de criação puramente contratual para compensação pelos prejuízos causados pela detenção do contêiner além dos dias contratados.⁵⁷

Parece claro que tal compensação teria natureza indenizatória e não se confundiria com preço para o exercício de direito de retenção do contêiner.⁵⁸ As hipóteses para tal atraso podem variar significativamente e podem mesmo atingir tal situação concreta em que frustrem o objetivo econômico do contrato ou se tornem um atraso "não razoável" de modo a justificar a resolução do contrato de transporte.⁵⁹

O atraso na disponibilização do contêiner, por sua vez, é caracterizado pelo descumprimento do termo contratual ou, em sua falta, pelo prazo razoável para que a referida entrega ocorresse. Além disso, o operador de transporte responde pelos prejuízos causados até a efetiva entrega da mercadoria.

É usual, contudo, que o agente de transporte estabeleça, entre si e seu contratante, uma forma contratual de transferir seu risco (atraso, por exemplo). A pergunta, então, que se pode fazer, é se a *demurrage* poderia ser entendida como um exemplo de cláusula penal. Parte da doutrina entende que sim.⁶⁰

⁵⁶ TODD, Paul. *Principles of the carriage of goods by sea*. London: Routledge, 2016, p. 132.

⁵⁷ WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*, 7. ed., p. 76.

⁵⁸ DOCKRAY, Martin. *Cases & materials on the carriage of goods by sea*, 3. ed. London: Cavendish, 2004, p. 261; TODD, Paul. *Principles of the carriage of goods by sea*, p. 132-133.

⁵⁹ BAUGHEN, Simon. *Shipping law*, 4. ed. London: Routledge-Cavendish, 2009, p. 250.

⁶⁰ MARTINS, Elaine M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*, p. 351.

Wilson explica, justamente, que a indenização no caso do atraso do embarque/desembarque de um navio poderia ter duas distintas naturezas: *demurrage* ou *damages for detention*:

One of the most important clauses in a voyage charterparty is that which specifies the amount of time allowed for loading and unloading the cargo. These agreed "lay days" are available free of charge to the charterer, who is regarded as having paid for them in the freight. If these lay days are exceeded, however, then the charterer has to pay compensation to the shipowner either in the form of agreed damages (known as *demurrage*) or unliquidated damages (known as *damages for detention*).⁶¹ (grifos nossos)

Esta primeira distinção se refere, portanto, ao propósito de cada cláusula. Todd explica que, enquanto as hipóteses indenizatórias de *detention* exigem que o efetivo dano seja demonstrado, a *demurrage* se refere à liquidação (prefixação) de perdas e danos em caso de atraso.⁶² A cláusula ainda representaria o montante máximo exigível pelo atraso, embora não cubra outras hipóteses de inadimplemento.⁶³

Isto é relevante, porque:

At common law a demurrage clause is purely a creation of contract and is in the nature of a provision for agreed damages for detention of the vessel beyond the agreed lay days. The stipulated sum is recoverable by the shipowner irrespective of proof of damage, and represents the maximum amount recoverable for loss resulting from the detention. Demurrage will thus cover losses of freight arising under subsequent charterparties affected by the delay, or from the consequent reduction in the number of voyages possible under a consecutive Voyage charterparty. On the other hand, it will not extend to limit claims for losses arising from causes other than detention as, for example, from failure to load a full cargo.⁶⁴

Em resumo, então, não só a *demurrage* seria prefixação de danos, como seria exigível sem a prova da perda pelo armador ou dono do navio, além de representar o máximo valor previsto como indenização, cobrindo apenas o atraso na disponibilização do navio/contêiner.

⁶¹ WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*, 7. ed., p. 51.

⁶² "The charterer is in breach of contract, however, if he delays the vessel beyond the laytime (or lay days). He has no contractual right to delay the vessel further and pay demurrage. Rather, demurrage is liquidated (ie, agreed) damages for the charterer's breach in failing to load or discharge within the laytime. That this was the correct analysis became clear about 90 years ago, in *Aktieselskabet Reidar v Arcos Ltd.*" (TODD, Paul. *Principles of the carriage of goods by sea*, p. 131)

⁶³ DOCKRAY, Martin. *Cases & materials on the carriage of goods by sea*, p. 262.

⁶⁴ WILSON, op. cit., p. 76-77.

Isso faria, então, com que a *demurrage* assumisse, no *Common Law*, o papel de cláusula de estipulação indenizatória (*liquidated damages*), de valor limitado, cuja finalidade seria, justamente, a liquidação antecipada dos danos que possam vir a ser sofridos. Em outros termos, *demurrage* teria natureza que, no Direito brasileiro, seria percebida como de cláusula penal.

Saliência Todd que essa previsão deve ser genuína liquidação antecipada, sob pena de se tornar uma cláusula inexecutível de penalidade⁶⁵ (*penalty clause*).

Essa aproximação com a cláusula penal não é só derivada do propósito da *demurrage* no Direito Marítimo. Se a tradução da nomenclatura *demurrage* significa a prefixação da indenização, por dizer respeito aos danos pactuados,⁶⁶ ela tem sido denominada na jurisprudência brasileira como cláusula penal.⁶⁷ Os Tribunais pátrios entendem que a natureza jurídica da *demurrage* como indenização prefixada⁶⁸ (o que é cláusula penal), embora, ocasionalmente, afasta a limitação da cláusula penal.

Com todo o respeito, não há justificativa para que a *demurrage* não seja considerada como cláusula penal. Por se tratar de natureza indenizatória, previamente estipulada em contrato, ter natureza acessória, outra não seria a

⁶⁵ TODD, Paul. *Principles of the carriage of goods by sea*, p. 37, in verbis: "A liquidated damages clause must, however, be a genuine pre-estimate of damage. By contrast, a penalty clause, which is not a genuine pre-estimate but is intended to deter breach, is unenforceable. [...] It is probably because penalty clauses are unenforceable that demurrage is usually fixed in line with market rates prevailing at the time the charterparty was entered into".

⁶⁶ WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*, 6. ed. Essex: Pearson Education, 2008, p. 59.

⁶⁷ "[...] 3. A cláusula penal compensatória constitui pacto acessório, de natureza pessoal, por meio do qual os contratantes, com o objetivo de estimular o integral cumprimento da avença, determinam previamente uma penalidade a ser imposta àquele que der causa à inexecução, total ou parcial, do contrato. Funciona, ainda, como fixação prévia de perdas e danos, que dispensa a comprovação de prejuízo pela parte inocente pelo inadimplemento contratual. [...]" (STJ. REsp nº 161.7652-DF. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 26/09/2017. DJe 29/09/2017) (grifos nossos)

⁶⁸ "Ação de cobrança julgada improcedente – Transporte internacional – Relação contratual e devolução de contêiner não impugnadas – Alegação de inexistência de culpa – Sobre-estadia – Responsabilidade contratual – Indenização pré-fixada – Prova de culpa do contratante – Irrelevância – Cerceamento de defesa inexistente – Fatos constitutivos do direito do autor demonstrados (art. 373, inc. I, do CPC) – Recurso improvido." (TJSP. Apelação nº 1026558-96.2016.8.26.0562. Relator(a): Miguel Petroni Neto. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado. Foro de Santos – 7ª Vara Cível. Data do Julgamento: 10/10/2017. Data de Registro: 19/10/2017) (grifos nossos)

la penal, como já explicado, também não há a necessidade de comprovação da culpa, eis que esta é presumida no mero do descumprimento do contrato. Reconhecida que se trata de compensação devidamente prefixada, cuja aplicação depende tão somente do descumprimento contratual (desnecessária a análise de culpa), não há dúvidas de que se trata de cláusula penal.⁷²

E mesmo quando inserido o elemento culpa, o que se denota é a tendência das Cortes em desconsiderar a *demurrage* como cláusula penal, para fim de afastar o limite previsto no art. 412 do Código Civil.⁷³ É isto que faz,

honoreia (art. 85, § 11 do NCPC).” (TJSP: Apelação nº 1001388-53.2016.8.26.0100. Relator(a): José Wagner de Oliveira Melo Peixoto. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível – 38ª Vara Cível. Data do Julgamento: 11/09/2017. Data de Registro: 11/09/2017) (grifos nossos)

⁷² “Ação de cobrança. Transporte marítimo de cargas. Julgamento de Recurso Especial. Retificação de acórdão. Prescrição afastada. Prazo quinquenal ou decenal, a contar da devolução dos contêineres. Termo não ultrapassado. Improcedência de plano. Art. 285-A do CPC/1973. Admissibilidade. Sobre-estadia (*demurrage*). Natureza de cláusula penal. Antecipação das perdas e danos. Conduta culposa que equivale à própria mora/inadimplemento. Exclusão da responsabilidade apenas em casos fortuitos. Extinção prematura do feito. Necessidade de prosseguimento, com defesa e instrução, se o caso. Sentença anulada. Recurso provido, prosseguindo-se.” (TJSP: Apelação nº 0033013-41.2009.8.26.0562. Relator(a): Cauduro Padin. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro de Santos – 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 19/08/2016. Data de Registro: 19/08/2016) (grifos nossos)

“Cobrança. Transporte marítimo de cargas. Prescrição. Alteração de posicionamento. Prazo quinquenal ou decenal, a contar da devolução do contêiner. Termo não ultrapassado. Afastado o reconhecimento da prescrição. Sobreestadia (*demurrage*). Termo de compromisso de devolução do contêiner. Natureza equiparável à cláusula penal. Antecipação das perdas e danos. Conduta culposa que equivale à própria mora/inadimplemento. Exclusão da responsabilidade apenas em casos fortuitos. Recurso provido.” (TJSP: Apelação nº 0025435-56.2011.8.26.0562. Relator(a): Cauduro Padin. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro de Santos – 8ª Vara Cível. Data do Julgamento: 15/01/2016. Data de Registro: 15/01/2016)

“Cobrança. Parcial procedência. Transporte marítimo. Sobreestadia (*demurrage*). Natureza equiparável à cláusula penal. Antecipação das perdas e danos. Conduta culposa que equivale à própria mora/inadimplemento. Exclusão da responsabilidade apenas em casos fortuitos. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor. Recursos desprovidos.” (TJSP: Apelação nº 0005114-29.2013.8.26.0562. Relator(a): Cauduro Padin. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro de Santos – 11ª Vara Cível. Data do Julgamento: 03/09/2015. Data de Registro: 03/09/2015) (grifos nossos)

⁷³ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBRE-ESTADIAS DE CONTÊINERES. DEMURRAGES. NATUREZA JURÍDICA DE INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CULPA PELO ATRASO DEMONSTRADA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO

por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça.⁷⁴ Por outro lado, contraditoriamente, quando o valor devido a título de *demurrage* não ultrapassa aquele da obrigação principal, as Cortes tendem a considerá-la como cláusula penal.⁷⁵

NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal *a quo*, com fundamento na prova documental juntada aos autos, concluiu pela legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo da presente demanda judicial e por sua responsabilidade pelo atraso na devolução dos contêineres. 2. Para se alterar a conclusão do col. Tribunal de origem, seria necessário se proceder ao reexame de documentos, contratos e termos de compromissos firmados entre as partes, bem como do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de violação das Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. As *demurrages* têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do art. 412 do Código Civil. (REsp nº 1.286.209-SP. Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe de 14/03/2016). 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 740.480-SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 27/03/2017) (grifos nossos)

⁷⁴ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. IMPROCEDÊNCIA. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO CORRETAMENTE DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES. PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA 83 DO STJ. NATUREZA JURÍDICA DE INDENIZAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. [...] 2. A partir do julgamento do REsp 1.340.041-SP, na sessão do dia 24/06/2015, DJe de 04/09/2015, a Segunda Seção pacificou a jurisprudência no âmbito das Turmas de Direito Privado, consolidando o entendimento de que, com a entrada em vigor do novo Código Civil, que revogou o artigo 449, III, do Código Comercial, o prazo prescricional para as ações de cobrança de sobre-estadias de contêineres é o quinquenal, quando a cobrança dessa taxa derivar de disposição contratual, e decenal, caso não haja essa previsão no contrato, mostrando-se ilíquida a obrigação. [...] 5. As *demurrages* têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do art. 412 do Código Civil (REsp 1.286.209-SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe de 14/03/2016). 6. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 842.151-SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 07/04/2017)

⁷⁵ “Ação de cobrança. Procedência. Sobre-estadia (*demurrage*). Sentença fundamentada. Ausência de nulidades. Conhecimento de defesa inócua. Incidência do valor da sanção de acordo com o estipulado no termo de responsabilidade. Cláusula penal. Sanção que indeniza o dano emergente e lucro cessante. Desnecessidade de comprovação do prejuízo. Culpa decorrente da própria mora. Recurso desprovido.” (TJSP: Apelação nº 0045589-95.2011.8.26.0562. Relator(a): Cauduro Padin. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro de Santos – 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 23/08/2013. Data de Registro: 27/08/2013) (grifos nossos)

Do corpo do acórdão, extrai-se: “O valor da multa está descrito nos termos de responsabilidade, não em praxes de mercado. E nem se mostra abusivo ou excedente ao valor da obrigação principal (art. 412, do CC). A alegação de abusividade, aliás, é genérica e não veio corroborada em elementos concretos dos autos”.

Se a natureza jurídica é de cláusula penal, a limitação do art. 412, do Código Civil deve existir. E ainda que assim não fosse, por se tratar de reembolso, o limite da indenização seria aquele do efetivamente reembolsado (art. 944 do Código Civil).

Podê-se concluir, então, que a *demurrage*, na *Common Law*, é percebida como cláusula de *liquidated damages*, por meio da qual, as partes preveem o montante máximo de indenização em caso de atraso na restituição do navio/contêiner; montante este que não precisa ser provado e não se aplica para outros tipos de danos. No Direito obrigacional brasileiro essas mesmas características são definidoras da cláusula penal: montante contratualmente previsto para indenização em casos de inadimplemento, montante este que não precisa ser demonstrado. Em razão disso, quando aplicável o Direito brasileiro, mister se considerar a *demurrage* como verdadeira cláusula penal.

5. Conclusões

Considerando as razões acima expostas, pode-se tirar algumas conclusões acerca da natureza da cláusula de *demurrage* incluída em contratos celebrados entre tomadores e agenciadores de carga.

Em primeiro lugar, o fundamento da cobrança de *demurrage* pelo agenciador é, quando mantidas duas relações obrigacionais distintas (uma entre tomador e agenciador e outra entre agenciador e armador) é de reembolso, baseada em contrato que compõe a relação contratual da logística internacional. Por se tratar de reembolso existem limites para sua cobrança: não se pode cobrar mais que aquele efetivamente pago ao armador, dentro dos limites impostos pela legislação obrigacional brasileira.

Em segundo lugar, a disponibilização dos contêineres para transporte de mercadorias (e eventual cláusula de *demurrage*) estaria inserida em um quadro negocial mais amplo, dominado pelo contrato de transporte marítimo. Considerando que a disponibilização dos contêineres também só ocorre e é remunerada dentro do próprio contrato de transporte marítimo (frete), este adquire, nesse caso, o papel de contrato principal.

Assim, não só a disponibilização dos contêineres é acessória ao contrato de transporte marítimo, como as obrigações que dela decorrem devem ser tratadas como subordinadas ao contrato de transporte marítimo. Por fim, como o frete é a principal obrigação assumida pelo tomador para remuneração do agenciador (e via indireta o armador), ele condiciona a *demurrage* que é cláusula acessória no contrato acessório de disponibilização de contêineres.

Em terceiro lugar, no Direito obrigacional brasileiro, a forma de se estabelecer, em caso de inadimplemento, uma previsão indenizatória, é a contratação de cláusula penal. Essa cláusula, de natureza contratual, acessória e indenizatória, deve ser estabelecida dentro dos limites legais, sob pena de redução. Em outros termos: a cláusula não pode prever indenização superior ao valor da obrigação principal (art. 412 do Código Civil), deve ser prevista em moeda brasileira (art. 318 do Código Civil) e não pode ser alterada de forma unilateral.

Por fim, a *demurrage* é definida como cláusula de *liquidated damages* para os casos de atraso na restituição do navio/contêiner, cujo montante não precisa ser demonstrado. No Direito obrigacional brasileiro essas mesmas características são definidoras da cláusula penal, razão pela qual, quando aplicável o Direito brasileiro, a *demurrage* possui natureza de cláusula penal. Dito isso, a *demurrage* se aplica a todos os limites previstos pela legislação brasileira à cláusula penal.

6. Referências

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- BAUGHEN, Simon. *Shipping law*. 4. ed. London: Routledge-Cavendish, 2009.
- BEATSON, J. *Anson's law of contract*. 28. ed. Oxford: Oxford Press, 2002.
- CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *Contracts*. St. Paul: West, 2004.
- CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2009.
- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DOCKRAY, Martin. *Cases & materials on the carriage of goods by sea*. 3. ed. London: Cavendish, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FÓES, Gabrielle Thamís Novak. *Demurrage de contêiner: no direito inglês e brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2017.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. Barueri: Manole, 2008. v. II.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. t. II. v. V.

MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases and materials*. 3. ed. Oxford: Oxford Press, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: RT, 2014.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações – Artigos 233 a 240*. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV.

TOOD, Paul. *Principles of the carriage of goods by sea*. London: Routledge, 2016.

US DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, Maritime Administration. *Glossary of Shipping terms*, 2008.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WILSON, John F. *Carriage of goods by sea*. 6. ed. Essex: Pearson Education, 2008.

_____. 7. ed. Essex: Longman, 2010.

4. O Princípio da Boa-Fé Objetiva Aplicado ao Transporte de Carga por Contêiner Sujeito ao Pagamento de Demurrage

Alberto Feti*
Vera Jacob de Fradera**

Os autores agradecem o prestigioso convite do professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior para participar desta obra.

Sumário: Introdução. 1ª Parte: Por que o contrato de transporte de contêineres, quando envolve o pagamento de demurrage é, em geral, tumultuado e muito oneroso? 2ª Parte: A aplicação do princípio da boa-fé objetiva à demurrage de contêineres. A) O Contrato de Transporte de Contêineres e o Pagamento de Indenização pela Sobre-Estadia. A.1) A confiança, elemento preexistente à relação contratual. B) A Cooperação, Dever Contratual Deduzido do Princípio da Boa-Fé, Visualizado como Alicerce da Relação Contratual. B.1) O dever de informar como parte integrante do dever de cooperação nos contratos, visualizando o contrato como um projeto comum. B.1.1) O dever de informar entre os contratantes e o pagamento da demurrage. B.1.2) O dever, derivado da boa-fé objetiva, de mitigar o próprio prejuízo, alençando o credor e o devedor. Conclusão. Referências.

Introdução

A primeira pergunta de um leitor não familiarizado com o vocabulário relativo ao Direito Marítimo certamente será: qual o significado da palavra *demurrage*?¹ Levando em consideração esse fato, nos propomos a apresentar esse vocábulo ao nosso leitor. Uma definição básica de *demurrage* poderia ser a seguinte: um preço cobrado de um cargueiro, que permanece no terminal demasiado tempo.²

* Mestre em Direito pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre-RS.

** Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de Paris II. Advogada em Porto Alegre-RS, Professora na UFRGS.

¹ Segundo o Merriam-Webster Dictionary, o vocábulo provém do latim, do verbo *demorare*, que resultou em francês, *demeurer*, permanecer, e significa a retenção de um navio além do tempo permitido para o carregamento, descarga, embarque ou navegação; Demurrage é uma soma pagável pelos fretadores aos proprietários de navio, como consequência do fato de ter esse permanecido no porto além do combinado ou ultrapassado um período razoável de tempo para carga ou descarga. Além das autoridades portuárias, pode ser aplicada também por autoridades das estradas de ferro e aeroportuárias. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/>>. Acesso em: 28 fev. 2018, 20:14.

² A demurrage pode ser também aplicada por autoridades em situações relacionadas a estradas de ferro e aeroportos.