

# REFLEXÕES SOBRE O ENQUADRAMENTO DA CLÁUSULA TAKE OR PAY NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Fábio Siebeneichler de Andrade<sup>1</sup>

Sofia Gregol<sup>2</sup>

Resumo: O presente artigo tem como objetivo formular algumas reflexões sobre a cláusula *take or pay* (literalmente ‘recebe ou paga’), especialmente difundidas nos contratos de fornecimento de gás. Oriunda da *common law*, pretende-se verificar, em um primeiro momento, a estrutura da cláusula contratual, apontando suas especificidades. Em um segundo ponto, verifica-se a sua problemática em relação aos marcos da teoria geral do contrato do direito civil brasileiro, sendo especialmente examinada a questão da sua possível proximidade com a noção de cláusula penal, bem como as vicissitudes contratuais, como a onerosidade excessiva, podem afetá-la. No presente trabalho, objetiva-se destacar as alterações promovidas na teoria geral do contrato pela lei de liberdade econômica e como essa disposição deva ser levada em consideração ao examinar disposições atípicas como a cláusula *take or pay*.

Palavras-Chave: Cláusula *take or pay*; contratos de longa duração; teoria geral do contrato

Abstract: This article aims to point out some reflections on the

---

<sup>1</sup> Professor titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS; Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha; Advogado.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS; Advogada.

take or pay clause, which are mainly found in gas supply contracts. Coming from the common law, the work intends to verify, at first, the structure of the contractual clause, pointing out its specificities. In a second point, it is verified its problematic in relation to the landmarks of the general theory of the contract of the Brazilian civil law, being especially examined the question of its possible proximity with the notion of penal clause, as well as if contractual vicissitudes, as the onerosity excessive can affect it. In the present work, the objective is to highlight the changes promoted in the general theory of the contract by the economic freedom law and how this provision should be taken into account when examining atypical provisions such as the take or pay clause.

Keywords: Take or pay clause ; Long term contracts ; General theory of contract

Sumário: 1. Introdução; 2. A Estrutura da cláusula take or pay; 3. A Relação da cláusula take or pay com a teoria geral do contrato; 4. Síntese Conclusiva; 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO



Latino, a ordem jurídica continental tem sido influenciada pelas concepções do direito anglo saxão. Esse fenômeno tem chamado a atenção, recebendo a denominação de ‘americanização do direito’<sup>3</sup>.

Essa tendência alcança, particularmente, o direito privado na esfera contratual, sendo cada vez mais frequente o emprego em contratos de cláusulas contratuais decorrentes das relações contratuais existentes no cenário jurídico e econômico da

---

<sup>3</sup> Cf. TERRÉ, François. L’américanisation du droit. *Archives de philosophie de droit*, tome 45, 2001, Paris, Dalloz, p. 7 ss,

common law<sup>4</sup>.

De forma correlata a essa circunstância, verifica-se uma outra tendência na estrutura do contrato, pelo qual ele passa a ser concebido e modulado como uma estrutura de cláusulas, em que toda sorte de vicissitudes e probabilidades passíveis de atingir de algum modo a atividade econômica por ele regulada, passam a ser predispostas pelas partes<sup>5</sup>.

Nesse contexto apresenta-se uma disposição contratual igualmente presente na vida contratual contemporânea: trata-se da cláusula *take or pay*, também oriunda do direito anglo-saxão e cujo habitat natural situa-se em contratos de longa duração, mais precisamente contratos de fornecimento de energia<sup>6</sup>.

Essa disposição contratual foi importada tanto para a realidade brasileira, como também para outros ordenamentos<sup>7</sup>, com o mesmo intuito: regrar situações referentes ao fornecimento de gás, tendo como objetivo assegurar os investimentos necessários para a realização da infraestrutura e armazenamento do produto<sup>8</sup>. Atualmente, é observada a ampliação da utilização da figura abarcando, também, os setores de fornecimento de energia e do agronegócio.

A importação da cláusula de *take or pay* do direito anglo-saxão para o direito brasileiro visou ampliar a segurança e previsibilidade do negócio de fornecimento de gás (*gas sale*

---

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre o enquadramento da cláusula *earn out* na teoria geral do contrato de compra e venda. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020, p. 141 ss.

<sup>5</sup> Cf. MEKKI, Mustapha. Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés. II. Les clauses. <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/12/partie-II-les-clauses.pdf>

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, MASTEN, Scott E.; CROCKER, Keith J. Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 5, 1985, pp. 1083-1093

<sup>7</sup> Cf. RIZZI, Antonio. La Clausola Take or Pay. CONFORTINI, Massimo. *Le Clausole Negoziabile*. UTET, Torino, 2017, p. 1550 ss.

<sup>8</sup> Cf. BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, 2007, p. 1.

*agreement*) haja vista que seu objetivo é garantir a ocorrência, de um lado, do fornecimento mínimo de determinado produto e, de outro, fluxo de caixa mínimo que justifique a realização do empreendimento. Assim, normalmente se prevê que na hipótese de o comprador, em um determinado período, não receber as quantidades mínimas concordadas do produto, ele deverá de qualquer modo pagar ao fornecedor o preço estabelecido pela quantidade idealmente prevista<sup>9</sup>.

Se é certo que inexistente previsão específica no âmbito da teoria geral do contrato no direito brasileiro, a legislação específica dispôs a respeito: a Lei nº 10.312 de 2001 em seu artigo 1º, parágrafo 4º, define a cláusula *take or pay* como “a disposição contratual segundo a qual a pessoa jurídica vendedora compromete-se a fornecer, e o comprador compromete-se a adquirir, uma quantidade determinada de gás natural canalizado, sendo este obrigado a pagar pela quantidade de gás que se compromete a adquirir, mesmo que não a utilize”.

Cumprido, portanto, no presente trabalho, examinar, primeiramente, a estrutura da cláusula *take or pay*, para em um segundo momento, analisar determinadas questões da teoria geral do contrato, previstas no Código civil, relacionando-as com a aludida disposição contratual.

Em especial, cabe ter presente as alterações incorporadas ao direito privado brasileiro pela Lei de Liberdade Econômica (LLE), que, como se verá, apresenta explícita relação com o tema do presente texto.

## 2. A ESTRUTURA DA CLAUSULA TAKE OR PAY

Quanto à estrutura da cláusula *take or pay*, cumpre estabelecer quais são os traços caracterizadores da figura e, especialmente, sua função.

---

<sup>9</sup> BIANCHI, Marco. *Contratti internazionali di compravendita e somministrazione – Sales Agreements and Long-Term Supply Agreements*. Giuffrè, 2019.

Em primeiro lugar, cabe referir que seu campo de aplicação precípua consiste nos contratos de fornecimento “tradicionalmente definido como aquele em que uma parte oferece a outra um bem específico, para entrega em um prazo determinado, mediante contraprestação estipulada previamente ou a cada entrega”<sup>10</sup>

Alguns conceitos são explorados pela doutrina para que a figura seja enquadrada sob o enfoque dos negócios celebrados no cenário nacional. Em essência, “[as] obrigações de *take-or-pay* envolvem um arranjo contratual por meio do qual compradores e usuários são vinculados ao pagamento de uma quantidade fixa de bens ou serviços, independentemente da flutuação da sua demanda”.

Em sentido similar, reputa-se que a cláusula de *take or pay* pode ser “sinteticamente definida como o pacto pelo qual uma parte se obriga – em um contexto de contrato de fornecimento, transporte ou de prestação de serviço, por exemplo – a pagar por volume mínimo de bens ou serviços objeto do contrato em cada período contratual mesmo se tal quantia não seja (em todo ou em parte) utilizada”<sup>11</sup>.

Em relação à função econômica da cláusula de *take or pay*, pode-se inicialmente mencionar a noção de garantia do fluxo de receita estável para o vendedor e fornecimento constante para o comprador. Assim sendo, ambas as partes se protegem das variações sazonais de preço permitindo melhor alocação dos riscos a serem assumidos. Desse modo, não seria forçado configurar que a cláusula *take or pay* possa ser singelamente considerada como uma disposição de ‘mínimo

---

<sup>10</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de *take or pay* no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, outubro 2020.

<sup>11</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de *take or pay* no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, outubro 2020.

garantido<sup>12</sup>.

Nesse sentido, a utilização da cláusula *take or pay* pelas partes vai ao encontro do que a doutrina considera como expressão da racionalidade no direito atual, em especial nas relações empresariais, que privilegiam o estabelecimento da previsibilidade e calculabilidade.<sup>13</sup>

Essa percepção encontra respaldo na jurisprudência, como se verifica de decisão do Tribunal de São Paulo na qual foi mencionada a transferência de riscos como elemento presente na cláusula de *take or pay*<sup>14</sup>

Além da alocação de riscos entre as partes, merece menção que as cláusulas de *take or pay* usualmente são inseridas em contratos empresariais de longa duração nos quais há pagamento contínuo e periódico caracterizando “um sinalagma característico dos contratos comutativos, demonstrando a sua onerosidade típica, tendo em vista o compromisso duradouro que se assume, de fornecimento de bens de modo contínuo e periódico.”<sup>15</sup>

A doutrina se manifesta pela validade das cláusulas de *take or pay* livremente estipuladas pelas partes privilegiando a autonomia privada, bem como os parâmetros mediante os quais o negócio foi celebrado. Trata-se, em essência, de assegurar uma antecipação de risco contratual, em face das peculiaridades do fornecimento de energia – ou do produto de gás -, em que há, de um lado, a necessidade de celebrar contrato de longa duração e,

---

<sup>12</sup> Nesse sentido ver RIZZI, Antonio. La Clausola Take or Pay, op. cit., p. 1560.

<sup>13</sup> CF. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2021, p. 15 e 121.

<sup>14</sup> Apelação nº 0003749-68.2011.8.26.0445, TJSP, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Relator: Pedro Baccarat, DJ. 16/03/2018: “A estipulação do consumo mínimo envolve, antes de tudo, uma transferência de certos riscos da fabricante para a compradora. A fabricante assegura o fornecimento, empregando recursos e meios na produção de gases, desde que a compradora se disponha a adquirir quantidades mínimas de consumo”.

<sup>15</sup> AMATO, Paolo. *Contratti tra imprenditori all'interno della filiera produttivo-distributiva: La Tutela delle parti tra clausole da inserire e gli Incoterms 2020*. [http://tesi.luiss.it/27292/1/136893\\_AMATO\\_PAOLO.pdf](http://tesi.luiss.it/27292/1/136893_AMATO_PAOLO.pdf)

de outro, a preocupação em resguardar a parte diante da possibilidade de flutuação no fornecimento do produto<sup>16</sup>.

Trata-se, na verdade, de uma figura contratual que objetiva proteger os contratantes do eventual comportamento oportunista de uma das partes e, nesse sentido, se harmoniza com a clássica orientação identificada no pensamento de Oliver Williamson, que examina a problemática dos custos de transação e a necessidade de governança das relações contratuais<sup>17</sup>.

A título ilustrativo, pode-se mencionar o potencial comportamento de um comprador de gás, por exemplo, que “ciente dos grandes custos para o produtor no caso de interrupção da produção, estaria propenso a interromper suas retiradas de gás para aumentar o seu poder de barganha e, com isso, obter a renegociação de parâmetros contratuais dessa aquisição”<sup>18</sup>. Desta forma, demonstra-se a função da cláusula de *take or pay* como meio de proteção dos interesses das partes, evitando a propensão de uma das partes a comportamentos tidos como ‘oportunistas’, bem como a viabilizar os investimentos necessários para a concretude do acordado.

No cenário nacional, a jurisprudência do Rio Grande do Sul tem tido a oportunidade de dirimir questões relativas às cláusulas de *take or pay* considerando não somente ser “amplamente conhecida e inerente à própria especialidade do contrato”, como também tendo presente sua função econômica de garantidora do retorno mínimo do investimento realizado<sup>19</sup>. Além disso, ao

---

<sup>16</sup> Ver, por exemplo, CRETTI, Ana; VILLENEUVE, Bertrand. Longterm contracts and take-or-pay clauses in natural gas markets. *Energy Study Reviews*, v. 13, n. 1, 2004, p. 75 ss.

<sup>17</sup> WILLIAMSON, Oliver. Transaction-Cost Economics: The Governance of contractual relation. *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979, pp. 233 ss.

<sup>18</sup> BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 27, p. 247-264, jul-set 2006.

<sup>19</sup> Nesse sentido, ver Apelação Cível, Nº 70054145420, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em: 27-03-2019, em que foi reconhecida sua validade e a autonomia das partes: “A cláusula take or pay, assim como a cláusula ship or pay e a cláusula make-up gas, é comum ao mercado

afirmar a validade da cláusula estabelecida pelas partes, considera que ela possui, logicamente, força obrigatória, de sorte que está facultada ao credor a cobrança do preço não pago<sup>20</sup>.

Pontue-se, ainda, que a cláusula *take or pay* não se presume, devendo ser, portanto, expressamente prevista pelas partes no contrato. Nesse sentido, também em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afastou-se a pretensão da parte de exigir previsão de cláusula *take or pay* pelo fundamento de que, como as partes não haviam efetiva e formalmente firmado o contrato, a disposição não seria passível de presunção, impondo-se ao credor a sua prova, o que não se configurou no caso concreto.

### 3. A CLÁUSULA TAKE OR PAY É UMA CLÁUSULA PENAL DISFARÇADA?

“O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim.” Com estes dizeres Clóvis Couto e Silva inicia sua obra “A obrigação como processo” na qual aduz que a obrigação é um amálgama de acontecimentos cujo objetivo é a concreção do objetivo das partes ao firmarem o contrato<sup>21</sup>. Nesta ordem, explicita-se que o adimplemento configura o resultado sadio e o inadimplemento a patologia da relação jurídica obrigacional. Indubitável a noção de que, “em sentido estrito, o inadimplemento

---

de compra e venda de gás natural, o qual, por envolver atividade comercial de grande risco, exige que seja assegurado um retorno mínimo de investimento aos fornecedores de gás. Evidentemente, a sociedade empresária demandante e reconvinida tinha conhecimento disso quando contratou”.

<sup>20</sup> Ver a Apelação Cível, Nº 70083315812, 17ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Giovanni Conti, j. 19-12-2019: “Não há falar na ilegalidade da cláusula “take or pay”, que estabelece a quantidade mínima a ser paga pelo comprador pelo consumo anual de gás, eis que tal cláusula busca assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados pela empresa contratada para o fornecimento do gás natural à empresa contratante. Demonstrado o descumprimento contratual pela parte ré, a procedência do pedido de cobrança é medida impositiva”.

<sup>21</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. V. do. *A Obrigação como Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.



constitui a não- realização, imputável (ao devedor ou ao credor), da prestação devida, enquanto devida”.

Não se pretende, no presente trabalho, realizar maiores digressões acerca da temática acima indicada: somente destacar a disposição – e função - da cláusula penal como uma consequência do inadimplemento, bem como que a culpa e a imputabilidade são fatores a serem considerados quando de sua apreciação pelo Judiciário – em geral intérpretes das previsões contratuais. Há que se indagar, portanto, se essa perspectiva pode ser aplicável no que concerne a cláusula de *take or pay*.

As partes, ao estabelecerem a cláusula de *take or pay* tem como intuito regradar o fornecimento contínuo de determinado produto; ou seja, pretendem criar uma obrigação entre as partes. A referida disposição visa regradar o adimplemento do acordado dizendo respeito ao resultado que, espera-se, seja o sadio e não a sua patologia, o inadimplemento. Recorde-se que a cláusula penal, de forma diversa da cláusula de *take or pay*, tem como fonte geradora o inadimplemento da obrigação em relação ao objeto, tempo ou modo de sua execução.

A fim de ter presente a questão, serão explicitadas a seguir as características gerais das cláusulas penais, bem como a intersecção das cláusulas de *take or pay* com outros aspectos concernentes a teoria geral do contrato e suas implicações no âmbito jurídico.

### 3.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA CLAUSULA PENAL

A cláusula penal pode ser considerada como uma figura complexa na qual os partícipes de uma relação jurídica acordam antecipadamente a efetuar certa prestação em caso de inadimplemento do pactuado. Tal previsão visa ora compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, ora como liquidação do dano incorrido pelo credor da obrigação.

O Código Civil brasileiro não contempla uma

conceituação da cláusula penal. Em síntese, porém, pode se considerar que consiste em uma disposição acessória, expressamente prevista, pela qual se estabelece uma pena privada quando se configura o inadimplemento de uma prestação.

Essa visão encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como consta, por exemplo, do REsp 1.617.652-DF<sup>22</sup>: a cláusula penal é considerada um pacto acessório cujo objetivo é desincentivar o descumprimento do devedor mediante a imposição do pagamento de valor acordado em caso de inadimplemento.

A cláusula penal pode ser classificada ora como moratória, ora como compensatória a depender se visa indenizar o credor pela inexecução de parte ou de toda a obrigação ou se visa evitar o atraso no prazo combinado para a execução da obrigação garantindo que sua execução ainda seja útil ao credor.

A cláusula penal configura, em essência, disposição acessória, na medida em que não possui causa própria, distinta da obrigação principal<sup>23</sup>. Em consequência, incide aqui o princípio da gravitação jurídica, pela qual a obrigação acessória segue o destino da principal (*accessorium sequitur principale*), nos termos do artigo 184, do Código Civil.

Relativamente ao objeto da cláusula penal, merece atenção o artigo 104 do Código Civil no qual está disposto que o negócio jurídico deve ser determinável, ou seja, “é caracterizado por certa imprecisão sobre alguma de suas qualidades ou quantidades no momento inicial do negócio”<sup>24</sup>. Desta forma, as partes podem deixar para mais tarde sua determinação limitando-se a indicar os critérios para sua delimitação ou pessoa a quem ficará este encargo

Conforme o exposto, é possível vislumbrar que a

---

<sup>22</sup> Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 26.09.2017, 3a Turma.

<sup>23</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020. 496 p.

<sup>24</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020. 496 p.

cláusula penal possui como objetivo reger as repercussões do inadimplemento absoluto ou não de determinada obrigação, ou seja, sua distinção está calcada na consequência jurídica que produzem. Essa noção está presente no artigo 409, do Código civil, pela qual a cláusula penal pode referir-se à “inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.

A cláusula penal compensatória, como o próprio nome diz, tem como intuito compensar o credor pelos danos sofridos em decorrência do inadimplemento pré-determinando o valor referente as perdas e danos. Este caso, em regra, diz respeito à inexecução completa da obrigação ou de cláusula específica expressamente destacada pelas partes.

Vale ressaltar que, em regra, não é dada ao devedor a faculdade de optar pelo pagamento da cláusula penal como forma de desvincular-se da obrigação principal. Na hipótese de as partes pactuarem algo neste sentido, não se trata de cláusula penal, mas de cláusula de arrependimento ou obrigação alternativa em prol do devedor<sup>25</sup>

Configurado o inadimplemento e acionada a cláusula penal, independentemente de sua qualificação como indenizatória ou moratória, sua eficácia é invariável haja vista que pré-determinadas no Código Civil de forma abstrata. Neste diapasão, resta, em relação a sua eficácia, menção acerca do controle da figura seja ela fruto da autonomia das partes ou de controle jurisdicional.

Estabelecidas estas premissas, cabe destacar, na medida em que interessa sobremaneira ao presente trabalho, a questão da possibilidade de controle pelo juiz do valor da cláusula penal. No direito brasileiro, a matéria é disciplinada no artigo 413 do Código Civil<sup>26</sup>, cujo intuito é proteger o devedor de eventuais

---

<sup>25</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020. 496 p.

<sup>26</sup> Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for

excessos creditórios na determinação da clausula penal.

Consta do referido preceito que o juiz pode reduzir equitativamente o valor da penalidade quando esta for manifestamente excessiva: ou seja, há uma intervenção judicial que se sobrepõe ao estabelecido pelas partes.

O tema ganha especial interesse na medida em que, a partir das disposições da Lei de Liberdade Econômica, o artigo 421-A, em seu inciso II, a alocação de riscos definidas pelas partes deve ser respeitada e observada.

Nesse contexto, pode-se perfeitamente considerar que o valor da clausula penal, ainda mais quando se trata de um contrato paritário, como é o caso dos contratos civis e empresariais, insere-se no quadro de alocação de risco definida por ambas as partes: em princípio estas sopesaram o quadro contratual e autonomamente consideraram apropriado o valor da clausula penal.

No direito brasileiro, porém, é forçoso ter presente que esse tema foi objeto de exame pela jurisprudência, tendo sido fixado pelo Superior Tribunal de Justiça que, em se tratando de situação de adimplemento parcial, o abrandamento do valor da clausula penal tem natureza de ordem pública, sendo o citado artigo 413, do Código civil, portanto, norma cogente<sup>27</sup>. Logo, impõe-se ao juiz mitigar o valor da clausula penal quando reputar desproporcional o seu patamar, considerando violado o princípio da boa-fé.

Muito embora essa orientação, privilegia-se aqui a concepção que em contratos paritários, tendo em vista a amplitude de poder dado às partes pela nova redação do artigo 113, do Código civil, deva ser excepcionalmente limitada a intervenção judicial na esfera do valor da cláusula penal.

### 3.2 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE A CLÁUSULAS

---

manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

<sup>27</sup> Recurso Especial n° 1.898.738- SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3a Turma, j. 23.03.2021.

## DE *TAKE OR PAY* E A CLÁUSULA PENAL

Muito embora já tenha sido sustentada a posição no sentido da especificidade da cláusula de *take or pay*, cumpre destacar que, no cenário jurídico brasileiro, vislumbra-se a orientação no sentido de considerar que ela representaria, em essência, uma subespécie de cláusula penal.

Essa orientação jurisprudencial foi especialmente afirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão que considerou passível de controle o valor estipulado na cláusula *take or pay*, na medida em que ela se constituiria, em essência, em uma cláusula penal para a situação de aquisição a menor.<sup>28</sup> Apoiado nessa orientação, encontra-se na doutrina a orientação de que “a cláusula *take or pay*, no Brasil, possui a natureza jurídica de uma cláusula penal”<sup>29</sup>.

Essa percepção, porém, não deve *prima facie* prevalecer, tendo em vista, primeiramente, a necessidade de diferenciação da matéria no direito inglês entre a noção de *penalty clause* e de *liquidated damages clause*. Enquanto no primeiro caso o dispositivo contratual é passível de controle judicial nos casos em que se verifica a desproporcionalidade na fixação da sanção patrimonial, a cláusula de *take or pay* seria passível de enquadramento na segunda categoria<sup>30</sup>. No direito inglês, reputa-se que esta disposição contratual regula uma situação em que se estabelece o pagamento de um débito, razão pela qual, em síntese, não se deve aplicar a disciplina constituída para regular a matéria de ‘penalties’<sup>31</sup>.

De qualquer modo, a verificação do problema da

---

<sup>28</sup>. Cf. Apelação Cível n. 990.10.208588-0, Rel. Des. Celso Pimentel, 28a Câmara Cível do TJSP, j. 09.11.2010,

<sup>29</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. *Cláusula de take or pay em contratos de longo prazo*, p. 30

<sup>30</sup> HOLLAND, BEN. Enforceability of take or pay provisions in English contracts – resolved. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2016, p. 1 ss.

<sup>31</sup> HOLLAND, Ben. Enforceability of take or pay provisions in English contracts – resolved. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2016, p.11.

redutibilidade de uma *penalty clause* nas cortes inglesas depende de vários fatores, não sendo, em princípio, automático. Na hipótese de existir determinados requisitos como, por exemplo, (i) a existência de uma motivação comercial (*commercially justifiable*); (ii) inexistência de abuso econômico entre as partes; (iii) paridade econômica entre as partes e (iv) inexistência de função dissuasória.

Assim, somente em casos extremos, em que se verifique efetivamente uma ausência de funcionalidade e racionalidade na cláusula *take or pay*, como por exemplo na hipótese em que não se consiga identificar a racionalidade no cálculo do valor a ser pago, verifica-se na jurisprudência inglesa a caracterização da cláusula *take or pay* no âmbito da noção de *penalty*<sup>32</sup>, o que implicaria a admissibilidade de sua redução.

Estabelecido este ponto, cumpre ressaltar que, no direito brasileiro, a cláusula penal é um pacto acessório a uma obrigação principal cuja eficácia está condicionada à ocorrência do inadimplemento da obrigação principal. Desta forma, de pronto surge a primeira diferença acerca das duas figuras: a ausência de subordinação da cláusula de *take or pay* à outra obrigação, pois condiciona o modo de cumprimento da obrigação tornando-se parte da essência da operação econômica firmada.

Para além da ausência de acessoriedade da cláusula de *take or pay*, o direito pátrio entende como necessária a ocorrência do inadimplemento para que a cláusula penal possa surtir efeitos, tanto é que o legislador a incluiu no título do inadimplemento quando da elaboração do Código Civil.

O posicionamento supramencionado é problematizado pela doutrina, bem como a jurisprudência considerando as figuras existentes no ordenamento jurídico pátrio e sua adequação para o deslinde de controvérsias. Assim sendo, cabe relembrar que a cláusula penal é um mecanismo contratual cuja eficácia está condicionada ao inadimplemento absoluto, de uma

---

<sup>32</sup> RIZZI, Antonio. La Clausola Take or pay, op. Cit., pg. 1561.

obrigação. Em ambos os casos, o foco está na faculdade de o credor entender útil, ainda que em atraso, o adimplemento da obrigação podendo esta ser combinada com a multa por atraso na execução do avençado ou optar pela resolução contratual e incidência da cláusula penal compensatória.

A cláusula de *take or pay*, por outro lado, não tem sua eficácia condicionada ao inadimplemento de uma obrigação, pois regula a própria essência da operação jurídica avençada haja vista que seu objetivo é garantir o fornecimento mínimo de determinado produto e fluxo financeiro constante que justifique o investimento realizado. Desta forma, a motivação dos contratantes é diversa ao optar pela inclusão de cada uma das figuras em contrato.

O exposto acima demonstra que a inclusão da cláusula penal tem como objetivo prever os danos sofridos pelo credor em caso de inadimplemento, razão pela qual a cláusula penal se torna ineficaz caso ocorra o adimplemento da obrigação de acordo com o avençado. Caso a cláusula de *take or pay* fosse entendida como cláusula penal, também deveria seguir tal preceito, o que parece ir contra sua própria essência: regular a forma com que a compra e venda diferida em dado período ocorrerá.

Importante ressaltar que a doutrina contemporânea demonstra consenso quanto à não ocorrência das duas características principais das cláusulas penais nas cláusulas de *take or pay*<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Vitor Silveira Vieira aduz que: "A cláusula de *take or pay* não é qualificável como cláusula penal porque não pressupõe inexecução nem requer a presença da culpa, conforme o requer, expressamente, a cláusula penal. Conforme já destacado, intenção das partes com a cláusula de *take or pay* é de prever contraprestação fixa em relação a nível mínimo de prestação, restando irrelevante o consumo ou utilização do bem ou serviço. Trata-se de obrigação contratual; não penalidade. Caso, ao contrário, fosse caracterizada como penalidade, o contrato e a cláusula acabariam desnaturados pois não seria atendida a finalidade precípua de possibilitar investimentos". Em sentido similar, Pedro Lins Conceição de Medeiros entende as cláusulas de *take or pay* como obrigações alternativas e, assim sendo, faz a seguinte separação entre as figuras: "Denota-se, então, que a tutela das cláusulas penais compensatórias, quer no Brasil ou no Reino Unido, não incide sobre as denominadas obrigações alternativas, dado que não possui como escopo intervir no conteúdo do negócio jurídico celebrado pelas partes,

- acessoriedade e eficácia condicionada ao inadimplemento da obrigação principal - e, "afastados esses dois elementos essenciais, não se pode classificá-la como cláusula penal"<sup>34</sup>.

Cabe continuar o exercício hermenêutico problematizando a natureza da cláusula de *take or pay*, caso entendida com cláusula penal: seria ela compensatória ou moratória? Considerando-a como compensatória, substituiria a própria obrigação. Contudo, neste cenário, vale mencionar que o artigo 412, CC/35, no qual há menção de que a cláusula penal não pode exceder o valor da obrigação principal, bem como o parágrafo único do artigo 416/36 no qual a cláusula penal opera como indenização mínima para os danos sofridos e, caso as partes assim expressamente convençionem, possibilita a ocorrência do pleito de indenização suplementar.

Ponto nevrálgico da comparação proposta se vislumbra na automática incidência da redução equitativa da cláusula penal pelo magistrado, caso entenda que a obrigação tenha sido parcialmente cumprida ou que o montante avançado seja manifestamente excessivo - tal como disposto no artigo 413, CC. Importante ressaltar que o pagamento parcial do fornecimento não protege o fornecedor no que concerne à realização de investimentos para que fosse viabilizado o fornecimento, sendo que o comprador conta com a possibilidade de retirar a totalidade do volume acordado sem que haja oscilação em seu preço.

Na hipótese de incidência do artigo 413 do Código Civil,

---

mas apenas disciplinar as consequências atribuídas à sua eventual inexecução".

<sup>34</sup> Campos Melo, Leonardo de. "Cláusula Take-or-Pay: Natureza Jurídica." *Academia*, 2020.

<sup>35</sup> Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

<sup>36</sup> Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convençionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.



porém, haveria diminuição do grau de previsibilidade e determinação da operação jurídica, de modo a ir de encontro à racionalidade motivadora das partes em inserirem a figura no contrato.

Na hipótese supracitada, o valor estabelecido na cláusula de *take or pay* operaria como montante mínimo a ser pago pelo comprador pelo produto fornecido. Assim sendo, tendo presente o disposto na atual redação do artigo 113, do Código Civil, pode-se considerar que a racionalidade econômica do valor da prestação seria afetada caso se reputasse possível mitigar o valor estabelecido pelas partes. Em essência, a noção proposta afastaria por completo a própria intenção das partes em inserir em seu negócio a cláusula de *take or pay*.

Frente ao exposto não parece ser adequado entender as cláusulas de *take or pay* como cláusulas penais, por força do que concerne à sua classificação, haja vista que ausente acessoriedade da cláusula de *take or pay* a outra obrigação do contrato. Ademais, no que concerne à sua eficácia, não parece ser possível enquadrá-la na função compensatória ou moratória. Trata-se, em síntese apertada, de uma disposição que possui função de garantia, ao estabelecer, como acima se afirmou, um valor mínimo de pagamento no quadro do fornecimento estabelecido entre as partes, razão pela qual em essência, não se assemelha à cláusula penal<sup>37</sup>.

Desse modo, no âmbito específico do presente tópico, a invocação do disposto no artigo 413, do Código civil, para fins de controle judicial do valor mínimo estabelecido, iria de encontro à própria essência da cláusula de *take or pay*.

#### 4. A RELAÇÃO DA CLAUSULA TAKE OR PAY COM A TEORIA GERAL DO CONTRATO

O direito romano constitui ponto basilar para o

---

<sup>37</sup> No mesmo sentido no direito italiano ver RIZZI, Antonio. La Clausola Take or pay. op. Cit, p. 1560.

entendimento de contrato. Neste sentido, menciona-se que somente os contratos obrigatórios, ou seja, aqueles aptos a criarem e extinguirem obrigações, eram aceitos na concepção romanística como capazes de produzir efeitos. Veja-se que nesta tradição, o que faz surgir a obrigação é o elemento objetivo – formalidades ou entrega da coisa – e não o elemento subjetivo, acordo de vontade<sup>38</sup>.

No elemento volitivo, tão caro para o direito moderno, configura-se uma das maiores diferenças entre o direito romano e a concepção moderna. Hodiernamente, entende-se o contrato, de forma estrita, como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos<sup>39</sup>”. Sendo possível ver, com clareza, a importância dada à vontade para que haja a vinculação dos contratantes.

O entendimento mencionado vem ao encontro das noções introduzidas pela doutrina clássica de que todos são iguais perante a lei e que devem ser igualmente tratados, com a consequência, na esfera jurídica e negocial, de o contrato ser o instrumento, por excelência, da vida econômica<sup>40</sup>. Tem-se presente que essa noção clássica convive, contemporaneamente, com a presença da noção de justiça contratual<sup>41</sup>, disposta no Código civil brasileiro, por exemplo, no artigo relativo à função social do

---

<sup>38</sup> ALVES, José Carlos M. *Direito Romano*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640645. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil: Contratos* - Vol. III. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643387. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643387/>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>40</sup> Ver, por exemplo, GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>41</sup> Nesse sentido, ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Impacto da Pandemia da Covid-19 para a teoria do contrato no Direito civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidarista de relação contratual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020, p. 421 ss.

contrato. Há que se observar, porém, que essa percepção há que ser sopesada nas hipóteses em que se parte da premissa de contratos paritários, adotada na atual formulação do Código Civil Brasileiro.

Observe-se, ainda necessidade de regramento de situações *sui generis* da atividade econômica configura o fundamento para a criação de inovações técnicas do cenário contratual, como serve de exemplo a cláusula de *take or pay*<sup>42</sup>. A figura, conforme já explicitado, tem sido bastante difundida no setor de energia considerando tanto a demanda de fornecimento constante, quanto a necessidade de investimentos para a concreção do objetivo comum.

A premissa exposta diz respeito a função econômica do contrato considerando sua atribuição precípua de garantir que os sujeitos regulem com segurança seus interesses. O Código Civil brasileiro apresenta uma série de tipos contratuais, contratos típicos, para que os sujeitos promovam a circulação de riqueza e garantam o atingimento de seus interesses econômicos. Apesar da diversidade de tipos contratuais existentes, a vida econômica se desdobra de maneira que determinadas previsões não se enquadram nos preceitos previamente regradados pelos legisladores fazendo com que seja necessária a configuração de contratos mediante previsões atípicas, distintas do paradigma legal disciplinado pelo Código Civil, consoante o disposto no art. 425, CC<sup>43</sup>.

A cláusulas de *take or pay* no cenário da Teoria Geral do Contrato está inserida, portanto, na lógica da atipicidade haja vista a ausente disposição específica acerca de seu funcionamento no ordenamento pátrio e no cenário jurídico internacional em geral.

---

<sup>42</sup> Ver, por exemplo, GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>43</sup> Ver, por exemplo, GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 26 set. 2022.

As operações econômicas entabuladas entre os contratantes fazem nascer necessidades específicas que precisam ser acomodadas e regradas juridicamente quando da celebração dos contratos. Nesta situação, são criados regramentos atípicos para promover a segurança jurídica dos contratantes de forma a conciliá-la com as necessidades oriundas da relação jurídica que as partes pretendem regular.

#### 4.1 A CLÁUSULA TAKE OR PAY E A INCIDÊNCIA DA FORÇA MAIOR E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Tendo como premissa que a cláusula *take or pay* incide em contratos de fornecimento de longa duração, pode surgir a pergunta se a parte pode invocar as figuras de onerosidade excessiva e ou força maior.

Cuida-se de tema de inequívoco interesse na literatura estrangeira, sendo em princípio admitido, desde que preenchidos os estritos requisitos exigidos para ambas as figuras<sup>44</sup>.

*Prima facie*, essa possibilidade não pode ser previamente afastada no direito privado brasileiro, na medida em que o Código civil brasileiro não a exclui ao estabelecer a disciplina da teoria geral do contrato.

É certo que a partir da Lei de Liberdade econômica, estabeleceu o legislador um quadro distinto para a teoria geral do contrato, relativamente à moldura concebida pelo codificador. Nos termos do artigo 421-A, do Código civil, há que se partir do pressuposto que os contratos empresariais, como é o caso dos contratos de fornecimento de energia, configuram-se como contratos paritários, razão pela qual há que se privilegiar a autonomia da vontade dos contratantes, tendo sido expressamente

---

<sup>44</sup> Ver, por exemplo, BOUKIDER, Samir. [Algerie] Qualification juridique de la clause « Take or Pay » en droit des contrats. *Village de la Justice*, 05.01.2021. <https://www.village-justice.com/articles/fonctionnement-qualification-juridique-clause-take-pay-droit-des-contrats,37637.html>

disposto que a revisão contratual tem caráter excepcional<sup>45</sup>

A jurisprudência nacional teve a oportunidade de examinar questões relacionadas ao contrato de fornecimento de energia. É o caso de questão enfrentada pelo Tribunal de São Paulo em virtude da pandemia da COVID-19 na Apelação de nº 1038094-93.2020.8.26.0100. O julgamento teve como origem o pedido de revisão de contrato de fornecimento de energia entre Condomínio do Shopping Center Jardins contra a CPFL Comercialização Brasil S.A no qual fora inserida cláusula de take or pay.

Face à situação exposta, entendeu-se cabível a revisão contratual, considerando a crise nas atividades econômicas do autor, comércio varejista, e o interesse na manutenção da relação jurídica. Assim sendo, foi determinado que, enquanto perdurassem as restrições estatais, o consumo de energia deveria ser adstrito ao efetivamente utilizado pelo Condomínio Shopping Center Jardins<sup>46</sup>.

Observa-se, da análise da decisão, a prevalência da opção pela justiça contratual, e, em especial pelo solidarismo contratual<sup>47</sup>, recorrendo o Judiciário tanto à fórmula da onerosidade

---

<sup>45</sup> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

<sup>46</sup> A decisão teve como embasamento: “Apesar da resistência da Concessionária, o fato é que a Pandemia da COVID-19 se enquadra como fato superveniente extraordinário e imprevisível desencadeador de onerosidade excessiva, que autoriza a revisão para reequilibrar a relação contratual. Ainda que se desconsidere a teoria da imprevisão, a quebra da base do negócio jurídico se acha patente, a autorizar, conforme os artigos 317 e 422 do Código Civil, a modificação do valor devido a título de consumo de energia pelo período reconhecido quando do sentenciamento”.

<sup>47</sup> Nesse sentido, ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Impacto da Pandemia da Covid-19 para a teoria do contrato no Direito civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidarista de relação contratual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020, p. 421 ss.

excessiva, prevista no artigo 478, como também à previsão do artigo 317<sup>48</sup>, ambos do Código civil.

Pondere-se que a disposição acima indicada do artigo 421-A, do Código civil, ao mesmo tempo que explicitou o caráter excepcional da revisão contratual, não indicou quais seriam os seus pressupostos. Desse modo, há que se considerar apropriado invocar o disposto no artigo 478, cuja redação contempla quatro pressupostos para que o devedor possa ingressar com pleito de onerosidade excessiva: a) contratos de execução continuada ou diferida; b) prestação excessivamente onerosa para uma das partes; c) extrema vantagem para a outra e d) ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Diante desse quadro, poder-se-ia indagar se no cenário da COVID-19 está efetivamente presente o pressuposto de ocorrência de extrema vantagem para a parte credora, o que implicaria a não aplicação do dispositivo<sup>49</sup>.

Além disso, cabe aqui observar que a finalidade precípua do referido artigo 317, era a de abrandar o princípio do nominalismo e a questão da incidência de desvalorização da moeda, a fim de assegurar a equivalência entre valor nominal da prestação e seu valor real<sup>50</sup>. Em essência, não é essa a problemática do devedor na atualidade, pois, em princípio, não sofre ele uma desproporção da prestação<sup>51</sup>.

Desse modo, pode-se questionar a aplicabilidade desses dispositivos ao caso, pois, conforme já mencionado, a cláusula

---

<sup>48</sup> Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>49</sup> Ver ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A Teoria da Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 41, 2014, p. 235 ss.

<sup>50</sup> Sobre o tema, ver COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, op. Cit., p. 186 e ss.

<sup>51</sup> Cf. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Impacto da Pandemia da Covid-19 para a teoria do contrato no Direito civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidarista de relação contratual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020, p. 421 ss.

de take or pay corresponde a uma prestação inserida em contratos usualmente empresariais. Muito embora a pandemia tenha ocasionado em alguns contratos perturbações na execução da prestação pactuada, há que se considerar que a premissa de ser um contrato empresarial deveria conduzir à conclusão de que os riscos assumidos pelas partes deveriam prevalecer sobre eventuais perturbações decorrentes de fatores externos durante o tempo transcorrido entre a conclusão do negócio e sua execução.

No que concerne, ainda, ao artigo 317, CC, sustenta-se na doutrina que a premissa para a sua aplicação consistiria em que a prestação a ser ajustada deve ser pecuniária haja vista a opção do legislador em utilizar a expressão "valor da prestação" e correção para o "valor real"<sup>52</sup>, o que não se configuraria na hipótese prevista pela cláusula take or pay.

Caso houvesse aplicação restritiva do art. 317, CC, ou seja, incidência somente em prestações pecuniárias, o pleito de correção da prestação somente poderia ser feito pelo comprador - nos casos que haja previsão da cláusula de take or pay. A importância da repercussão dessa orientação consiste, assim, na possibilidade de manutenção do pactuado, mesmo que com interferência do julgador para buscar que seja assegurado o valor real da prestação.

De qualquer modo, em linha de princípio, observa-se que a atual diretriz do Código civil ressalta a excepcionalidade da revisão, sendo estritos os pressupostos do artigo 478, o que se aplica ao disposto na cláusula *take or pay*.

#### 4.2 COLMATAÇÃO DE LACUNAS E CLÁUSULA TAKE OR PAY

A inserção de cláusulas de *take or pay* em um contrato sugere que as partes o tenham negociado e entendido a álea usual

---

<sup>52</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*, São Paulo, ed. Almedina, 2020, p. 1ss.

de mercado ao qual estão inseridas, bem como que alocaram os riscos da forma que julgaram atender seus interesses. Há que se ter presente, porém, que contratos tendem a incompletude haja vista que não seria economicamente viável que as partes inserissem remédios para todas as situações que, no futuro, pudessem ocorrer, bem como sobre a forma com que iriam resolver tais impasses<sup>53</sup>

Na doutrina, as lacunas contratuais - sinteticamente entendidas como ausência de disposição prevendo determinada situação<sup>54</sup> - podem ser entendidas sob duas óticas, quais sejam as lacunas que foram propositalmente deixadas pelas partes ou quando houve ausência de previsão, por parte dos contratantes, da situação que a originou.

A referida classificação possui relevância, pois na primeira situação as partes "concordaram em discordar" para que o contrato fosse firmado e, posteriormente, a lacuna fosse colmatada<sup>55</sup>; em sentido diverso, na segunda situação, a lacuna surge como algo indesejado pelas partes, uma patologia do próprio contrato<sup>56</sup>.

Relativamente ao tema, cumpre pontuar que a Lei de Liberdade Econômica, no conteúdo estabelecido para o artigo 113, § 2º, possibilitou às partes a pactuação de regras de

---

<sup>53</sup> POSNER, Richard A. *The Law and Economics of Contract Interpretation*. *Texas Law Review*, Texas, v. 83, p. 1581-1614, 2004.

<sup>54</sup> Na doutrina, conceitua-se lacuna contratual como a situação em que inexistente parcela do regulamento contratual, quando faltar regra jurídica necessária à relação subjacente; ou, em sendo o conteúdo contratual informado por um conjunto diverso de fontes (autonomia privada, lei costumes e boa-fé objetiva), lacuna haverá apenas quando o conteúdo total do contrato não apresentar disciplina. Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas Contratuais e Interpretação: História, conceito e método*. 1. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2019, pg. 188 ss.

<sup>55</sup> Cf. Richard Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, op. Cit., p. 1581: Deliberate ambiguity may be a necessary condition of making the contract; the parties may be unable to agree on certain points yet be content to take their chances on being able to resolve them, with or without judicial intervention, should the need arise. It is a form of compromise like "agreeing to disagree".

<sup>56</sup> NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas Contratuais e Interpretação*, op. Cit., p. 188ss.



interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

No que tange às cláusulas de *take or pay*, reputa-se oportuna a inclusão de cláusulas, como as sugeridas acima, nas quais as próprias partes supram lacunas por expressa deliberação e o critério de sua colmatação pelo intérprete. Na verdade, a partir da nova redação dada ao aludido artigo 113, do Código Civil, demonstra-se ser possível a indicação, pelas partes, de qual regime jurídico o intérprete deverá observar para a resolução da controvérsia.

A colmatação de lacunas pelas partes a priori tem como finalidade, em essência, a delimitação do grau de intervenção judicial e/ou as repercussões do inadimplemento. Nesse sentido, poder-se-ia indagar se as partes poderiam então dispor, expressamente, sobre a natureza da interpretação dada à cláusula *take or pay*, bem como estabelecer, igualmente de forma expressa, acerca da impossibilidade de redução pelo juiz do valor mínimo estabelecido para pagamento.

Caberia, aqui, ainda suscitar se as partes poderiam subsequentemente referir, de modo taxativo, que a aplicação do artigo 413 do Código civil estaria vedada à disposição da cláusula *take or pay*.

Essa questão, porém, não é de fácil resolução, na medida em que se vislumbrou que o referido preceito possui caráter de norma cogente, de modo que caberia a pergunta se o poder atribuído às partes pela Lei de Liberdade Econômica, no artigo 113, do Código Civil, vai ao ponto de permitir que elas afastem dispositivos de ordem pública.

No direito francês, por exemplo, a reforma realizada no âmbito do direito contratual, contempla previsão expressa, no artigo 1104, que o princípio da boa-fé tem natureza de ordem pública<sup>57</sup>. Essa disposição tem sido entendida no sentido de que

---

<sup>57</sup> “Art. 1104. Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d’ordre public”.

as partes não possuem autonomia para descartar a boa-fé<sup>58</sup>.

Muito embora se possa sustentar que na hipótese em que o legislador brasileiro não diferenciou, não caberia restrição por parte do intérprete - ainda mais em se tratando de contratos empresariais - paritários por definição -, é possível vislumbrar que essa esfera de extrema liberdade possivelmente não será deferida pela justiça brasileira às partes, especialmente permeada pela noção de justiça contratual.

Por outro lado, mesmo tendo sido explicitamente afastado o enquadramento da cláusula de *take or pay* como cláusula penal - diante dos motivos já expostos - cabe o questionamento se as partes, por precaução diante do posicionamento doutrinário em sentido contrário, poderiam então regular a possibilidade de incidência de valor de indenização superior ao valor estabelecido no conteúdo da disposição contratual reputada como cláusula penal compensatória. Trata-se, na verdade, de questão versada na doutrina de modo crítico, que vislumbra até mesmo situação de inconstitucionalidade, sob o fundamento de privilegiar a posição do credor<sup>59</sup>.

Muito embora seja perceptível o fundamento da orientação restritiva, pode-se considerar viável essa possibilidade de autonomia para as partes, se elas acordem na inserção da redução automática da cláusula penal em caso de adimplemento parcial fazendo com que seu campo de incidência esteja condicionado tão-somente à parcela ainda pendente de execução. A opção por inserir tal disposição no negócio jurídico opera como uma espécie de colmatação de lacuna, oriunda da própria legislação, e estaria em harmonia com o precedente acima indicado do Superior Tribunal de Justiça, que aplicou o preceito redutivo de cláusula penais precisamente em hipótese de adimplemento parcial.

---

<sup>58</sup> Sobre o tema ver, por exemplo, CHANTEPIE, G.; LATINA, Mathias. *Le nouveau droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2a ed., 2018, p. 107.

<sup>59</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017. 232 p.

## CONCLUSÃO

A sintética tratativa exposta no presente trabalho tem presente, em primeiro lugar, a constante importação na vida contratual brasileira de dispositivos decorrentes do direito anglo saxão.

Em segundo lugar, considera-se necessário examinar e ressaltar os casos específicos de disposições contratuais, em uma palavra as cláusulas, pelas quais as partes procuram enquadrar e regular com a maior exatidão possível, certas vicissitudes passíveis de surgir no percurso contratual. A cláusula *take or pay* representa, portanto, um exemplo ilustrativo dessa dupla tendência, que, como se viu, já está presente e afirmada tanto no âmbito doutrinário como na esfera jurisprudencial do direito privado brasileiro.

A importação de figuras estrangeiras pelas partes, especialmente as que navegam na atividade empresarial, deve ser feita de forma bastante cuidadosa haja vista que elas devem ser confrontadas com a moldura jurídica brasileira, especialmente com a teoria geral estabelecida para o contrato pelo Código civil brasileiro atual.

Nesse sentido, verifica-se ser instigante o debate que se procurou traçar entre a moldura estabelecida pela cláusula *take or pay*, prevista para um determinado tipo de contrato, e para uma específico caso de operação econômica, e a concepção de contrato contida no direito civil brasileiro.

Não se desconhece no presente trabalho que a teoria geral do contrato estabelecida no Código civil brasileiro parte da premissa de valorização e reconhecimento da justiça contratual, como se pode verificar da presença central do princípio da boa-fé, de um lado, e de outro da referida previsão que permite ao juiz reduzir a cláusula penal.

Tendo em vista, porém, a atipicidade da cláusula,

premissa para a sua compreensão, torna-se redutivo pretender qualificá-la como uma cláusula penal, na medida a demonstrada especificidade dessa disposição e as características da cláusula *take or pay*, vinculadas a um contrato de fornecimento.

A par disso, a concepção primária do Código civil deve ser atualmente sopesada no âmbito empresarial, tendo em vista a previsão decorrente da Lei de Liberdade Econômica, que estabeleceu a premissa de paridade entre as partes nessa espécie contratual. Somente em casos específicos, cujo ônus incide para a parte insurgente, deverá, portanto, ser excepcionada a previsão contratual da cláusula *take or pay* disposta pelas partes.

Em essência, cuida-se de uma orientação que, ao mesmo tempo em que leva em consideração as premissas básicas da teoria geral do contrato contidas no direito civil brasileiro, tem presente a dinamicidade contratual contida no poder das partes, igualmente reconhecida na possibilidade em nosso ordenamento jurídico e na teoria do contrato, no sentido de elas configurarem previsões atípicas correspondentes às operações econômicas presentes na esfera negocial.



## BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos M. Direito Romano. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640645. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 26 set. 2022.
- AMATO, Paolo. Contratti tra imprenditori all'interno della filiera produttivo-distributiva: La Tutela delle parti tra clausole da inserire e gli Incoterms 2020. [http://tesi.luiss.it/27292/1/136893\\_AMATO\\_PAOLO.pdf](http://tesi.luiss.it/27292/1/136893_AMATO_PAOLO.pdf)

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A Teoria da Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 41, 2014, p. 235 ss.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre o enquadramento da clausula earn out na teoria geral do contrato de compra e venda. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O Impacto da Pandemia da Covid-19 para a teoria do contrato no Direito civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidarista de relação contratual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, 2020, p. 421 ss.
- BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, 2007.
- BIANCHI, Marco. Contratti internazionali di compravendita e somministrazione – Sales Agreements and Long-Term Supply Agreements. Giuffrè, 2019.
- BOUKIDER, Samir. [Algerie] Qualification juridique de la clause « Take or Pay » en droit des contrats. *Village de la Justice*, 05.01.2021. <https://www.village-justice.com/articles/fonctionnement-qualification-juridique-clause-take-pay-droit-des-contrats,37637.html>
- CAMPOS MELO, Leonardo de. “Cláusula Take-or-Pay: Natureza Jurídica.” Academia, 2020.
- CASSETTARI, Christiano. Multa contratual. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.
- CHANTEPIE, G.; LATINA, Mathias. Le nouveau droit des obligations, Paris, Dalloz, 2a ed., 2018, p. 107.
- COUTO E SILVA, Clóvis. V. do. A Obrigação como Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- CRETI, Ana; VILLENEUVE, Bertrand. Longterm contracts and take-or-pay clauses in natural gas markets. *Energy*

- Study Reviews*, v. 13, n. 1, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 26 set. 2022.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2021
- HOLLAND, BEN. Enforceability of take or pay provisions in English contracts – resolved. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2016, p. 1 ss.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: ed. Almedina, 2020.
- MARQUEZ, Rafael Batista. *Cláusula de take or pay em contratos de longo prazo*, São Paulo, 2018.
- MASTEN, Scott E.; CROCKER, Keith J. Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 5, 1985.
- MEKKI, Mustapha. Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés. II. Les clauses. <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/12/partie-II-les-clauses.pdf>
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas Contratuais e Interpretação*. 1. ed. São Paulo. ed. Quatier Latin.
- PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições de Direito Civil: Contratos - Vol. III*. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643387. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643387/>. Acesso em: 26 set. 2022.
- POSNER, Richard A. The Law and Economics of Contract Interpretation. *Texas Law Review*, Texas, v. 83, p. 1581-1614, 2004.

- RIZZI, Antonio. *La Clausola Take or Pay*. CONFORTINI, Massimo. *Le Clauseole Negoziale*. UTET, Torino, 2017.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020. 496 p.
- STJ, RECURSO ESPECIAL: REsp 1.617.652/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ: 26.09.2017
- STJ, RECURSO ESPECIAL: REsp 1.898.738/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ: 23/03/2021.
- TERRÉ, François. *L'américanisation du droit*. *Archives de philosophie de droit*, tome 45, 2001, Paris, Dalloz.
- TJRS, Apelação Cível, nº 70054145420, 20ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, DJ. 27/03/2019.
- TJRS, Apelação Cível, nº 70083315812, 17ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Giovanni Conti, DJ. 19/12/2019.
- TJSP, Apelação Cível nº 990.10.208588-0, 28ª Câmara Cível do TJSP, Rel. Des. Celso Pimentel, DJ. 09/11/2010.
- TJSP, Apelação nº 0003749-68.2011.8.26.0445, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Relator: Pedro Baccarat, DJ. 16/03/2018.
- VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. *Revista de Direito Privado*, v. 106, p. 101-150, out-dez 2020.
- WILLIAMSON, Oliver. *Transaction-Cost Economics: The Governance of contractual relation*. *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979.