

NATUREZA JURÍDICA DA SOBREESTADIA NO DIREITO BRASILEIRO

THE LEGAL NATURE OF DEMURRAGE IN THE BRAZILIAN LAW

Camila Schiffler Nobell Gabardo

Guilherme Dorigo Tomedi

RESUMO

A sobreestadia é a cobrança feita pela devolução tardia do contêiner ao seu titular no transporte de mercadorias. Apesar de ser considerada prática usual no transporte marítimo internacional de cargas e gerar inúmeros litígios, a natureza jurídica da sobreestadia não se encontra consolidada no Direito brasileiro. Assim, a presente pesquisa teve por objetivo investigar os diferentes posicionamentos na doutrina e jurisprudência nacionais, verificando-se que as principais correntes tendem a enquadrar a sobreestadia como cláusula penal e como indenização pré-fixada. Na sequência, abordou-se as diferenças na adoção da sobreestadia como cláusula penal e como indenização, traçando-se um paralelo com a interpretação sobre o tema no Direito francês. Finalmente, concluiu-se que, a depender do entendimento adotado, são significativas as consequências contratuais para o usuário do contêiner, todavia, independentemente da classificação adotada, deve-se observar aos princípios de Direito Contratual para a mensuração das responsabilidades das partes quando fatores alheios, as suas vontades, desequilibrarem o vínculo contratual.

Palavras - chave: contêiner; sobreestadia; cláusula penal; indenização.

ABSTRACT

Demurrage is the amount paid due the late delivery of the container in the transport of merchandises. Despite being an usual practice in maritime transport of merchandises, the legal nature of demurrage is still controversial under the Brazilian Law. Therefore, this Article has the purpose to investigate different understandings among the legal nature of demurrage before the Brazilian Law, especially the penal clause and pre-established indemnification. Following, the focus was in the differences between the penal clause and pre-established indemnification approaches in Brazil and the understanding provide by French Law. Finally, in conclusion, this article shows that the different approaches recognized by the Brazilian Law represents important consequences to the users of containers in Brazil.

However, in all cases, the principles of contractual law shall be applied to measure the responsibility of the parties when facts beyond their control of parties happened to unbalance of the relationship between them.

Key words: container; demurrage; penal clause; indemnification.

1. INTRODUÇÃO

Nos contratos de transporte marítimo de cargas, o transportador se compromete, mediante contraprestação do frete, a transportar a mercadoria consignada pelo embarcador ao destino acordado. Para que esta transação possa ser efetuada normalmente, o transportador concede ao usuário um determinado prazo de dias livres (estadia) para a realização das operações de carga e descarga das mercadorias. Contudo, havendo excesso ao período estipulado, tanto na utilização do navio quanto das unidades de cargas (contêiner), o embarcador estará incorrendo em sobreestadia, sobredemora ou *demurrage*, como é internacionalmente conhecida.

Muito embora considerada prática usual no modal marítimo, a natureza jurídica da sobreestadia não é completamente consolidada pela doutrina e jurisprudência nacionais, sendo enquadrada ora como cláusula penal, ora como indenização, gerando controvérsias e insegurança jurídica.

Cabe salientar que a sobreestadia, em determinados casos, pode gerar gastos na ordem de US\$ 15 mil a US\$ 30 mil dólares, por dia, dependendo do tipo de embarcação¹, passando a influenciar no processo de competitividade e lucratividade das empresas brasileiras, representando a evasão de aproximadamente US\$ 1,5 bilhão por ano², visto que a maioria dos armadores, atuantes em rotas internacionais são empresas estrangeiras.

Ainda, considerando que o Brasil não oferece uma infraestrutura logística adequada, devido às diversas restrições portuárias e gargalos logísticos, tampouco fornece previsibilidade quanto ao tempo consumido no despacho aduaneiro, de maneira que os gastos com sobreestadia só tendem a aumentar.

Em relação aos efeitos jurídicos deste instituto na seara jurídica brasileira, vale destacar que, dentre os vários tipos de contrato existentes em transporte marítimo, o contrato

¹ BATISTA, Fabiana. Chuva já interrompe embarque de açúcar nos portos. **Valor on Line**, São Paulo, 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/agronegocios/105/123677/chuva-ja-interrompe-embarque-de-acucar-nos-portos>. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

² COLLYER, Wesley O. Sobreestadia de navios: a regra “once on demurrage, always on demurrage”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1166, 2006. p. 1-3. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8889>. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

de cargas é o que mais demandas gera ao Poder Judiciário³ e, com efeito, a sobreestadia é um dos temas mais contenciosos do transporte marítimo⁴.

2. NATUREZA JURÍDICA DA SOBREESTADIA

Conforme abordado anteriormente, a cobrança de sobreestadia é prática habitual entre os usuários do transporte marítimo de carga containerizada, todavia, apesar de presente em grande parte dos contratos de transporte marítimo internacional de cargas, sua natureza jurídica ainda não foi unificada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, por tal motivo, ela é enquadrada ora como cláusula penal, ora indenização por danos materiais em matéria de responsabilidade civil, ora como simples multa.

Em comentário Eliane Martins aduz:

A temática atinente à natureza jurídica da *demurrage* é extremamente polêmica. No Direito brasileiro, é latente a escassez doutrinária e de precedentes jurisprudenciais. A doutrina e jurisprudência oscilam entre enquadrar a *demurrage* como indenização por danos materiais em sede de responsabilidade civil contratual e entre destacar a natureza de multa. Destacam-se ainda alguns entendimentos recentes que sustentam o caráter de cláusula penal (MARTINS, 2008:225).

Na concepção de J. C. Sampaio de Lacerda, “Muito discutem os autores na caracterização deste instituto. Para alguns seria uma pena, uma multa, ou simplesmente um suplemento do frete (jurisprudência francesa)” (LACERDA, 1984:191).

Na mesma linha Flávia Melo dispõe:

No que tange à *demurrage* de contêineres, a discussão só começou a ser tratada muito recentemente pelos doutrinadores nacionais e internacionais, tendo em vista o próprio processo de unitização de cargas em contêineres tratar-se de uma situação nova, considerando-se a história da navegação. Especificamente sobre o tema, a doutrina nacional também diverge e está longe de encontrar um consenso⁵.

³ DARBILLY, Rodrigo da Paz Ferreira. Aplicação do código de defesa do consumidor no transporte marítimo. **Guia Marítimo**. Edição n.409, jun 2009. Disponível em: <http://www.guamaritimo.com.br/bd/downloads/aplicacao.pdf>. Acesso em: 26 de Janeiro de 2011.

⁴ COLLYER, Wesley O. Sobreestadia de navios: a regra “once on demurrage, always on demurrage”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1166, 2006. p. 3. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8889>. Acesso em: 18 de Setembro 2011.

⁵ MELO, Flávia Carvalho. Os limites à cobrança de *demurrage* de contêineres. **Guia Marítimo**. Edição n. 410, jun. 2009. Disponível em: <http://www.guamaritimo.com.br/bd/downloads/demurragejunho22009GMweb.pdf>. Acesso em: 08 de Setembro de 2011.

Ainda, Wesley Collyer adiciona: “não chegou a um consenso a doutrina marítima quanto à natureza jurídica da sobreestadia: cláusula penal, multa, suplemento do frete (ou frete suplementar), entre outras”⁶.

Assim, resta evidente que o tema é instigante e merece ser abordado, ao menos, em relação aos posicionamentos mais relevantes, quais sejam: cláusula penal e indenização.

Vale, também, ressaltar que é aplicável à sobreestadia de contêineres a legislação pertinente à sobreestadia de navios.

2.1. CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal está positivada na legislação pátria nos artigos 408 e seguintes do Código Civil e é classificada como uma das modalidades das obrigações, reforçando, assim, o caráter de obrigação acessória e condicional⁷.

Conceituando o instituto, Sílvio Venosa discorre, “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”⁸.

Na acepção de Caio Mário da Silva Pereira:

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio poenae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infrigente 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 condicionada⁹.

Diante das definições, depreende-se que a cláusula penal só tem lugar quando o devedor deixar de cumprir a prestação convencional, tal instituto tem, portanto forte caráter de obrigação subsidiária¹⁰.

⁶ COLLYER, Wesley O. Sobreestadia de navios: a regra “once on demurrage, always on demurrage”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1166, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8889/sobreestadia-de-navios>>. Acesso em: 08 de Setembro de 2011.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 1190.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2005. p. 367.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 21. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.165.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Doutrinas essenciais obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 1189.

Dentre as funções da cláusula penal infere-se o efeito intimidativo/coercitivo e a prefixação dos prejuízos, com o objetivo maior de efetivar a ação decorrente da obrigação da parte, em tempo e, em caso contrário, tem o condão de indenizar a parte prejudicada pela morosidade ou pelo não cumprimento da obrigação estabelecida no contrato.

Em comento José Alves Ferreira:

Dois são os objetivos que, no geral, se lhe atribuem: a) reforço da obrigação a que adere pela ameaça que representa ao devedor, de ter sua responsabilidade onerada, caso não cumpra exata e pontualmente a prestação; b) determinação prévia das perdas e danos¹¹.

Na mesma linha Venosa:

Aí estão as duas faces da cláusula penal: de um lado, possui a finalidade de indenização prévia de perdas e danos, de outro, a de penalizar, punir o devedor moroso. (VENOSA, 2005, p. 367).

O artigo 408 preceitua: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”¹².

Informação importante trazida pelo mencionado artigo é que só incorrerá em cláusula penal o inadimplemento culposo da obrigação, nesse sentido, Sílvio Venosa evidencia: “Tanto como função punitiva, como de perdas e danos prefixados, sua exigência subordina-se a fato imputável ao devedor (culpa ou dolo)” (VENOSA, op. cit.: 374).

Faz-se necessário, portanto, conceituar culpa e dolo a fim de verificar as consequências práticas da cobrança de sobreestadia adotada como cláusula penal, tendo em vista que, em não havendo inadimplemento culposo, não há que se falar em cláusula penal. Para tanto se transcreve trecho da obra de José de Aguiar Dias:

Para nos inteirarmos da noção de culpa, cumpre partir da concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de que é *abstractum* a culpa. Esta o qualifica. A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria,

¹¹ EPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Doutrinas essenciais obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 1190.

¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 09 de Setembro de 2011.

ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico. (DIAS, 2006:133-134.).

Adicionando, Caio Mário conceitua:

Dolo é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir. (PEREIRA, 2007:364).

E complementa:

Na *culpa* encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação. A culpa é a inobservância de uma conduta razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianos (PEREIRA, 2007: 366).

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

José Alves Ferreira ilustra essa particularidade:

A regra, portanto, é a que desde que o devedor seja constituído em mora, incorre, “pleno jure”, na cláusula penal. Mas como a mora pressupõe um fato imputável ao devedor, segue-se que a inexecução ou retardamento em consequência de caso fortuito ou força maior exclui a aplicabilidade da pena¹³.

¹³ TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Doutrinas essenciais obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 1200.

Superando a referência sobre o inadimplemento culposo, faz-se mister distinguir cláusula penal moratória da cláusula penal compensatória. O artigo 409 do Código Civil estabelece: “A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”¹⁴.

Denota-se, pelo dispositivo citado, que a cláusula penal pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal ou em apartado, ou seja, a pena convencional pode ser estipulada no mesmo instrumento da obrigação principal, como uma de suas cláusulas, ou pode ser acordada em ato posterior, por meio de um instrumento a parte. Para tanto é necessário identificá-lo, inequivocamente, como acessório do principal (PEREIRA, 2007: 165).

Ademais, o art. 409 do CC, referencia as duas espécies de cláusula penal, em explicação Venosa discorre:

Quando a multa é aposta para o descumprimento total da obrigação, ou de uma de suas cláusulas, será *compensatória*. Como denota a própria rotulação, sua finalidade é compensar a parte inocente pelos entraves e infortúnios decorrentes do descumprimento. Quando se apõe a multa para o cumprimento retardado da obrigação, mas ainda útil para o credor, a cláusula penal será *moratória*. Nesta hipótese o devedor moroso pagará um *plus* pelo retardamento no cumprimento de sua obrigação (VENOSA, 2005: 368-369).

Na mesma linha, Caio Mário diferencia:

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com caráter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na primeira hipótese o devedor incide na pena se deixa de efetuar a prestação, na segunda torna-se devida à multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la ulteriormente. Uma, a primeira, se diz *compensatória*, e a outra *moratória* (PEREIRA, op. cit.:172).

No caso da sobreestadia o usuário extrapola o prazo, concedido pelo armador, de retenção dos contêineres, ocorrendo, deste modo, o retardamento da obrigação. Nesse sentido, adotando a natureza jurídica de pena convencional, o exportador ou importador incorrerá em

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de Setembro de 2011.

cláusula penal moratória.

O artigo 411, do Código Civil, preceitua:

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 principal¹⁵.

Pela análise do artigo 411, absorve-se que a cláusula penal objetiva punir a mora do devedor ou assegurar a execução de uma determinada cláusula da obrigação. Em havendo mora, será devida pelo atraso do devedor no cumprimento da obrigação, hipótese em que se abrirão várias outras modalidades. Assim, a cláusula penal pode-se referir à falta oportuna na execução, punindo com certa soma fixa ou percentual sobre o valor da prestação faltosa; pode estabelecer punição continuada ou sucessiva, em que incorre o devedor por dia de atraso no cumprimento da obrigação; pode ter aumento gradativo na medida em que o atraso se estende; como pode conjugar a mora com a resolução do contrato, se alcançar um lapso de tempo determinado (PEREIRA, 2007: 173-174).

Caso a obrigação garantida por cláusula penal seja descumprida, os efeitos jurídicos do instituto em estudo entram em funcionamento, sua ação é sempre posterior ao descumprimento, haja vista que sua exigibilidade é potencial, sujeita ao requisito do inadimplemento (condição). Sendo a termo, incorre automaticamente o devedor na multa, que pode ser exigida imediatamente, por outro lado se a obrigação não tem prazo certo de vencimento, o credor tem que constituir o devedor em mora, para depois estar apto a exigir a pena convencionada (Ibid.:177).

Nos contratos de transporte marítimo é praxe estipular um prazo de franquia ou *free time*, destinado a unitização e desunitização das mercadorias, então, passando esse prazo de estadia, a *demurrage* pode ser cobrada na base dia ou *pro rata* (punição continuada ou sucessiva) e automaticamente, haja vista a estipulação do termo.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre com a cláusula penal compensatória, na multa por mora a prestação será sempre útil ao credor. A multa atua, com efeito, intimidativo, com intuito de evitar o atraso por parte do devedor, havendo, também, uma

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de Setembro de 2011.

forma de compensação para o credor, devido ao recebimento tardio da prestação, contudo não é essa a natureza essencial da multa moratória (VENOSA, 2005: 369-370).

Abordando o tema Caio Mário:

E há relevância prática na distinção, uma vez que a compensatória, como indica a própria denominação, substitui a obrigação principal, indenizando o credor das perdas e danos gerados do inadimplemento do devedor. Em razão desta finalidade, decorre da lei a alternativa a benefício daquele, pois que a falta da prestação traz o dano, que a penalidade ajustada visa a corrigir ou compensar. Quando a cláusula penal é moratória, não substitui nem compensa o inadimplemento. Por esta razão, nenhuma alternativa surge, mas, ao revés, há uma conjunção de pedidos que o credor pode formular: o cumprimento da obrigação principal que não for satisfeita oportunamente, e a penal moratória, devida como punição ao devedor, e indenização ao credor pelo retardamento oriundo da falta daquele (PEREIRA, 2007: 175-176).

Na prática, em algumas situações em que o contrato não é claro ou específico, pode haver dificuldade na distinção de cláusula penal em compensatória ou moratória, mas normalmente nas obrigações de dar, entregar e restituir, a cláusula penal estipulada é moratória, visto que, em regra, cabe execução específica ou cominação de entregar, mesmo quando o devedor não queira cumprir (Ibid.: 175). No entanto, a forma do descumprimento obrigacional direcionará a espécie, haja vista que com a inexecução completa da obrigação, será compensatória e ligada à mora da obrigação será moratória.

Como o efeito fundamental da cláusula penal comina na exigibilidade *pleno iure* do cumprimento da obrigação (art. 408 do Código Civil), no sentido que independe de alegação de prejuízo por parte do credor (Ibid., p. 177-178), conforme preceitua o art. 416 do Código Civil: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”¹⁶.

Cabe analisar a possibilidade de indenização suplementar, caso o credor alegue perdas e danos que extrapolem o valor acordado na cláusula penal, não importando se é compensatória ou moratória¹⁷.

O parágrafo único do art. 416 do CC dispõe:

Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencional. Se o tiver

¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 de Setembro de 2011.

¹⁷ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 76.

sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente¹⁸.

O dispositivo, supracitado, é uma inovação do Código Civil, pois, anteriormente no Código Civil de 1916, não havia previsão a esse respeito, comentando o preceito Christiano Cassettari:

Trata-se de uma exceção ao risco que o instituto da cláusula penal vem oferecer, qual seja, de o devedor concordar em pagar mais do que os danos causados e o credor concordar em receber menos do que os prejuízos sofridos, já que tal estipulação é feita antes da ocorrência do inadimplemento. Entretanto, cumpre ressaltar que é o credor quem terá que efetuar a prova do prejuízo excedente, valendo, neste caso, a cláusula penal como indenização mínima (CASSETTARI, 2010: 124).

Apenas a título exemplificativo, no caso da sobreestadia, poder-se-ia imaginar um armador, com número limitado de contêiners, que alegue ter sofrido rescisões contratuais com outros embarcadores, tendo que suportar dano emergente e lucro cessantes, pois não conseguiu disponibilizar as unidades de carga pelo atraso na devolução das mesmas. Nessa hipótese, caso houvesse previsão expressa de uma cláusula, permitindo ao credor pleitear indenização suplementar, seria possível cumular a penal com a indenização, consoante o parágrafo único do art. 416 do Código Civil.

Quanto ao limite de fixação da cláusula penal, o artigo 412 determina: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da principal”¹⁹, em comento Cassettari:

Como é notório, a cláusula penal moratória é cumulativa, já que será exigida conjuntamente com a obrigação principal. A cláusula penal compensatória é satisfativa, já que substituirá a obrigação principal. Em razão disso, como a cláusula penal compensatória substitui a obrigação principal, é justificável que ela seja convencionada até o limite do seu montante. Entretanto, no caso da cláusula penal moratória, alguns doutrinadores citam ser uma injustiça cobrar o valor da obrigação principal para o atraso de apenas um dia, por

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 11 de Setembro de 2011.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 de Setembro de 2011

exemplo, no cumprimento da obrigação (VENOSA, 2005:367).

Ressalta-se que a norma do artigo 412 do Código Civil é genérica e servirá de limite quando não houver lei especial, como, por exemplo, o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 52, § 1º, de que as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação (CASSETTARI, 2010: 79).

Já o artigo 413 do Código Civil prescreve: “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”²⁰. Em comentário Orlando Gomes:

O Direito pátrio não contém disposição pela qual o juiz deve reduzir as penas que julgue excessivas. Entre nós, o devedor não pode eximir-se de cumprir a pena convencional a pretexto de ser *excessiva*, só se considerando como tal as que ultrapassam o limite legal. Mas, ainda assim, a cláusula não seria nula; tão-somente redutível. O *princípio da moderação* judicial das penas convencionais, adotado em limitações de caráter objetivo, é manifestamente inconveniente. Além das dificuldades de se definir o que seja cláusula penal excessiva, a intervenção arbitrária do juiz inutilizaria a estipulação da pena convencional²¹.

Com efeito, a cláusula penal evita que as partes sejam submetidas a um processo judicial, na maioria das vezes, longo e custoso, para apurar o montante da indenização. A pena convencional permite que o ressarcimento, devido por conta do inadimplemento seja mais célere, configurando-se como uma vantagem para o credor.

Ainda, cabe ressaltar que a multa simples ou cláusula penal pura, que consiste numa soma a pagar a título de pena pela infração de determinado dever contratual, não é propriamente cláusula penal, pois não considera a obrigação de ressarcimento.

Sustentando o aspecto de cláusula penal da sobreestadia, Oto Salgues:

A sobreestadia, 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 (*laytime*) para embarque ou descarga, poderá continuar a embarcar ou descarregar mediante o pagamento da sobreestadia (que será apurada ao final da operação), e não corre o risco de ter sua venda (das

²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

²¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 189.

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 sobreestadia²².

Nesse sentido, colacionam-se trechos do acórdão unânime, em sede de apelação, proferido pela Décima Sexta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conferindo caráter de cláusula penal à sobreestadia:

TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SOBREESTADIA. NÃO DEVOLUÇÃO DOS “CONTAINERS” NA DATA APRAZADA. [...] A obrigação de pagar a sobreestadia pela utilização de “containers” (“demurrage”) além do prazo estabelecido para sua devolução, decorre do contrato de transporte marítimo pactuado entre as partes, materializado no Conhecimento de Embarque (“bill of lading” – B/L) e no Termo de Responsabilidade assinado pela Apelante. [...] Frise-se que a obrigação da Apelante pelo pagamento da **sobreestadia**, expresso nos Conhecimentos de Embarque aceitos por ela, como ressaltado em Acórdão da lavra do eminente Des. Jessé Torres (AC 2004.001.37694, julgado em 09/03/2005, pela 2ª. Câmara Cível do TJRJ), **tem a natureza de cláusula penal**, objetivando minimizar os prejuízos do armador, que deixa de realizar fretes com a não devolução das unidades [...] ²³. (grifos nossos).

Na mesma linha, é o posicionamento da Décima Terceira Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DE COBRANÇA TRANSPORTE MARÍTIMO RETENÇÃO DE CONTÊINER UTILIZADO PARA O TRANSPORTE DE MERCADORIAS ALÉM DO PRAZO PREVISTO NO CONTRATO ASSUNÇÃO PELA EMPRESA-RÉ DA RESPONSABILIDADE DE ENTREGA DO CONTÊINER NO PRAZO PACTUADO, SOB PENA DE PAGAMENTO DAS TAXAS DE SOBREESTADIA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DAS DESPESAS DECORRENTES DA SOBREESTADIA RECONHECIDA DETERMINAÇÃO DE CÁLCULO DO VALOR DEVIDO DE ACORDO COM A TARIFA FIXADA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE RECURSOS NÃO PROVÍDOS, COM DETERMINAÇÃO. [...] A previsão de pagamento pela **sobreestadia ou demurrage tem efeito e natureza de cláusula penal**, cuja inserção, no

²² SALGUES, Oto. Unidade de carga (container), sobreestadia (demurrage) e conhecimento de embarque (bill of lading) no transporte marítimo de mercadorias. **Artigos**. Maio 2004. p. 14.

Disponível em: <http://www.salgues.com.br/vartigos.php?cod=21>. Acesso em: 12 de Setembro de 2011.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 3482/05. Relator: Des. Mario Robert Mannheimer. Apelante: SS Supremo Vitória Comercial Ltda. Apelado: MSC Mediterranean Shipping do Brasil Ltda. Julgamento em 30 de ago de 2005. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?>

MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=200500103482 &Consulta=&CNJ=0078821-11.2003.8.19.0001. Acesso em: 12 de Setembro de 2011.

contrato de transporte de mercadoria, é, perfeitamente, válida e legal, e tem como objetivo determinar uma prévia avaliação das perdas e danos, e, também, evitar o descumprimento da obrigação relativa ao prazo de devolução do contêiner. Emerge, daí, em observância aos estritos termos do contrato, a obrigação da empresa-importadora, a empresa-ré, de pagamento pelo período que excedeu ao prazo de livre estadia concedido pela empresa-autora, no contrato de transporte, sem a necessidade de prova do efetivo prejuízo. Não é demais ressaltar que havendo regra expressa acerca do pagamento pela sobrestadia ou demurrage, pelo princípio do “pacta sunt servanda”, que rege as relações contratuais, a empresa-autora e a empresa-ré devem respeitar, exatamente, aquilo que foi combinado, não cabendo ao julgador intervir, se tal não fere a legislação em vigor, na manifestação livre da vontade das partes. No caso em exame, os 10 (dez) contêineres sob a responsabilidade da empresa-ré não foram devolvidos à empresa-autora, no prazo de isenção (“free time”) de 10(dez) dias corridos, tendo ficado em seu poder da data da descarga dias 02/11/97 e 30/03/98 alguns por mais de 30 (trinta) dias, fato demonstrado, de forma cabal e inequívoca, nos autos, estando sujeitos ao pagamento da tarifa extra pela sobreestadia (“demurrage”). [...]”²⁴. (grifos nossos).

Diante dos precedentes colacionados, sob a perspectiva do usuário das unidades de carga, evidenciam-se pontos positivos na adoção da cláusula penal, a citar: a) a sobreestadia 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.

2.2. INDENIZAÇÃO

A sobreestadia, além de ser considerada como passível de cláusula penal moratória, muitas vezes é considerada como uma indenização devida pelo usuário da unidade de carga ao armador.

O artigo 927 do Código Civil, no título de responsabilidade civil, prescreve: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”²⁵. Por sua vez o artigo 186, do mesmo diploma legal, dispõe: “Aquele que, por ação ou

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **13ª Câmara de Direito Privado**. Apelação Cível nº 9139600201999826. Relator: Desª. Zélia Maria Antunes Alves. Apelantes: Hamburg Sudamerikanische Dampschiffahrts Gessellschaft Eggert e Amsinck e Gomes da Costa Alimentos S/A. Apelados: os mesmos. Julgamento em 04 de maio de 2011.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18843956/apelacao-apl-9139600201999826-sp-9139600-2019998260000-tj-sp>. Acesso em: 13 de Setembro de 2011.

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”²⁶. Pela leitura do art. 186 do CC, percebe-se que a responsabilidade aferida é subjetiva.

Conferindo o caráter indenizatório da sobreestadia, Diniz aborda:

A sobreestadia, instituto de direito comercial marítimo, aplicável, especificamente, aos contratos de fretamento, consistirá na multa, ou taxa diária, de cunho indenizatório, a ser paga em razão da demora, além da estadia, no carregamento ou descarregamento do navio fretado (DINIZ, 2006: 427).

Na mesma linha, Carla Gibertoni denota:

Sobreestadia (*demurrage*) é a indenização paga pelo afretador num fretamento por viagem, pelo tempo que exceder das estadias nas operações da carga e descarga de um navio, conforme estiver estipulado na carta-partida. Mesmo que paga imediatamente, a sobreestadia não pode se prolongar indefinidamente, sendo em geral também fixado um prazo máximo para ela (GIBERTONI, 2005:196).

Compartilhando do mesmo posicionamento, Rubens Caminha Gomes: “seria a indenização pelos danos causados pelo atraso a um navio no carregamento, ou na descarga, além do tempo avençado”²⁷.

A título de comparação, no seguinte acórdão, o relator Elmano de Oliveira, do TJ/SP, colaciona posicionamentos que salientam o dever de arcar com a cobrança de sobreestadia mesmo sem culpa do devedor:

CONTRATO - Transporte Marítimo - Cobrança de taxa de sobreestadia de containers (demurrage) - Admissibilidade - Natureza jurídica - Reconhecido que a 'demurrage' não é cláusula penal, mas sim indenização por descumprimento contratual, a fim de compensar o proprietário dos containers por eventuais prejuízos sofridos em razão de retenção indevida daqueles pelo devedor, por atraso superior ao contratado, **independentemente da culpa do devedor no atraso, bastando sua ocorrência** – Recurso provido". (Apelação Cível n. 7.086.181-5 - Santos - 24ª Câmara de Direito Privado, Relator: Salles Vieira, j. 08.03.07, v.u.).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

²⁷ CAMINHA GOMES, 1978 apud DINIZ, 2006, p. 427.

COBRANÇA - Sobreestadia ("demurrage") de contêiner tem natureza jurídica de indenização pré-fixada pela não devolução em tempo pré-fixado do equipamento, **independentemente de culpa**, e sua cobrança não se enquadra dentre as de cobrança de cláusula penal - Anulação da sentença, proferida nos termos do art. 285-A, do CPC - Incabível a anulação da sentença com julgamento do mérito - Recurso provido, em parte. (TJ/SP. Apelação nº 0009335-94.2009.8.26.0562. Relator(a): Rebello Pinho. Comarca: Santos. Órgão julgador: 20a Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 12/04/2010).

COBRANÇA - Sobreestadia de container – Natureza jurídica de indenização por descumprimento contratual - Não configuração de cláusula penal – Desnecessidade de prova da culpa do devedor - Recurso provido para declarar sem efeito a r. sentença, determinando-se o retorno dos autos à vara de origem para regular processamento." (21a Câmara de Direito Privado, Apelação nº 7.307.578-4, rei. Des. Silveira Paulilo 11.03.2009). [...].²⁸ (grifos nossos).

Desse modo, percebe-se que, como indenização, a sobreestadia é devida independentemente de imputação de culpa ao devedor. Ainda, com intuito de demonstrar a controvérsia atinente à caracterização da responsabilidade objetiva ou subjetiva sobre o tema, reproduz-se o voto vencido, no mesmo acórdão, do Desembargador Rizzato Nunes:

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO - APELAÇÃO Nº 0034610-11.2010.8.26.0562 - COMARCA DE SANTOS - Ousei divergir da doughta maioria pelo seguinte: A r. sentença a *quo* é escoreita. Fundada no "fato notório" de que a responsabilidade pelo atraso na devolução dos containeres é do porto de Santos, o MM. Juiz recorrido julgou acertadamente a ação procedente. Aliás, ele deixa claro, como Juiz da Comarca de Santos, que esse fato é conhecido de todos. Esta C. Câmara já decidiu caso idêntico, com mesma defesa. A ré insiste na tese da existência de cláusula penal contratual abusiva, que prevê curto prazo para a devolução dos containeres, vez que a falta de infra-estrutura portuária não permite o desembarço da carga no prazo estipulado. Para se decidir o feito, a primeira questão a ser elucidada diz respeito à natureza da *demurrage* ou sobrestadia da maneira como consta no contrato de transporte. Pergunta-se: trata-se de mero valor locatício do uso do container ou cláusula penal por atraso na entrega do mesmo, calculada dia-a-dia? Tendo em vista a natureza da operação e do contrato estipulado, não resta dúvida de que se trata de verdadeira cláusula penal. A chamada 'sobrestadia' é, na verdade, mera imposição feita pelo transportador, visando ressarcir-se de suas perdas por não ter recebido os containeres dentro de certo prazo. Trata-se de cláusula penal de natureza indenizatória, fixada *a priori* sem que o estipulante-transportador tenha que demonstrar o prejuízo sofrido. Fixada, pois, a natureza da cláusula penal indenizatória de sobrestadia, há de se arguir se o contratante responde por ela de modo culposo ou objetivamente. **Como se sabe, a responsabilidade objetiva decorre da lei e/ou da atividade exercida. In casu, como se verá, a responsabilidade é subjetiva, exigindo demonstração de culpa. Poder-se-**

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 23ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 0034610-11.2010.8.26.0562. Relator: Des.º. Elmano de Oliveira. Apelante: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Apelado: Laminort Indústria e Comércio de Laminas S/A. Julgamento em 03 de ago. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20356421/apelacao-apl-346101120108260562-sp-0034610-1120108260562-tjsp>. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

ia, no entanto, argumentar-se que se trata de responsabilidade objetiva decorrente do risco da própria atividade, mas se assim o fosse, quem correu o risco de receber os containeres atrasados foi a transportadora e não a ré. A lei civil impõe a comprovação de culpa para que se possa imputar e cobrar a pena indenitória previamente fixada em função da sobreestadia. Leia-se o artigo 408 do Código Civil: '*Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora*'. Assim, de acordo com o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, era - como é - ônus da autora a prova da culpa da ré pelo atraso na entrega dos containeres. Cabia, pois, à autora fazer a prova da culpa da ré, mas desse ônus ela não se desincumbiu. Desse modo, não se desincumbindo do ônus processual imposto por lei (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil), de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, a ação era, como é, improcedente. Diante do exposto, pelo meu voto, negava provimento ao recurso, para manter a boa e r. sentença a *quo*, prolatada pelo MM. Juiz Gustavo Antônio Pieroni Louzada. RIZZATTO NUNES - 3o Desembargador.²⁹ (grifos nossos).

Assim, resta amplamente exposta a carência de uniformidade jurisprudencial acerca do tema abordado. A necessidade da estruturação concreta dos institutos deve caminhar no mesmo sentido de sua aplicação nas relações jurídicas, a simples existência de conceitos não pode, pois, criar dificuldades interpretativas que, por sua vez contribuem com a insegurança jurídica.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA SOBREESTADIA NO DIREITO FRANCÊS

De forma a complementar o estudo da natureza jurídica da sobreestadia no Direito Brasileiro, verifica-se de grande valia mencionar breves considerações sobre o posicionamento do Direito Francês sobre a matéria, uma vez que totalmente diverso daqueles identificados no Brasil.

Segundo o artigo 11 do Decreto n° 66.1078, de 31 de dezembro de 1966, “no caso de exceder os prazos (carregamento ou descarregamento), o afretador deve “surestaries” ou sobreestadia, que são considerados como suplemento do frete”³⁰. (tradução nossa).

Pierre Bonassies e Christian Scapel inclusive mencionam que o entendimento de que

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 23ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n° 0034610-11.2010.8.26.0562. Relator: Des°. Elmano de Oliveira. Apelante: MSC Mediterranean Shipping Company S/A. Apelado: Laminort Indústria e Comércio de Laminas S/A. Julgamento em 03 de ago. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20356421/apelacao-apl-346101120108260562-sp-0034610-1120108260562-tjsp>. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

³⁰ “En cas de dépassement des délais [*chargement - déchargement*], l'affrèteur doit des surestaries qui sont considérées comme un supplément du fret” - Décret n°66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes. Legifrance, le service public de la diffusion du droit. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006061338&dateTexte=20110918>>. Acesso em: 17 set. 2011.

a natureza jurídica da sobreestadia, ou “surestaries”, como suplemento do frete anteveio ao Decreto supracitado, sendo consolidado pelo mesmo.

A primeira é aquela do direito francês, que entende a sobreestadia como um suplemento de frete. Clássica, embora contestada pelo Reitor Ripert, ela foi reafirmada pelo artigo 11 do Decreto de 31 de dezembro de 1966³¹. (tradução nossa).

Apesar de expressamente destacado na norma jurídica supracitada, o Direito Francês reafirma que o termo sobreestadia é considerado um suplemento de frete e não uma indenização:

O termo "surestaires" (em inglês: demurrage) significa: Por um lado, o tempo suplementar concedido ao afretador na viagem para completar as operações de carregamento e descarregamento de mercadorias, quando não pôde ser concluída durante o prazo de estadia. Por outro lado, a soma devida pelo afretador por conta da imobilização adicional do navio. Este montante é considerado um suplemento de frete e não como indenização (Decreto n° 66-1078 de 31 de dezembro de 1966, art. 11)³². (tradução nossa).

Destaca-se que a opção do legislador francês determina reflexos práticos importantes na relação entre transportador e usuário do contêiner, os quais, por certas vezes, encontram-se hesitantes na jurisprudência brasileira.

Como suplemento de frete, sua incidência acontece independentemente da comprovação de dano, não sendo ainda passível de revisão judicial o valor cobrado pela sobreestadia, como aconteceria no caso de cláusula penal.

Pierre Bonassies e Christian Scapel afirmam este entendimento:

Ela (sobreestadia) tem por consequência que o fretador (armador) não tem que provar a existência de dano, também que a sobreestadia escapa ao poder de revisão das cláusulas penais pelo juiz, estabelecido pela Lei de 09 de julho de 1975 que altera o artigo 1152 do Código Civil³³. (tradução nossa).

³¹ BONASSIES, Pierre e SCAPEL, Christian. *Droit Maritime*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 545. “La première, qui est celle du droit français, voit dans les surestaries un supplément de fret. Classique, encore contestée par le Doyen Ripert (Traité, tome 2, au n° 1554), elle a été réaffirmée par l’article 11 du décret du 31 décembre 1966”.

³² LE BAYON, Alain. *Dictionnaire de droit maritime*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes. p. 245. “Le terme “surestaires” (en anglais: demurrage) désigne: D’une part, le délai supplémentaire accordé à l’affrètement au Voyage pour achever les opérations de chargement et déchargements des marchandises, lorsque celles-ci n’ont pu être achevées pendant les staries. D’autre part, la somme due par l’affrètement pour cette immobilisation supplémentaire du navire. Cette somme est considérée comme un supplément de fret et non comme des dommages-intérêts (Décret n° 66-1078 du 31 décembre 1966, art. 11)”.

³³ BONASSIES, Pierre e SCAPEL, Christian. *Droit Maritime*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 545. “Elle

4. CONCLUSÃO

Pela pesquisa efetuada e tendo em vista que a jurisprudência pátria descarta a verificação de culpabilidade para cobrar a sobreestadia, é aceitável a concepção de que ela poderia estar enquadrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, *in verbis*: “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.”³⁴

Contudo, na opinião de Orlando Gomes, que não é isolada na doutrina, quando as partes estipulam um montante indenizatório em contrato, esta estipulação nada mais é que uma cláusula penal, veja-se:

Consente-se que as partes, querendo evitar as dificuldades da liquidação das perdas e danos, prefixem-nos no contrato, limitando quantitativamente a indenização. Quando procedem dessa maneira, afastam o princípio de que deve ser completa e há de cobrir exatamente os prejuízos sofridos pelo credor. Podem, realmente, fixá-la, agravando ou atenuando nas suas conseqüências a *responsabilidade*. A estipulação com esse objetivo implica a introdução, no contrato, da *pena convencional*, que se realiza pela *cláusula penal*. (GOMES, 2004:185).

Ora se a indenização pré-fixada nada mais é que uma cláusula penal, por que a jurisprudência desconsidera o que prevê o artigo 408 do Código Civil, a respeito da culpabilidade? Certamente porque não compartilham do mesmo posicionamento de Orlando Gomes.

Assim, a despeito da divergência supra suscitada, adotando o caráter de indenização, evidenciam-se alguns pontos relevantes: a) não havendo previsão contratual, a sobreestadia só será devida caso tenha havido prejuízo efetivo ao armador; b) neste caso, o valor das perdas e danos será mensurado, em juízo, por ação indenizatória; c) o valor da sobreestadia não estará limitado ao valor da obrigação principal, mas sim ao efetivo prejuízo decorrente da retenção dos contêiners.

Em contrapartida, havendo pré-fixação do *quantum* indenizatório: a) a ação proposta

(surestaries) a pour conséquence que le frêteur n’a pas à faire la preuve d’un dommage, aussi que les surestaries échappent au pouvoir de révision des clauses penales accordé au juge par la loi du 9 juillet 1975 modifiant l’article 1152 du Code Civil”.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 set. 2011.

será de cobrança; b) a *demurrage* será devida independentemente de culpa; c) o valor da sobreestadia não estará limitado ao valor da obrigação principal.

Frente ao exposto e com base na jurisprudência colacionada, verifica-se que os precedentes judiciais não trazem a segurança jurídica necessária frente à demanda.

Brevemente, pode-se ter ideia da implicação de tal instabilidade: sendo considerada cláusula penal, a sobreestadia, só será devida caso o inadimplemento tenha ocorrido por fato imputável ao devedor³⁵, sem haver necessidade do credor demonstrar prejuízo efetivo. Diferentemente, o dever de indenizar está subordinado à existência de um prejuízo que deverá ser mensurável e analisado pelo juiz no caso concreto³⁶, por meio de uma ação indenizatória.

Caso seja acatada a tese de indenização, deve-se apurar o *quantum* efetivo em perdas e danos, situação que não ocorre com a cláusula penal, pois a vantagem desta reside, justamente, na prévia determinação da verba indenizatória e consequente celeridade processual, dispensando a fase de liquidação³⁷. No entanto, conforme verificado, caso a indenização já se encontre pré-fixada, contratualmente, a demanda que tem sido proposta é, também, a ação de cobrança.

Ademais, como a maioria dos contratos internacionais de transporte marítimo adquirem características de verdadeiros contratos de adesão, à medida que não possibilitam a discussão das cláusulas contratuais³⁸, a cobrança de sobreestadia, em determinados casos, pode se tornar mais lucrativa do que a própria atividade fim³⁹, visto que os armadores estipulam, ao livre arbítrio, o valor diário a ser cobrado a título de *demurrage*.

Apesar do Código Civil Brasileiro impor limites ao enriquecimento sem causa e à cláusula penal⁴⁰, a cobrança da sobreestadia vem ultrapassando os limites da razoabilidade e proporcionalidade, infringindo os princípios da boa-fé, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos⁴¹.

³⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 408.

³⁶VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 257.

³⁷FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 213.

³⁸CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de, coordenador. **Temas atuais de direito do comércio Internacional**. Santa Catarina: OAB/SC, 2005. v. 2. p. 411.

³⁹MELO, Flávia Carvalho. Os limites à cobrança de *demurrage* de contêineres. **Guia Marítimo**. Edição n. 410, jun. 2009. p. 3.

Disponível em: <http://www.guiamaritimo.com.br/bd/downloads/demurragejunho22009GMweb.pdf>. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

⁴⁰RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 892-893.

⁴¹MELO, Flávia Carvalho. Os limites à cobrança de *demurrage* de contêineres. **Guia Marítimo**. Edição n. 410, jun. 2009. p. 3.

Desta forma, caso a sobreestadia decorra de eventos imprevisíveis ou de fatos alheios ao controle das partes, se tornando uma prestação extremamente onerosa e ultrapassando, até mesmo, o valor da obrigação principal, resta evidente que deverá haver observância aos princípios contratuais e regras atinentes ao comércio. Em virtude da justiça contratual, o contrato deverá respeitar, desde sua concepção até a execução, uma equidade entre as prestações devidas, devendo estabelecer parâmetros e possibilidade de renegociação, quando as circunstâncias desequilibrarem o vínculo contratual⁴².

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Jairo José. **Direito aduaneiro**: origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil. Curitiba: JM Livraria, 2009.

BATISTA, Fabiana. Chuva já interrompe embarque de açúcar nos portos. **Valor on Line**, São Paulo, 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/agronegocios/105/123677/chuva-ja-interrompe-embarque-de-acucar-nos-portos>.

BIZELLI, João dos Santos, coordenador. NOGUEIRA, Elisangela Batista e KEEDI, Samir, tradução. **INCOTERMS 2000**: regras oficiais da ICC para interpretação de termos comerciais = ICC official rules for the interpretation of trade terms. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de, (Coord.). **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional**. Santa Catarina: OAB/SC, 2004.

_____. **Temas atuais de direito do comércio Internacional**. Santa Catarina: OAB/SC, 2005, v. 2.

COLLYER, Wesley O. Sobreestadia de navios: a regra “once on demurrage, always on

Disponível em: <http://www.guiamaritimo.com.br/bd/downloads/demurragejunho22009GMweb.pdf>. Acesso em: 18 de Setembro de 2011.

⁴² DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método. v. 4. p. 166-170.

demurrage”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1166, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8889/sobreestadia-de-navios>>.

CRETELLA NETO, José. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Millennium, 2010.

DARBILLY, Rodrigo da Paz Ferreira. Aplicação do código de defesa do consumidor no transporte marítimo. **Guia Marítimo**. Edição n.409, jun 2009. Disponível em: <<http://www.guiamaritimo.com.br/bd/downloads/aplicacao.pdf>>.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo, (Coords.). **Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, v. 4.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v3.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do direito marítimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KEEDI, Samir; MENDONÇA, Paulo C. C. de. **Transportes e seguros no comércio exterior**. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

_____. **Logística de transporte internacional: veículo prático de competitividade**. São

Paulo: Aduaneiras, 2001.

_____. **Transportes, unitização e seguros internacionais da carga**. 4. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

LACERDA, J. C. Sampaio. **Curso de direito privado da navegação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 1.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de direito marítimo**. São Paulo: Manole, 2008. v. 2.

MELO, Flávia Carvalho. Os limites à cobrança de *demurrage* de contêineres. **Guia Marítimo**. Edição n.410, jun 2009. Disponível em: <<http://www.guiamaritimo.com.br/bd/downloads/demurragejunho22009GMweb.pdf>>.

MOURA, Geraldo Bezerra de. **Direito de navegação em comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1991.

RODRIGUES, Paulo Roberto Ambrosio. **Introdução aos Sistemas de Transporte no Brasil e à Logística Internacional**. 4. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no direito marítimo. **Jus Navigandi**. Dezembro 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4022/contratos-de-afretamento-e-transporte-no-direito-maritimo>>.

_____. Unidade de carga (container), sobreestadia (demurrage) e conhecimento de embarque (bill of lading) no transporte marítimo de mercadorias. **Artigos**. Maio 2004. Disponível em: <<http://www.salgues.com.br/vartigos.php?cod=21>>.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Doutrinas essenciais obrigações e**

contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

VEIGA FILHO, Lauro. Navegação Comercial. **Valor setorial indústria naval**, São Paulo, p. 26, ago 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. **Transporte internacional de cargas**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

PRESCRIÇÃO na cobrança de sobreestadia de containers. **Revista Portuária, Economia e Negócios**. Junho 2008. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/site/?home=artigos&n=CNN&t=prescrico-cobranca-sobreestadia-containers>>.