

Atualidades

ASPECTOS DA CLÁUSULA DE REDELIVERY NOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO POR TEMPO

ARMINDO TABOSA AMORIM

Os contratos de afretamento. O afretamento por tempo. A cláusula de reentrega ("redelivery clause"). O "overlap" e a violação da cláusula de "redelivery". A razoabilidade do "overlap". O "overlap" e os lucros cessantes. Conclusão.

Os contratos de afretamento

A Lei n. 9.432, de 1997, em seu art. 2º, estabelece três modalidades de afretamento marítimo, a saber, (a) *afretamento a casco nu*, consistente no contrato em que o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação por tempo determinado, podendo designar o comandante e a tripulação; (b) *afretamento por tempo*, contrato em que o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado e (c) *afretamento por viagem*, contrato em que o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação tripulada à disposição do afretador para transporte em uma ou mais viagens.

O *afretamento a casco nu* é denominado, internacionalmente, *bareboat charter party*, recebendo o *afretamento de viagem* a designação *voyage charter party* e o *afretamento por tempo* a de *time charter party*.

São contratos bem distintos entre si, assemelhando-se o *afretamento a casco nu* ao contrato de locação de coisa, enquanto que o *afretamento por viagem* aproxima-se do contrato de transporte, embora a individualização do navio possa ter relevância no primeiro e seja indiferente no segundo, ao

passo que o *afretamento por tempo* é negócio jurídico *sui generis*, não se confundindo com outras espécies contratuais.¹

No *afretamento por tempo*, espécie contratual de maior interesse no presente estudo, o afretador (*charterer*) remunera o armador ou fretador (*owner*), mediante o pagamento do *frete (hire)*, em contrapartida da *disponibilização imediata* da embarcação, que deverá estar em perfeitas condições de navegabilidade.

O afretamento por tempo

Ao definir o *afretamento por tempo*, a Lei n. 9.432, de 1997, mais confunde que esclarece, porquanto emprega inadequadamente o verbo "receber", permitindo concluir que o afretador efetivamente toma posse do navio, quando, na verdade, tem, apenas, a *disponibilidade imediata* da embarcação cuja *exploração* constitui o objeto do afretamento.²

1. Paulo Campos Fernandes e Walter de Sá Leitão, *Contratos de Afretamento*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 36.

2. Jesús Barbadillo Eyzaguirre, "La obligación de navegabilidad del armador en el fletamento por tiempo", in *Boletín Informativo ANAVE*, n. 94, Madrid, set./2001.

Os elementos essenciais deste negócio jurídico são: a *disponibilização*, pelo fretador, de um *determinado* navio armado e tripulado, para ser *explorado comercialmente* pelo afretador durante a vigência do contrato e nos limites da avença.³

Nesta modalidade contratual, o afretador detém a chamada *gestão comercial* do navio,⁴ que lhe confere o direito de direcionar a embarcação, mediante ordens dirigidas ao fretador quanto às cargas a serem transportadas e às viagens a serem realizadas.

O afretador, geralmente, assume as despesas com combustível e deve indenizar e reembolsar o armador por eventuais prejuízos próprios e danos causados a terceiros decorrentes de suas ordens.

Compete ao fretador as *gestões náutica e técnica* e a *manutenção* do navio,⁵ que permanece sob sua posse durante todo o período contratualmente previsto, e a ele se subordina e vincula a tripulação.⁶

Normalmente, o fretador delimita a área geográfica de utilização do navio, mas está subordinado às diretrizes do afretador, contanto que a embarcação opere entre portos seguros (*safe ports*), sejam observados os limites previstos nas cláusulas de limitação do seguro da nau e não tenha sua utilização propósitos ilícitos.

O instrumento dos contratos de afretamento é a carta-partida (*charter party*), cujos termos gerais, no âmbito do comércio internacional, são padronizados por organizações que congregam diversos setores da navegação, figurando entre as mais conhecidas, relativamente aos contratos de *afretamento por tempo*, a BIMCO (*Baltic and International Maritime Council*), que publica as *standard forms* BALTIME 1939

3. John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 2004, p. 85.

4. Lars Gorton, Rolf Ihre e Arne Sanderväm, *Shipbroking and Chartering Practice*, 1999, p. 255.

5. Lars Gorton *et al.*, *ob. cit.*, p. 115.

6. William Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, 2002, p. 126.

(revisadas em 2001) e a ASBA (*Association of Ship Brokers and Agents*), que edita as normas-padrão NYPE 93.

Em casos de omissões da carta-partida, os usos comerciais supremas,⁷ além de nortear a interpretação das cláusulas do afretamento, a teor do art. 113, do Código Civil.

A cláusula de reentrega *("redelivery clause")*

Nos contratos de *afretamento por tempo* (*time charter party*), as partes especificam na *cláusula de reentrega* (*redelivery clause*) da carta-partida o *termo final do afretamento*, que *norteará* a data da "devolução" ou "reentrega" da embarcação ao fretador.

O afretador se obriga a reentregar o navio nas mesmas condições em que foi recebido, ressalvando-se o desgaste natural da nave durante o período do afretamento.

Em razão de variáveis que podem atrasar ou adiantar as viagens, como condições climáticas, problemas técnicos, exigências portuárias locais, as longas distâncias percorridas pelos navios afretados e a volatilidade do preço do frete no mercado de transporte marítimo, não seria razoável interpretar-se literal e rigidamente a cláusula definidora da data de reentrega da embarcação.

Por tal motivo, a cláusula de reentrega geralmente contempla a possibilidade de adiantamento (*underlap*) ou retardamento (*overlap*) na devolução do navio, permitindo, inclusive, neste último caso, que a embarcação complete a última viagem (*last voyage*), desde que *legítima*,⁸ qual seja, aquela que *normalmente* seria

7. José da Silva Costa, *Direito Comercial Marítimo, Fluvial e Aéreo*, vol. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1935, p. 362.

8. Cr. *The Dione* [1975] 1 Lloyd's Rep. 115, p. 117.

concluída a tempo, mas que veio *imprevisivelmente* a exceder o termo final da reentrega, devendo o afretador, consoante os usos comerciais do mercado de transporte marítimo, remunerar o armador pelo atraso, com base no valor de mercado do frete na época da devolução, se maior que o estabelecido no contrato, ou pelo valor contratual do frete se o de mercado lhe for inferior ou idêntico.

A devolução antecipada do navio geralmente é pretendida pelo afretador quando o preço de mercado do frete sofre depreciação considerável no curso do contrato, tornando o acordo extremamente oneroso, a ponto de comprometer sua margem de lucro.

Em regra, nas cláusulas de reentrega é concedida ao afretador uma tolerância no tocante à data para a devolução tardia do navio, o que se faz pela utilização do advérbio *about*,⁹ ou seja, “aproximadamente”, ou expressões equivalentes, antes da designação do prazo do afretamento. Os modelos de cláusulas de reentrega sugeridos nas cartas-partida uniformes BALTIME¹⁰ e NYPE¹¹ prevêm tal tolerância.

De todo modo, mesmo se não houver na cláusula de reentrega previsão de flexibilização da data de devolução do navio, os tribunais ingleses há muito¹² firmaram o entendimento de que há uma tolerância *implícita* no contrato, decorrente das exigências dos negócios marítimos,¹³ de sorte que o termo contratual não é exato, senão *aproximado* – exceto, obviamente, se constitui condição mesma do negócio jurídico –, aceitando-se o atraso, desde que *justificável e razoável*, sem prejuízo do pagamento

do frete complementar, a ser fixado consoante os critérios acima referidos.

O “overlap” e a violação da cláusula de “redelivery”

Tendo em vista o reconhecimento desta tolerância implícita no contrato, pode-se sustentar que a reentrega extemporânea, mas circunscrita nos limites da razoabilidade, não implicaria violação do contrato, porquanto a devolução intempestiva, porém justificável, estaria implicitamente prevista no próprio acordo.¹⁴ A este respeito, a jurisprudência inglesa não tem sido uniforme, ora perfilhando a inocorrência da violação contratual, se a impontualidade decorre da conclusão de uma *last voyage legítima*,¹⁵ ora reconhecendo a quebra contratual pelo simples fato da demora na devolução do navio,¹⁶ posicionamento que tem prevalecido desde o caso *The Peonia* (1991).¹⁷

Em favor da primeira posição, pode-se afirmar que se o *atraso razoável* – como o que ocorre quando uma *last voyage legítima* se prolonga *imprevisivelmente*, sem culpa de qualquer das partes – realmente ensejasse descumprimento do contrato, o armador poderia recusar-se a completar a viagem, pois um dos efeitos do descumprimento do contrato é o de liberar a parte inocente do cumprimento das demais obrigações convencionais,¹⁸ sucede que não parece ser possível tal oposição se a última viagem já se houver efetivamente iniciado.¹⁹

14. Michael Wilford, Terence Coghlin e John D. Kimball, *Time Charters*, 2003, p. 134.

15. Cf. voto do Lord Denning no caso *The Dione* [1975] 1 Lloyd's Rep 115, p. 117.

16. *The Peonia* [1991] 1 Lloyd's Rep. 100, p. 107; [2006] EWHC 3030 (Comm).

17. Jan-Niklaas Brons, *The Final Leg of a Time Charter – Developments after The Achilles*. Disponível em <http://web.uct.ac.za/depts/shiplaw/theses/bronsadd.pdf>, acesso 27.8.2010.

18. John F. Wilson, ob. cit., p. 335.

19. Se uma ordem dada com antecedência pelo afretador para uma última viagem revela-se, no momento em que foi proferida, legítima – pois a via-

9. Paulo Campos Fernandes e Walter Sá Leição, ob. cit., p. 236.

10. “The Charterers shall give the Owners not less than ten days notice at which port and on about which day the Vessel will be re-delivered.”

11. “The charterers shall give the Owners not less than ___ days notice of the Vessel's expected date and probable port of redelivery.”

12. Cf. *Gray vs. Christie* (1889) 5 T.L.R. 577.

13. *The London Explorer* [1971] 1 Lloyd's Rep. 523.

Também se poderia argumentar que a responsabilidade imposta ao afretador que posterga a reentrega, consistente no pagamento da diferença entre o preço contratual do frete e o de mercado, não decorreria propriamente da violação do contrato — que ensejaria *damages*, ou seja, indenização por perda, dano ou prejuízo²⁰ —, mas dos *usos comerciais* e *costumes* do mercado de transporte naval, como legítima fonte de obrigação *praeter legem*, apta a integrar termos implícitos no instrumento, porque um contrato pode incorporar qualquer costume relevante do mercado, do comércio ou da localidade, a menos que inconsistente com as próprias cláusulas contratuais.²¹ Acresce que os *damages* não têm caráter punitivo,²² servindo apenas a recompor as perdas sofridas pela parte inocente, a patentear sua natureza indenizatória. A parte inocente não pode ficar em melhor situação ao ser indenizada do que estaria se o contrato não houvesse sido violado. Esta característica dos *damages* poderia impossibilitar a subsunção neles da diferença de valor de frete devida pelo afretador em *overlap*, uma vez que sua natureza indenizatória inexistente na hipótese em que o valor de mercado do frete sofre *depreciação* no período de *overlap*, cabendo ao armador receber o preço contratual do frete. Com efeito, nesta situação, o armador receberá *mais* do que se lhe houvesse sido devolvido tempestivamente o navio, pois não encontraria no mercado

gem normalmente terminaria a tempo de devolver o navio dentro do prazo do contrato —, mas por motivos alheios às partes vem seu início a sofrer atraso, tornando-se evidente a impossibilidade de concluir a viagem antes do termo final do contrato, poderá o armador recusar a ordem, nos termos do voto do Lord Mustill no caso *The Gregos* [1995] 1 Lloyd's Rep. 1, p. 7.

20. Durval de Noronha Goyos Júnior, *Legal Dictionary – Dicionário Jurídico*, São Paulo, Observador Legal, 2003, p. 105.

21. Ewan McKendrick, *Contract Law*, Londres, Macmillan, 1997, p. 174.

22. *Rookes vs. Barnard* [1964] A.C. 1129; *Cassell & Co. Ltd. vs. Broome* [1972] A.C. 1027.

depreciado quem lhe oferecesse o mesmo preço de frete. Observe-se que no caso *The Dione* [1975] 1 Lloyd's Rep. 115, a *last voyage legítima* ultrapassou o prazo de reentrega independentemente de culpa de qualquer das partes, tendo o Tribunal afastado a violação contratual e determinado o pagamento do valor do frete estabelecido na avença, visto que o preço de mercado sofrera queda.

A partir deste entendimento, a reentrega atrasada do navio poderia caracterizar duas situações, com consequências distintas: (a) se a devolução ocorresse depois do termo do contrato, mas dentro do prazo de tolerância expresso ou implícito, *não haveria violação* da avença, o que, todavia, não desobrigaria o afretador do pagamento do frete e da eventual diferença com o preço de mercado, por se tratar de imposição consagrada pelos *usos e costumes* comerciais do setor; (b) se a reentrega tivesse lugar depois do termo do contrato e extrapolasse a tolerância expressa ou implícita, ou seja, não fosse razoável, haveria efetiva violação do contrato, a justificar a indenização, é dizer, *damages*.

Mas há argumentos relevantes em sentido contrário. Primeiramente, no caso *The Peonia* [1991] 1 Lloyd's Rep. 100, foi estabelecido que o atraso na reentrega provocado pela impossibilidade de se concluir, a tempo, a *última viagem legítima*, ainda que não possa ser atribuído ao afretador, não o exime de cumprir o prazo do contrato, o que caracterizaria a violação contratual, e justificaria a indenização (*damages*), consistente no pagamento do maior valor entre os preços contratual e de mercado do frete. Além disto, pode-se ponderar que se não houvesse a violação do contrato pelo atraso na reentrega, ainda que razoável e justificado, não se poderia impor ao afretador a obrigação de pagar, além do frete contratual, a diferença entre ele e o valor de mercado, porquanto teria esta verba, necessariamente, natureza de *damages*, visto ser este o remédio por excelência da violação contratual (*breach*).

Ou seja, se há a imposição desta obrigação ao afretador, ela somente poderia advir, justamente, da violação das cláusulas do contrato, sejam elas expressas ou implícitas. Como já foi oportuno salientar, esta posição é prevalente desde o julgamento deste caso *The Peonia*, ocorrido em 1991.

Apesar de ser amplamente minoritária, os argumentos favoráveis à primeira posição, acima sintetizados, parecem conferir-lhe maior coerência.

A razoabilidade do "overlap"

Questão difícil é a de saber o que seria, na omissão do contrato, um prazo *razoável* para a devolução tardia do navio, cujo termo, consoante a posição ora adotada, separa a conduta *idônea* daquela *desconforme* com a cláusula contratual de reentrega.

Não há como solucionar o problema senão pela análise casuística, que pondere, entre outros, fatores como o período-base do afretamento e as circunstâncias e extensão do atraso.

Não obstante, a doutrina tencionou fixar parâmetros objetivos arbitrários, considerando tolerável a dilação que não excedesse 4% (quatro por cento) ou 5% (cinco por cento) do período do contrato.²³

Os tribunais e juízos arbitrais ingleses têm preferido analisar os pormenores dos casos *sub judice* para designar concretamente o atraso tolerável. No precedente *The Democritos* [1976] 2 Lloyd's Rep. 149, por exemplo, os árbitros fixaram em cinco dias a tolerância, considerando que o período do contrato era de quatro a seis meses. Nos casos em que a carta-partida estabelece prazo de tolerância utilizando-se de expressões como "*4 months, 10 days more or less*", ou seja, quatro meses, com margem de tolerância de dez dias *para mais ou para menos*, as Cortes têm, geral-

mente, entendido que nenhuma outra tolerância implícita, para além dos dez dias do exemplo, é admitida. Neste sentido, ao julgar o caso *The Dione* [1975] 1 Lloyd's Rep. 115, p. 118, em que se discutia cláusula de devolução do navio em "*6 months 20 days more or less*", o tribunal considerou que este limite adicional de vinte dias não poderia ser ultrapassado, sob pena de caracterização do descumprimento do contrato.

O "overlap" e os lucros cessantes

Como dito, a remuneração devida ao armador no caso de *overlap* razoável e justificável limita-se ao valor contratual do frete correspondente aos dias de mora, acrescido da diferença entre tal montante e o preço de mercado, se este for superior.

Não se cogitava de indenização por *lucros cessantes*, decorrentes de prejuízo do armador pela impossibilidade de firmar, durante o período de mora razoável do afretador, novo afretamento do navio, num contexto de apreciação do preço do frete no mercado.

Como visto, na Inglaterra – cujo direito rege, majoritariamente, os contratos de comércio marítimo –, diversos são os precedentes jurisprudenciais, bem assim, as lições doutrinárias,²⁴ que restringem a responsabilidade pela reentrega tardia àqueles limites, tais como, *The Dione* (1975); *The Johnny* (1977); *The Peonia* (1991).

O entendimento firmado pela jurisprudência inglesa assenta-se na asseveração de que, ao subscrever o contrato de afretamento, o afretador não assumiria o risco de eventuais perdas do armador em relação a contratos subsequentes passíveis de ser prejudicados pelo eventual atraso na reentrega do navio, porquanto esta seria a percepção de uma pessoa média na mesma

23. John F. Wilson, ob. cit., p. 91.

24. Thomas Edward Scrutton, *Scrutton on Charterparties*, 1996, pp. 348-349.

posição de contratante. Os tribunais, igualmente, têm considerado que no mercado da navegação é corrente a ideia de que o afretador somente é responsável pelo pagamento do frete correspondente aos dias que ultrapassarem o termo final da reentrega, não se cogitando de sua responsabilidade pelos lucros cessantes, de forma que eventual posicionamento contrário provavelmente geraria incertezas comerciais não desejadas.

Em meados de 2008, a Câmara dos Lordes analisou, em grau de recurso, decisões das instâncias de origem que julgaram procedente pedido de indenização por lucros cessantes decorrentes da reentrega tardia do navio afretado, o que causara perdas quanto ao preço fixado em um outro contrato de afretamento ajustado pelo armador com terceiro.

Trata-se do caso *The Achilleas*, navio cargueiro cuja exploração foi objeto de um contrato de *afretamento por tempo*, pelo qual o armador o entregou ao afretador pelo prazo de cinco a sete meses, ao custo diário de 13.500 dólares americanos, tendo sido firmado, posteriormente, termo aditivo que estendeu o prazo de afretamento para outros cinco a sete meses, mediante o pagamento do frete diário de 16.750 dólares americanos, fixando-se a data de reentrega para o dia 2 de maio de 2004. A cláusula de reentrega seguiu o modelo NYPE.

Discutia-se o seguinte: em 20 de abril de 2004, o afretador comunicou ao armador que reentregaria a embarcação entre os dias 30 de abril e 2 de maio de 2004; no dia seguinte, o armador firmou com terceiro novo contrato envolvendo o mesmo navio, por um período de quatro a seis meses, ao custo diário de 39.500 dólares; o armador deveria disponibilizar o navio aos novos afretadores no dia 8 de maio de 2004, restando estabelecido que, em caso de descumprimento deste prazo, ao novo afretador seria permitido desistir da avença; com menos de duas semanas para a data da reentrega, o afretador originário firmou contrato de subafretamento para transportar

carvão entre a China e o Japão, transmitindo o fato ao armador, que não manifestou objeção; o navio sofreu atraso no porto japonês e a reentrega somente teve lugar em 11 de maio de 2004; poucos dias antes, em 5 de maio de 2004, o valor do frete sofrera nova depreciação e, em contrapartida a uma postergação da data de disponibilização do navio para o dia 11 de maio, o armador concordou em reduzir o preço do frete, a ser cobrado do novo afretador, para 31.500 dólares por dia; o armador, então, submeteu à arbitragem pleito de indenização pelos lucros cessantes com base na diferença de 8.000 dólares diários entre o valor do frete primeiramente acertado com o novo afretador e o preço final com ele avençado, que sofrera diminuição em razão dos novos preços de mercado em 5 de maio de 2004, o que resultou em valor superior a 1.300.000 dólares; o afretador sustentou que o armador não fazia jus aos lucros cessantes, senão à diferença entre o preço de mercado e o do frete pelos nove dias que ficou privado da utilização do navio, o que resultava em pouco mais de 150.000 dólares.

Os árbitros, por maioria, acolheram o pedido do armador, sob o fundamento de que o afretador originário deveria estar ciente, no momento da subscrição do contrato, que o descumprimento da cláusula de reentrega provavelmente resultaria em perdas e lucros cessantes, a ensejar sua responsabilidade por estes danos, por força da primeira regra adotada no caso *Hadley vs. Baxendale* (1854) 9 Exch 341, 354, segundo a qual os danos indenizáveis são aqueles que, pelo curso normal das coisas, podem decorrer naturalmente de uma quebra de cláusula contratual, ou seja, são os danos *previsíveis*.

Por seu turno, o árbitro que restou vencido não negou que o afretador estivesse ciente de que o armador, muito provavelmente, firmaria novo afretamento durante o curso do primeiro contrato, bem assim, de que a reentrega tardia poderia obstar-lhe tal pretensão. Contudo, asseve-

rou que uma pessoa média na posição do afretador não teria entendido que estava assumindo responsabilidade pelo risco. Aduziu, ainda, que os usos e costumes do mercado da navegação restringiam a responsabilidade do afretador à diferença entre o preço de mercado e o valor do frete estabelecido no contrato, de modo que qualquer afastamento desta regra provavelmente provocaria uma grave e indesejável incerteza comercial.

O recurso manejado pelo afretador contra o julgamento arbitral veio a ser desprovido pela Corte de Apelação [2007] 2 Lloyd's Rep. 555, tendo sido interposta nova irresignação perante a Câmara dos Lordes.

A discussão jurídica neste caso envolve interessante questão de Direito dos Contratos, consistente em se saber se a regra que atribui responsabilidade a uma parte pelos danos que eram previsíveis, adotada no caso *Hadley vs. Baxendale* (1854), é (a) norma abstrata imposta a todos os contratantes na ausência de expressa previsão contratual em sentido oposto, ou (b) se consiste numa assunção aplicável à grande maioria dos casos, mas que pode ser adaptada nas hipóteses em que o contexto, as circunstâncias ou o entendimento geralmente aceito pelo mercado específico mostram que a parte não deveria ser responsabilizada.

A Câmara dos Lordes deu provimento unânime ao recurso do afretador, seguindo interpretação distinta daquela dada pelas instâncias inferiores à regra do caso *Hadley vs. Baxendale*.

Dos cinco juízes que julgaram o caso, dois deles proveram o recurso ao fundamento de que a apuração da responsabilidade pelos danos previsíveis submete-se às particularidades do caso concreto, de modo que fica condicionada à inexistência de circunstâncias – por exemplo, usos comerciais do mercado específico – que excluam a responsabilidade.

Aduziram que as partes quando contratam o afretamento têm em mente os – e

se balizam pelos – usos comerciais correntes neste mercado específico, que sempre cingiram a responsabilidade do afretador ao frete, acrescido da diferença entre seu valor contratual e o de mercado pelos dias de retardamento na reentrega.

Outros dois magistrados deram provimento ao recurso por fundamento diverso, segundo o qual a oscilação abrupta do preço de mercado do frete não poderia ser considerada previsível no momento da subscrição do contrato, de sorte que o dano sofrido pelos armadores também não poderia ser razoavelmente imputado diretamente ao atraso na reentrega do navio.

A exegese do precedente findou por demonstrar que a Câmara dos Lordes considera a regra jurisprudencial do caso *Hadley vs. Baxendale* uma norma de aplicação *casuística*, retirando-lhe o caráter *abstrato* atribuído pelas instâncias de origem.

Isto conduz à conclusão de que mesmo inexistindo cláusula contratual que exclua a responsabilidade do afretador pelos lucros cessantes do armador – decorrentes do atraso na reentrega do navio – aquele não pode ser responsabilizado com base na regra do caso *Hadley vs. Baxendale*, (a) porque os usos comerciais relativos à cláusula de reentrega nos afretamentos por tempo limitam a obrigação do afretador, que atrasa a devolução da embarcação, ao pagamento do frete contratual, acrescido da diferença entre este montante e o preço de mercado, se este se sobrepujar àquele, bem assim, (b) porque a volatilidade do mercado que provocou o aumento abrupto do preço do frete não seria previsível, a afastar a caracterização do *overlap* como causa *próxima* do dano sofrido pelos armadores, senão como causa *remota*, o que afasta a responsabilidade.

Esclareça-se que no caso *Hadley vs. Baxendale* foram estabelecidos critérios para a verificação da responsabilidade por danos, denominados, numa tradução livre, “teste de distanciamento” (*remoteness test*), pelo qual se perquire se as perdas de uma parte decorrem *diretamente* de uma

conduta da outra parte e, por isso, são indenizáveis, ou se dela advêm *indiretamente* ou *remotamente*, o que lhes retira a possibilidade de reparação.

No caso *The Achilleas* pareceu, num primeiro momento, que a Câmara dos Lordes teria exigido um requisito adicional para a apuração da responsabilidade, consistente na verificação da assunção contratual da responsabilidade pelas perdas que viessem a ocorrer. Mostrou-se relevante, então, perquirir se a Câmara de Lordes estabelecera novos critérios para a averiguação da responsabilidade por danos, aplicáveis a todos os litígios, ou se limitara-se a adaptar a regra do precedente *Hadley vs. Baxendale* para evitar que, no caso concreto, sua aplicação sem ressalvas e alheia aos usos comerciais do mercado, implicasse na condenação do afretador ao pagamento de quantia milionária.

Daí a notoriedade deste caso, que poderia, se se confirmasse tal ampliação geral do *remoteness test*, repercutir não apenas nos contratos de afretamento, mas na própria teoria geral da responsabilidade civil no Direito inglês.

Consequência imediata deste julgado se deu com a adoção, por entidades do mercado de seguros marítimos (os *P&I Clubs*), de modelos de cláusulas de *limitação expressa da responsabilidade* do afretador, tendentes a circunscrevê-la, em caso de atraso na reentrega do navio, ao valor contratual do frete, eventualmente acrescido da diferença em relação ao preço de mercado.

Entretanto, recentemente, em março de 2010, a Corte Comercial inglesa julgou o caso *The Sylvia* [2010] EWHC 542 (Comm), esclarecendo que a Câmara dos Lordes, no precedente *The Achilleas*, não teria criado nova regra de apuração da responsabilidade por danos, senão mantido a abordagem clássica do caso *Hadley vs. Baxendale* como *requisito geral* para sua verificação, cuja aplicação, contudo, em situações excepcionais como a do próprio

caso *The Achilleas*, ficaria condicionada à efetiva assunção de responsabilidade pelo contratante, capaz de excepcionar o costume do mercado de não considerar assumida, pelo afretador, a responsabilidade pelos lucros cessantes do armador.

A Corte Comercial salientou, ainda, que no julgamento do caso *The Achilleas*, a Câmara dos Lordes excepcionou o *remoteness test* de forma bastante *limitada*, apenas para impedir que sua aplicação *abstracta* pudesse ensejar uma responsabilização jamais admitida pelo mercado específico de transporte marítimo e, por isso mesmo, não assumida *implicitamente* pelo afretador no momento da contratação. De fato, qualquer pessoa média em sua situação, conhecendo as regras costumeiras do mercado, não consideraria estar assumindo, quando da contratação, a responsabilidade pelos lucros cessantes advindos de eventual atraso na reentrega.

Conforme se aduziu no caso *The Sylvia*, a excepcionalidade da hipótese concreta, apta a autorizar a aplicação da solução adotada no caso *The Achilleas*, se verifica quando a invocação sem ressalvas do *remoteness test* (a) pode conduzir a uma responsabilidade imprevisível e desproporcional e (b) ensejar o reconhecimento de uma responsabilidade contrária às expectativas do mercado específico.

Neste caso, *The Sylvia*, o afretador pleiteava a condenação do armador pelos lucros cessantes resultantes da impossibilidade de subfretar o navio a terceiro, por ter sido a embarcação reprovada em uma inspeção, o que acarretou sua retenção até que o problema fosse solucionado. Em seu favor, o armador invocou a regra adotada no caso *The Achilleas*, sustentando que sua responsabilidade se limitava ao valor do frete acertado entre o afretador e o subafretador, pelo período em que o navio ficou parado, visto que, segundo afirmou, seria corrente no mercado específico tal limitação, não tendo, portanto, assumido *implicitamente* a responsabilidade pelos lucros

cessantes, tudo a ensejar a aplicação da solução prestigiada no caso *The Achilleas*.

O juízo arbitral e a Corte Comercial consideraram que o armador falhara no seu dever geral de diligência, sendo responsável pelos lucros cessantes decorrentes do contrato de subafretamento malogrado, segundo a regra clássica do caso *Hadley vs. Baxendale*, não sendo aplicável a regra de exceção do caso *The Achilleas*, porque, ao contrário daquele precedente, neste não haveria, no mercado específico, o costume de limitar a responsabilidade do armador, visto que tal contenção se aplica apenas aos casos de *overlap* na reentrega propriamente dita do navio.

Conclusão

Existem três espécies de contrato de afretamento de navio: *a casco nu, por viagem e por tempo*. No afretamento *por tempo*, o armador disponibiliza o navio para o afretador, que o remunera por meio do pagamento do frete. Nesta modalidade contratual, as partes estabelecem, no instrumento próprio – carta-partida –, *cláusula de reentrega* da embarcação, em que se estipula data aproximada para a sua devolução. Em razão das peculiaridades do mercado de transporte marítimo, não é possível, no mais das vezes, prever com *exatidão* a data em que a embarcação poderá ser reentregue ao armador, de forma que o contrato geralmente contempla, ainda que *implicitamente*, a possibilidade de devolução antecipada (*underlap*) ou atrasada (*overlap*) do navio. Em caso de reentrega tardia, desde que razoável e justificável, os tribunais ingleses, seguindo a esteira dos usos e costumes do mercado, limitam a responsabilidade do afretador ao frete correspondente aos dias de atraso, acrescido da diferença em relação ao preço de mercado se este for superior no momento do pagamento. Não se cogitava da responsabilidade do afretador por eventuais lucros cessantes do armador se a reentrega ex-

temporânea o impedisse de firmar outro contrato de afretamento da mesma embarcação. Isto porque, os usos comerciais deste mercado específico sempre cingiram a responsabilidade do afretador aos limites acima. Todavia, no caso *The Achilleas* – em que se discutia a responsabilidade do afretador pelos danos causados em decorrência da reentrega tardia, que veio a provocar uma redução do valor do frete estabelecido para outro contrato firmado pelo armador com terceiro – o juízo arbitral e, posteriormente, a Corte de Apelação inglesa, entenderam que o afretador deveria responder pelos *lucros cessantes* sofridos pelo armador, visto que os danos decorreram da extemporaneidade da devolução da embarcação. Posteriormente, a Câmara dos Lordes reformou tal decisão, exigindo que a responsabilização por danos, em certos casos, fique condicionada à inexistência de circunstâncias – como os usos do mercado – que afastem a presunção de que o contratante (no caso, o afretador) teria assumido, no momento da subscrição do negócio jurídico, responsabilidade pelos lucros cessantes suportados pelo armador. Embora a Câmara dos Lordes tenha restabelecido, em linhas gerais, a jurisprudência sobre o tema, as decisões do juízo arbitral e da Corte de Apelação provocaram sensação de *insegurança jurídica* no mercado, em relação à matéria da limitação da responsabilidade do afretador na reentrega tardia, o que veio a refletir-se na proliferação de cláusulas expressas que limitam a responsabilidade do afretador.

Diante da discussão travada no caso *The Achilleas*, que revolveu questões tidas, há muito, por superadas, mostra-se extremamente aconselhável a inclusão, no texto contratual, de cláusula expressa que limite a responsabilidade do afretador, como forma de preservar, em relação à cláusula de reentrega no contrato de afretamento por tempo, entendimento consagrado pelos usos comerciais amplamente difundidos, segundo os quais a responsabilidade do afretador que incorre em *overlap*, desde

que razoável e justificável o atraso, balize-se pelo pagamento do valor contratual ou de mercado do frete pelos dias de atraso,

excluindo-se eventuais lucros cessantes sofridos pelo armador, mesmo que advindos desta reentrega extemporânea.

OF INSTRUÇÃO CVM Nº 481/2009

A COMPARATIVE ANALYSIS OF NOMINATIONS IN BRAZIL

AND SHAREHOLDER DIRECTOR

Introduction
1.1 The Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) issued Instrukção CVM nº 481/2009 on 28th of June 2009, which amended the provisions of Article 28, and the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders.

1.2 The purpose of this paper is to analyze the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and to compare it with the nomination of directors and shareholders in the U.S.

1.3 The paper is divided into three parts. The first part analyzes Article 28 of the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) nº 481/2009, which amended the provisions of Article 28, and the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders.

1.4 The second part analyzes the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets, and compares it with the nomination of directors and shareholders in Brazil.

1.5 The third part analyzes the nomination of directors and shareholders in Brazil, and compares it with the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.6 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.7 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.8 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.9 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.10 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.11 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.12 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.13 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.14 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.15 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.16 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.17 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.18 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.19 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.20 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.21 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.22 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.23 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.24 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.25 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.26 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.27 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.28 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.

1.29 The paper also analyzes the differences between the nomination of directors and shareholders in Brazil, and the nomination of directors and shareholders in the U.S. public markets.

1.30 The paper concludes that the nomination of directors and shareholders in Brazil is still under discussion, and that the proposed comparative approach to the nomination of both directors and shareholders is still under discussion.