

## A DETERMINAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA TAKE-OR-PAY E SEUS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO

### DETERMINING THE LEGAL NATURE OF TAKE-OR-PAY CLAUSE AND ITS EFFECTS ON BRAZILIAN LAW

Giovana Durli Torres\*

#### RESUMO

A cláusula *take-or-pay* é comumente utilizada na prática comercial nacional e global, mas compreende posicionamentos divergentes quanto a sua natureza jurídica. O objetivo do presente estudo é analisar as teses predominantes de qualificação jurídica para a cláusula *take-or-pay* socialmente típica e os efeitos de sua adoção sob a perspectiva do Direito Civil Brasileiro. Para isso, apresenta-se o contexto histórico-fático da cláusula, bem como o conteúdo de sua concepção socialmente típica e sua função econômica, valendo-se de contextualizações mercadológicas e elementos doutrinários e jurisprudenciais. Confronta-se as teses examinadas a partir da racionalidade econômica da cláusula *take-or-pay* e da alocação de riscos que performa.

**Palavras-chave:** Cláusula *take-or-pay*. Contratos. Autonomia privada. Tipicidade social. Alocação de riscos. Obrigações. Obrigação de garantia.

#### ABSTRACT

The take-or-pay clause is commonly used in national and global commercial practice, but it comprises divergent positions as to its legal nature. The purpose of this study is to analyze the prevailing theses of legal qualification for the socially typical take-or-pay clause and the effects of its adoption from the perspective of the Brazilian Civil Law. Thereunto, the historical-factual context of the clause is presented, as well as the content of its socially typical conception and its economic function, resorting market contexts and doctrinal and jurisprudential elements. The examined theses are confronted based on the economic rationality of take-or-pay clause and the risk allocation that it performs.

**Key words:** Take-or-pay clause. Contracts. Private Autonomy. Risk allocation. Economic rationality. Liquidated-damages clause. Alternative obligation. Guarantee Obligation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Contextualização histórico-fática da cláusula *take-or-pay*; 3. Tipicidade social da cláusula *take-or-pay*; 4. Função econômica da cláusula *take-or-pay*; 5. Natureza jurídica da cláusula *take-or-pay* socialmente típica e seus efeitos; 5.1. A cláusula *take-or-pay* como cláusula penal; 5.2. A cláusula *take-or-pay* como obrigação alternativa; 5.3. A cláusula *take-or-pay* como cláusula de garantia; 6. Possíveis mecanismos contratuais de mitigação dos riscos alocados pela cláusula *take-or-pay*; 7. Considerações finais.

---

\* Graduanda do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade. E-mail: giovanadurlitorres@gmail.com. Orientada por André Fernandes Estevez. Professor Adjunto do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: andre.estevez@puccrs.br.

## 1. INTRODUÇÃO

A cláusula *take-or-pay* é tipicamente definida como a cláusula por meio da qual o comprador se obriga a pagar por uma quantidade mínima de produção especificada contratualmente, mesmo que o insumo não seja entregue ou consumido<sup>1</sup>. Trata-se de disposição contratual comumente utilizada na prática comercial nacional e global, em especial nos contratos de fornecimento de gás natural, que, apesar de carecer de uma tipicidade legal no Direito Brasileiro, detém tipicidade social, de forma que seu conteúdo e função são conhecidos pelos agentes econômicos.

A cláusula *take-or-pay* equaciona, a um só tempo, a disponibilidade de determinada quantidade mínima do produto ou serviço contratado sob um preço fixo, a garantia de pagamento de determinado valor mínimo, com a consequente compensação dos investimentos desembolsados, e a diluição dos riscos a que está sujeito o contrato. Assim, confere elevada segurança e previsibilidade ao contrato.

Com a gradativa judicialização de contratos com cláusula *take-or-pay*, tanto na jurisdição nacional como na estrangeira, visando desde a revisão dos valores da cláusula até a declaração de sua invalidade, passou-se a debater qual seria a sua qualificação jurídica e os respectivos efeitos jurídicos que resultariam de tal definição. No entanto, a discussão acerca da natureza jurídica da cláusula *take-or-pay* resultou em posicionamentos divergentes nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Não há, ainda hoje, um entendimento pacificado quanto ao tema, o que implica, naturalmente, em insegurança jurídica, mormente em havendo desinteresse na manutenção dos termos da cláusula *take-or-pay*, com a consequente busca de sua revisão contenciosa.

Sob o prisma do Direito Civil Brasileiro, o debate predominante compreende três teses de qualificação jurídica para a cláusula *take-or-pay*, quais sejam a de que seria uma cláusula penal, a de que caracterizaria obrigações alternativas e, ainda, a de que seria uma cláusula de garantia. O presente estudo busca o exame das três teses referenciadas ao mesmo tempo em que confronta os possíveis efeitos jurídicos do acatamento da respectiva qualificação jurídica.

Para melhor proceder à análise da natureza jurídica da cláusula *take-or-pay*, serão apresentadas, inicialmente, a sua contextualização histórico-fática, a sua concepção socialmente típica e a sua função econômica. Ao longo do estudo, valer-se-á tanto de elementos obtidos junto à doutrina e jurisprudência brasileira, como também junto à estrangeira, haja vista certa limitação em quantidade e variedade para o alcance de análises nacionais aprofundadas sobre o tema. Ainda, no que couber, as proposições serão lastreadas em exemplos fático-mercadológicos, sem a pretensão de seu esgotamento.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-FÁTICA DA CLÁUSULA TAKE-OR-PAY

A cláusula *take-or-pay* é especialmente comum em meio ao comércio de gás natural e nele encontra a sua origem, sendo essencial a elucidação da conjuntura existente quando de seu desenvolvimento para uma apurada compreensão de sua função econômica e de sua qualificação jurídica.

---

<sup>1</sup> Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: *The American Economic Review*, v. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association. p. 1083

Os contratos de fornecimento de gás são, em regra, de longa duração. Tal característica implica em um diferimento da prestação no tempo e em uma particular relação deste para com a execução contratual, tornando o contrato mais suscetível à problemática da adaptação às circunstâncias<sup>2</sup>. De qualquer sorte, a extensa durabilidade do negócio importa, naturalmente, em um maior risco de sobrevirem fatos que causem impactos em sua economia, de forma que, via de consequência, maior é a latitude de modificações circunstanciais abarcadas no risco assumido a partir de sua celebração<sup>3</sup>. Especificamente nos contratos do comércio de gases, como também em outros que passaram a adotar a cláusula em debate, há uma notória exposição às flutuações nos âmbitos de demanda, produção e precificação, o que gera uma maior necessidade de adaptação contratual nestas dimensões.

O gás natural se trata de um produto de baixa liquidez em razão das características da infraestrutura de transporte e do desenvolvimento dos mercados consumidores, os quais demandam vultosos investimentos<sup>4</sup>. A extração de gás requer substanciais investimentos locais em instalações e equipamentos<sup>5</sup>. Agravando esta conjuntura, existe a possibilidade de o gás natural se perder caso não consumido, frente ao processo de fabricação e armazenagem, o que exige uma correspondência entre a produção e a demanda<sup>6</sup>. Ainda, cada um dos ativos da cadeia produtiva da indústria do gás natural é independente e essencial para que possa haver o consumo final, o que resulta em elevada relevância para uma partilha da receita total que garanta que todos os agentes econômicos envolvidos tenham o retorno adequado de seus investimentos<sup>7</sup>.

Tais circunstâncias, somadas à incerteza quanto às condições futuras de mercado e o perigo envolvido no comprometimento de capital<sup>8</sup>, evidenciam, por si só, a indispensabilidade do recurso a contratos de longo prazo, que contenham cláusulas aptas a diluir os riscos envolvidos em cada etapa da cadeia produtiva e a garantir a compensação dos investimentos despendidos. Todavia, condições ainda mais específicas tornaram essa necessidade mais latente em meio ao comércio de gás natural nos Estados Unidos, na década de 1960.

Antes de 1960, nos Estados Unidos, flutuações na demanda de gás natural, que crescia significativamente no inverno em razão de ser usado para aquecer as

---

<sup>2</sup> MARTINS-COSTA, Judith, SILVA, Paula Costa e. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**. Porto Alegre: Quarter Latin, 2020 p. 76-77

<sup>3</sup> ZANETTI, Cristiano de Souza. O risco contratual. *In*: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JR, Otavio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 465

<sup>4</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006, p. 249.

<sup>5</sup> Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: The American Economic Review, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association.

<sup>6</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 103.

<sup>7</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006. p. 250-251.

<sup>8</sup> Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: The American Economic Review, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association. p. 1085

residências, geraram notáveis dificuldades financeiras para os produtores<sup>9</sup>. Para suportar os picos de inverno, os compradores adquiriam abundante quantidade de gás natural da capacidade produtiva dos produtores, insistindo, ainda, que os produtores dedicassem determinados poços ou reservatórios com exclusividade para atender os seus contratos e garantir a disponibilidade constante do insumo<sup>10</sup>. Ocorre que, na medida em que não havia a imposição de aquisição do gás natural, os compradores deixavam de comprá-lo nos períodos de baixa demanda<sup>11</sup>. Assim, frente à cláusula de exclusividade, os produtores se viam impossibilitados de vender o gás natural produzido, resultando, em muitos casos, em uma irrecuperabilidade dos custos de perfuração, exploração e operação<sup>12</sup>.

É nesse contexto que surge a cláusula *take-or-pay*, que exigia que o comprador adquirisse uma quantidade mínima de gás natural a cada determinado período, independentemente de ter ou não retirado o produto<sup>13</sup>. Desse modo, garantia-se não só a disponibilidade do produto aos compradores, mas também que fosse percebida certa receita anual ou mensal pelos produtores, mesmo em períodos de baixa da demanda, alocando o risco da deterioração do mercado ao comprador<sup>14</sup>.

Assim, depreende-se que a justificabilidade e a relevância da cláusula *take-or-pay*, desde seu nascimento, encontra guarida no interesse dos contratantes por um mecanismo jurídico que garanta um fluxo financeiro estável, consistente com os investimentos envolvidos na praticabilidade do negócio jurídico, especialmente em mercados nos quais o financiamento do projeto envolve elevados riscos, tal qual o mercado de gás natural.

Contudo, durante a década de 1970, a queda dos preços do gás natural no mercado americano tornou o preço prefixado desvantajoso na maioria dos casos e, via de consequência, muitos compradores intentaram minimizar a sua responsabilidade mediante a renegociação dos contratos ou a instauração de litígios para revisar os valores da cláusula *take-or-pay* ou declará-la inválida<sup>15</sup>. No Brasil, alegações de invalidade ou abusividade da cláusula *take-or-pay* já restaram

---

<sup>9</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 286

<sup>10</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 286

<sup>11</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 286

<sup>12</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 286

<sup>13</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 286

<sup>14</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 188

<sup>15</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 287.

afastadas pela jurisprudência<sup>16</sup>, conquanto subsistam indefinidos os caminhos a serem seguidos quando de sua judicialização. Tais circunstâncias provocaram e provocam a necessidade de melhor compreender a racionalidade da cláusula em estudo e seus contornos jurídicos.

### 3. TIPICIDADE SOCIAL DA CLÁUSULA TAKE-OR-PAY

Não é possível chegar a uma definição taxativa que esgote as possíveis conceituações da cláusula *take-or-pay*. Trata-se de uma cláusula que carece de uma tipicidade legal, isto é, não é encontrada numa disposição de direito positivo<sup>17</sup>, sendo fruto, antes de tudo, do pleno exercício da liberdade contratual, nos contornos da autonomia privada<sup>18</sup>.

No exercício de sua liberdade de contratar, as partes, mediante declaração de vontade, provocam o nascimento de um direito ou obrigam-se, traçando determinada conduta para o futuro<sup>19</sup>, cada qual enquanto “juiz de suas conveniências e interesses”<sup>20</sup>. É a partir do poder advindo da liberdade contratual, especialmente no âmbito dos negócios jurídicos empresariais, que surgem contratos e cláusulas que, embora não reflitam uma delimitação legal específica, correspondem a uma tipicidade social.

Conforme leciona a jurista Paula Andrea Forgioni, há cláusulas “socialmente típicas”, tamanha sua utilização pelos agentes econômicos nos mais variados tipos

<sup>16</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1067703-92.2018.8.26.0100**. Rel. Des. L. G. Costa Wagner, Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado. Julgado em: 11/11/2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1123388-26.2014.8.26.0100**. Rel. Des. Marcos Ramos, Trigésima Sétima Câmara Extraordinária de Direito Privado. Julgado em: 01/03/2018; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AC70079528709**. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 04/09/2019; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC70081797870**. Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, Décima Segunda Câmara Cível. Julgado em: 26/09/2019; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1.0024.09.705351-6/001**, Rel. Des. José Flávio de Almeida, Décima Segunda Câmara Cível. Julgado em: 15/10/2014; MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. **AC1.0024.11.200803-2/001**. Rel. Des. Alberto Diniz Júnior, Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 18/02/2016; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **AgRgemAC0094628-22.2013.8.19.0001**, Rel. Des. J. D. Maria Teresa Pontes Gazineu, Julgado em: 27/05/2015.

<sup>17</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: **contratos**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52

<sup>18</sup> Importa pontuar ser possível encontrar uma conceituação de cláusula *take-or-pay* na Lei n.º 10.312 de 2001, que foi alterada pela Lei n.º 12.431 de 2011, para fins de dispor sobre as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de gás natural canalizado, destinado à produção de energia elétrica pelas usinas integrantes do Programa Prioritário de Termoeletricidade (PPT): Art. 1º, § 4º. Entende-se por cláusula *take or pay* 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. BRASIL. **Lei nº 10.312, de 27 de novembro de 2001**. Dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 21. *E-book*, 9788530986735. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 71. *E-book*, 9788530986735. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

de contratos”, sendo “dispositivos que acabam apostos a vários tipos de negócios jurídicos empresariais, repetindo-se”, tornando conhecidos “seu conteúdo, a função econômica que delas é esperada, bem como os efeitos jurídicos trazidos à luz a partir de tais disposições contratuais”<sup>21</sup>. Assim, ao contrário da tipicidade legal, a social “resulta dos usos e costumes”<sup>22</sup>.

Sob essa perspectiva, bem como lastreando-se em elementos narrados na doutrina e na jurisprudência nacional e internacional, faz-se possível a identificação de um conceito socialmente típico para a cláusula *take-or-pay*. Para a análise de sua tipicidade social, vale-se de sua redação comumente utilizada e de sua função esperada pelos agentes econômicos.

Em meio ao comércio de gás natural, a cláusula *take-or-pay* pode ser tipicamente compreendida como a cláusula por meio da qual o comprador assume a obrigação de pagar por determinada quantidade mínima de gás natural, em dada periodicidade, independentemente de sua retirada para uso<sup>23</sup>, a fim de “assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados na exploração dos campos e tratamento do gás natural ao vendedor/fornecedor do energético”<sup>24</sup>. Em definição apresentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A cláusula de Take or Pay determina a regra pela qual o comprador/importador assume a obrigação de pagar um percentual mínimo sobre a quantidade total contratada de gás natural, em um período de apuração especificado, independentemente do seu efetivo consumo ou da sua internalização neste íterim, objetivando-se assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados na exploração dos campos e tratamento do gás natural ao vendedor/fornecedor do energético<sup>25</sup>.

A recorrência da adoção desta cláusula nesse mercado resta ainda mais evidenciada uma vez que é considerada prática usual adotada no âmbito da

<sup>21</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

<sup>22</sup> Para fins ilustrativos, Fábio Ulhoa Coelho cita o caso da corretagem antes da entrada em vigor do atual Código Civil, já que não havia uma tipificação legal do contrato de serviços de aproximação de potenciais contratantes via um corretor, o que não impedia a possibilidade de estudá-los juridicamente haja vista o “intenso uso de determinada fórmula contratual construída na prática da atividade de corretagem”. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: **contratos**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

<sup>23</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006. p. 252; Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: **The American Economic Review**, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association. p. 1083; MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars**: A Cautionary Analysis for the Future, 27 *Tulsa L. J.* 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 288; MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay**: Natureza Jurídica. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Ci%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Ci%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10/11/2021. p. 1.

<sup>24</sup> BRASIL. **Despacho 562, de 11 de junho de 2008**. Prolatado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

<sup>25</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AC70047852520**. Rel. Des. Liege Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível. Julgado em: 16/08/2012.

indústria do gás natural no Brasil e no exterior pela própria Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”)<sup>26</sup>.

Mas não é só em seu contexto original que se pode constatar a existência da cláusula *take-or-pay* em sua concepção típica. É possível encontrá-la em meio a outros setores comerciais de comercialização de produtos e prestação de serviços, tais quais os setores de comercialização de energia elétrica<sup>27</sup>, de fornecimento de oxigênio<sup>28</sup>, de transporte e logística<sup>29</sup>, de compra e venda de combustíveis<sup>30</sup>, operação portuária e utilização de equipamentos<sup>31</sup>, entre outros.

Em casos envolvendo a comercialização de energia elétrica, o Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) conceituou a obrigação advinda da cláusula *take-or-pay* como a obrigação que “impõe ao comprador que pague pela energia que contratou, independentemente de seu consumo”<sup>32</sup>, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro como o “pagamento de um valor mínimo independente da energia consumida”<sup>33</sup> e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais como a obrigação de “comprador a pagar pela energia contratada, ainda que não haja entrega/consumo efetivo”<sup>34</sup>.

Por essa razão, a cláusula *take-or-pay* pode ser socialmente tipificada em seu sentido amplo<sup>35</sup>, isto é, em seu sentido constatável nos diversos campos comerciais citados, como sendo a cláusula que estabelece a obrigação de uma das partes pagar por determinado volume mínimo do bem ou serviço objeto do contrato, em determinada periodicidade, mesmo que tal quantidade mínima não seja utilizada<sup>36</sup>. Consoante apurado por Vitor Silveira Vieira em seu artigo sobre a

<sup>26</sup> Art. 1º - “É atestado, para os devidos fins, que as cláusulas de Take-or-Pay, Make-up Gas e Ship-or-Pay representam práticas usuais adotadas no âmbito da indústria do gás natural, no Brasil e no exterior”. BRASIL. **Despacho 562, de 11 de junho de 2008**. Prolatado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

<sup>27</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1018362-84.2020.8.26.0114**; Rel. Carlos Dias Motta; 26ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 28/09/2021; DJe: 28/09/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **A12169129-37.2021.8.26.0000**; Rel. Milton Carvalho, 36ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 09/09/2021, DJe: 09/09/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **A12099017-77.2020.8.26.0000**. Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 03/06/2020, DJe: 03/06/2020.

<sup>28</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0104706-11.2012.8.26.0100**. Rel. Adilson de Araujo, 32ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 09/09/2012.

<sup>29</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AgIn2080401-25.2018.8.26.0000**. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, J, Décima Segunda Câmara de Direito Privado. Julgado em: 12/02/2020.

<sup>30</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0124683-56.2007.8.26.0005**. Rel. Des. Hamid Bdine, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em: 27/01/2014. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC9187979-11.2007.8.26.0000**. Rel. Des. Salles Vieira, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em: 05/05/2011.

<sup>31</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1084267-54.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Antonio Nascimento, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26/09/2019.

<sup>32</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC2122340-14.2020.8.26.0000**. Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 21/09/2020.

<sup>33</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0098286-10.2020.8.19.0001**. Rel. Des. Daniela Brandão Ferreira, Nona Câmara Cível. Julgado em: 11/05/2021.

<sup>34</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **A11.0000.20.508004-7/001**. Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível. Julgado em: 22/04/2021.

<sup>35</sup> Importa ressaltar ser necessária a prévia identificação da estrutura e função da cláusula contratual denominada “take-or-pay”, a fim de se constatar se corresponde à tipicidade social dada à cláusula.

<sup>36</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 101.

cláusula *take-or-pay* no Direito Privado Brasileiro<sup>37</sup>, a redação comumente atribuída à cláusula refere “(...) se compromete a pagar, independentemente de seu efetivo consumo, pela quantidade mínima de (...)”. Assim, quando os agentes econômicos estão diante de uma cláusula *take-or-pay*, sabem qual conteúdo e função podem dela esperar<sup>38</sup>, bem compreendendo que deverá ser respeitada a incidência de um pagamento mínimo previamente acordado.

#### 4. FUNÇÃO ECONÔMICA DA CLÁUSULA TAKE-OR-PAY

A partir da breve análise do contexto histórico-fático apresentado a respeito da cláusula *take-or-pay*, bem como da delimitação de sua tipicidade social, faz-se possível melhor discorrer sobre a função econômica que desempenha nos contratos em que é inserida. Em contratos comerciais, a compreensão da função econômica do negócio permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e a proteção da legítima expectativa pela outra parte<sup>39</sup>.

Em linhas gerais, foi possível identificar que a cláusula *take-or-pay* atende, em regra, às seguintes finalidades: (i) garantir a disponibilidade de determinada quantidade mínima do produto ou serviço sob um preço fixo<sup>40</sup> (ii) assegurar o pagamento de determinado valor mínimo<sup>41</sup>, em certa periodicidade, garantindo fluxo de caixa, bem como o incentivo e a compensação aos investimentos necessários ao contrato<sup>42</sup>; (iii) repassar os custos de investimento aos elos da cadeia contratual<sup>43</sup>; (iv) evitar o exercício abusivo do direito de utilização de quantidades variáveis do bem ou serviço objeto do contrato<sup>44</sup>; (v) incentivar a performance do contrato<sup>45</sup> e do sistema mercadológico em que está inserido; e, ainda, (vi) figurar como mecanismo de alocação de riscos, conferindo certa segurança e previsibilidade ao contrato perante variações mercadológicas de preço e demanda<sup>46</sup>. Analisar-se-á, pormenorizadamente, cada uma destas finalidades.

<sup>37</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 102.

<sup>38</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 25-26.

<sup>39</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 247-248.

<sup>40</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35.

<sup>41</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35.

<sup>42</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, pp. 247-264, jul.-set. 2006. p. 251-252

<sup>43</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, pp. 247-264, jul.-set. 2006. p. 251-252

<sup>44</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 101.

<sup>45</sup> Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association pp. 1084-1085

<sup>46</sup> Hubbard, G., Weiner, R., 1986. Regulation and long-term contracting in US natural gas markets. *Journal of Industrial Economics* 35, 71–79. Citado em: Take-or-pay contract robustness: A three



Conforme outrora mencionado, o berço da cláusula *take-or-pay* é marcado por um cenário no qual a demanda por gás natural alargava em demasia em determinada estação, de forma que os compradores, com o intuito de se precaver de uma possível escassez do insumo, exigiam fossem dispostas cláusulas de exclusividade em seus contratos com os produtores. Assim, a cláusula ora estudada abraça este interesse ao estabelecer um patamar mínimo do produto ou serviço, pois assegura a obrigação da respectiva prestação ser disponibilizada na eventualidade de o comprador demandar a sua utilização<sup>47</sup>. Mais do que isso, resta assegurada a disponibilidade mediante o pagamento de valor conhecido e fixo<sup>48</sup>, mitigando a exposição do comprador às flutuações mercadológicas do preço do produto ou serviço no decorrer da vigência do contrato.

Ao mesmo tempo que assegura quantidade mínima do produto ou serviço ao comprador, a cláusula *take-or-pay* assegura ao vendedor a aquisição de um patamar mínimo de sua produção ou serviços, o que propicia segurança na constância de sua atividade produtiva<sup>49</sup>. Mas não só. A determinação de uma aquisição mínima se volta, em especial, à garantia de que o vendedor terá a compensação dos investimentos envolvidos no negócio em questão e liquidez em seu fluxo de caixa<sup>50</sup>. Conseqüentemente, a partir da previsibilidade do recebimento de uma receita mínima, a cláusula *take-or-pay* performa um incentivo ao dispêndio dos investimentos necessários à produção do produto ou prestação do serviço, vez que uma remuneração adequada ao empreendimento é garantida<sup>51</sup>.

Tal finalidade vem muito clara em acórdão proferido pelo TJSP referente à ação envolvendo contrato de prestação e serviços de recepção, armazenagem, transporte interno e operação portuária, no qual fora inserido cláusula *take-or-pay*:

Em meio às questões trazidas ao proscênio pelos litigantes, lugar especial é ocupado pela cláusula *take or pay* [...]. Vista como instrumento de viabilização do investimento, ela é usualmente aplicada em contratos de fornecimento de longo prazo como o celebrado pelos protagonistas deste processo e nos de compra e venda de gás natural -, pois asseguram a previsão de um fluxo de caixa mínimo ao vendedor<sup>52</sup>

---

step story told by the Brazil–Bolivia gas case? Jean-Michel Glachant, Michelle Hallack. **Energy Policy** 37 (2009) 651–657. 2008 Elsevier Ltd. All rights reserved. pp. 652-653

<sup>47</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35.

<sup>48</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35.

<sup>49</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35.

<sup>50</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35; VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 103.

<sup>51</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, pp. 247-264, jul.-set. 2006. p. 252.

<sup>52</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC **1084267-54.2015.8.26.0100**. Rel. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26.09.2019

É de conhecimento geral que setores comerciais tais quais o de gás natural e energia elétrica, por exemplo, compreendem custos elevados, alto nível de risco e extrema especificação. No comércio de gás natural, a cláusula *take-or-pay* permite que “o Produtor obtenha remuneração por suas despesas de exploração, desenvolvimento e produção de gás natural”, ou, ainda, que o Carregador “repasse ao Distribuidor suas despesas com obrigações derivadas dos compromissos de *take-or-pay* com o Produtor”<sup>53</sup>.

Já no mercado de fornecimento de energia elétrica, há a necessidade de investimentos substanciais em infraestrutura para a sua geração e distribuição. Ademais, mesmo que se trate tão somente da comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre (“ACL”)<sup>54</sup>, e não necessariamente da contratação da geração ou distribuição, mais especificamente mediante um Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente de Contratação Livre (“CCEAL”)<sup>55</sup>, verifica-se a exigência de investimentos iniciais de elevada monta por parte do Agente Comercializador<sup>56</sup>, vez que detém o dever de apresentar lastro para a venda de energia para garantir cem por cento de seus contratos, sob pena de imposição de penalidades<sup>57</sup>. Isto é, no ACL, o Agente Comercializador deve comprovar possuir estrutura física ou a pactuação de outros CCEALs aptos a garantir a venda da energia elétrica ao Consumidor Livre<sup>58</sup> durante toda a vigência do contrato. A inserção da cláusula *take-or-pay* nesses contratos visa a fornecer maior segurança a esses investimentos.

<sup>53</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006. p. 251.

<sup>54</sup> Ambiente de Contratação Livre (ACL) – segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de Contratos Bilaterais livremente negociados, conforme Regras e Procedimentos de Comercialização específicos, de acordo com o disposto no Decreto n.º 5.163, de 2004. BRASIL. **Resolução Normativa ANEEL nº 109 de 26/10/2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.

<sup>55</sup> Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente de Contratação Livre - CCEAL: aquele destinado à comercialização de energia elétrica celebrado por agentes de geração, comercializadores e consumidores livres ou especiais, mediante preços livremente negociados, incluindo a cessão de montantes de energia elétrica por consumidores. BRASIL. **Resolução Normativa n.º 783, de 26 de setembro de 2017**. Estabelece os critérios e procedimentos para controle dos contratos de comercialização de energia elétrica.

<sup>56</sup> Agente de Comercialização – titular de autorização, concessão ou permissão para fins de realização de operações de compra e venda de energia elétrica na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. BRASIL. **Resolução Normativa ANEEL nº 109 de 26/10/2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.

<sup>57</sup> Art. 2º Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições: I - os agentes vendedores deverão apresentar lastro para a venda de energia para garantir cem por cento de seus contratos; e Art. 3º As obrigações de que tratam os incisos do caput do art. 2º serão aferidas mensalmente pela CCEE e, no caso de seu descumprimento, os agentes ficarão sujeitos à aplicação de penalidades, conforme o previsto na convenção, nas regras e nos procedimentos de comercialização. BRASIL. **Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>58</sup> Consumidor Livre – aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme definida nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.- BRASIL. **Resolução Normativa ANEEL nº 109 de 26/10/2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.

Partindo-se dos mesmos cenários expostos acima, é possível verificar a terceira finalidade listada, porquanto a garantia de uma receita mínima assegura sejam repassados os custos de investimento a outros elos da cadeia contratual<sup>59</sup>, bem como que cada agente econômico envolvido tenha retorno adequado de seus investimentos. Considerando-se o exemplo da comercialização de energia elétrica, tem-se que, muitas vezes, um CCEAL está lastreado em outros contratos de mesma natureza, de forma que eventual não recebimento de um pagamento mínimo em um dos contratos impactaria os compromissos honrados nos demais.

Ao mesmo tempo, a garantia de uma disponibilidade mínima do produto ou serviço também pode ser relevante ao comprador em termos de sua cadeia produtiva, na medida em que pode se comprometer com os demais clientes da cadeia, sem se preocupar com escassez ou variação de preço<sup>60</sup>.

Ato contínuo, constata-se que a contraposição entre a disponibilidade do bem ou serviço objeto do contrato com a exigência da remuneração mínima de tal disponibilidade permite evitar eventuais abusos do direito de sua utilização em níveis variáveis<sup>61</sup>. Considerando como exemplo os contratos de fornecimento de gás natural, em que a interrupção da produção envolve custos elevados, a cláusula *take-or-pay* afasta possível comportamento oportunista do comprador de ameaçar “interromper suas retiradas de gás para aumentar seu poder de barganha e, com isso, obter a renegociação de parâmetros contratuais dessa aquisição”<sup>62</sup>, o que nos leva à análise da quinta finalidade identificada.

Na medida em que uma quantidade mínima deve ser disponibilizada e, portanto, paga, independentemente de vir a ser necessária ao comprador, a cláusula *take-or-pay* também estimula a performance do contrato e do sistema mercadológico em que está compreendido. Para a análise do ponto sob a perspectiva da relação interna entre os contratantes, é preciso considerar que, uma vez feitos os investimentos específicos para a transação e firmado o contrato, as partes a ele se vinculam e se expõem a circunstâncias exógenas e supervenientes no decorrer de sua execução. Assim, diante da necessidade de dispor de cláusulas que as protejam dessas circunstâncias e não requeiram a verificação judicial, as partes, ao invés de dispor de opções contratuais unilaterais, adotam a cláusula *take-or-pay*, que concilia o exercício de tais opções com o comportamento conjunto de maximização do lucro<sup>63</sup>. Dessa forma, o desempenho do contrato se torna vantajoso. Fato é que a maximização da performance do contrato, bem como de sua vantajosidade, é decorrência natural do incentivo à utilização da prestação disponibilizada, frente ao pagamento fixo, e ao investimento de capital no negócio, frente à mitigação do risco da operação.

---

<sup>59</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, pp. 247-264, jul.-set. 2006. p. 103.

<sup>60</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 35.

<sup>61</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 101.

<sup>62</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006. pp. 253-254

<sup>63</sup> Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association. pp. 1084-1085

Para uma melhor compreensão do possível papel desempenhado pela cláusula *take-or-pay* na performance do sistema como um todo, tomemos como exemplo o comércio de gases, no qual a cláusula influencia uma maior correspondência entre produção e demanda, evitando que o gás produzido se dissipe, sem a possibilidade de consumo<sup>64</sup>. Ainda, a consideração da cláusula *take-or-pay* em despachos termoelétricos<sup>65</sup> resulta em uma melhor aplicação do gás natural e um menor custo de operação esperado para o sistema elétrico brasileiro como um todo, pois introduz certa flexibilidade na decisão de compra do gás natural e de seu uso<sup>66</sup>. Ao fazer a consideração explícita da cláusula, pode-se fazer uma definição mais flexível da meta mensal de geração das termelétricas, evitando perdas de água, conferindo maior confiabilidade no sistema e permitindo que outros segmentos do mercado tenham maior disponibilidade do recurso do gás natural<sup>67</sup>.

Por fim, trabalhadas as diversas finalidades da cláusula *take-or-pay* encontradas na doutrina, sem o intuito de exauri-las em número e conteúdo, passe-se à análise daquela que se pode entender como central, a partir da qual gravitam as demais: alocar os riscos do contrato<sup>68</sup>.

A partir da cláusula *take-or-pay*, o comprador, em troca da garantia de disponibilidade da prestação sob um preço conhecido e fixo, assume o risco relativo ao *quantum* a ser utilizado. Isto é, na medida em que o comprador possui mais informações (ou pode obtê-las mais facilmente) quanto à demanda final, bem como sobre o potencial de consumo do mercado e de sua expansão, ele está em melhor posição de controle estratégico sobre a sua demanda, sendo lógico e eficiente que assuma o risco relativo à quantidade<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 103.

<sup>65</sup> O Sistema Hidrotérmico consiste em um sistema elétrico que conta tanto com a geração de usinas hidrelétricas como com a geração de usinas termelétricas para o atendimento da demanda energética - Ref.: BORGES, Saimon S., FERNANDES, Thelma S. Piazza, ALMEIDA, Katia Campos de. **Pré-Despacho Hidrotérmico De Potência Ativa E Reativa Via Método Dos Pontos Interiores E Coordenadas Retangulares**. Revista Controle & Automação. Vol.22 no.5. pp. 479-494, set. – out. 2011. p. 479; O despacho hidrotérmico, por sua vez, consiste no planejamento de uma política operativa ótima para a utilização da capacidade hidrelétrica do sistema, com um menor custo operativo, e uma melhor gestão do acionamento de usinas térmicas para armazenagem de água.- Ref.: NAZARÉ, Felipe Lucas Farias Gomes. **Despacho Hidrotérmico com Critério de Aversão ao Risco: Impacto na Expansão da Geração do Sistema**. Rio de Janeiro: UFRJ/Escola Politécnica, 2017. pp. 19-20.

<sup>66</sup> Consideration of Gas Supply Contracts with Take-or-pay Clauses in the Brazilian Long-term Energy Planning - Leonardo A. M. Moraes · Claudia Sagastizábal · Maria Elvira P. Maceira. Version from November 15, 2008. Rio de Janeiro - [http://www.optimization-online.org/DB\\_HTML/2008/11/2146.html](http://www.optimization-online.org/DB_HTML/2008/11/2146.html). p. 3

<sup>67</sup> Consideration of Gas Supply Contracts with Take-or-pay Clauses in the Brazilian Long-term Energy Planning - Leonardo A. M. Moraes · Claudia Sagastizábal · Maria Elvira P. Maceira. Version from November 15, 2008. Rio de Janeiro - [http://www.optimization-online.org/DB\\_HTML/2008/11/2146.html](http://www.optimization-online.org/DB_HTML/2008/11/2146.html). p. 17

<sup>68</sup> A própria Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”) entende que a cláusula *take-or-pay* é um dos “principais mecanismos contratuais de repasse dos compromissos assumidos ao longo da cadeia de valor do gás natural”, com o propósito de “mitigar riscos e administrar incertezas inerentes à indústria gasífera”. Ref.: BRASIL. **Despacho 562, de 11 de junho de 2008**. Prolatado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

<sup>69</sup> Hubbard, G., Weiner, R., 1986. Regulation and long-term contracting in US natural gas markets. *Journal of Industrial Economics* 35, 71–79. Citado em: Take-or-pay contract robustness: A three step story told by the Brazil–Bolivia gas case? Jean-Michel Glachant, Michelle Hallack. *Energy Policy* 37 (2009) 651–657. 2008 Elsevier Ltd. All rights reserved. pp. 652-653

Em contrapartida, o vendedor, em troca da garantia de uma aquisição mínima de sua produção ou serviços, assume o risco relativo ao preço. Uma vez que é ele quem, em princípio, possui mais informações sobre os custos de produção e de oportunidade de produção, é lógico e eficiente alocar a gestão do risco de preço para ele<sup>70</sup>. Aqui, a gestão do risco do preço diz respeito ao fato de que, ao fornecer um preço fixo (ou com mecanismos preestabelecidos de ajuste) ao comprador durante toda a vigência do contrato, o vendedor se expõe à possibilidade de o preço de mercado variar de forma que aquele valor previamente acordado se torne desvantajoso. Todavia, importa salientar que mesmo os riscos de perdas relativas ao preço são repartidos por meio da cláusula<sup>71</sup>, pois o comprador também assume o risco de o preço do produto ou serviço no mercado cair muito abaixo do acordado e ter que, ainda assim, adquirir o patamar mínimo sob aquele valor.

Por todo o exposto, tem-se que as partes decidem pela inserção da cláusula *take-or-pay* no contrato por atribuírem elevado valor à segurança e à previsibilidade, protegendo-se de variações mercadológicas de preço e de demanda no decorrer de sua execução. Eis a função econômica da cláusula em estudo.

## 5. NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA *TAKE-OR-PAY* SOCIALMENTE TÍPICA E SEUS EFEITOS

A determinação da natureza jurídica da cláusula *take-or-pay* e, via de consequência, do regime jurídico a ela aplicável, é um debate em aberto no campo doutrinário e jurisprudencial.

A natureza dos institutos jurídicos “está ligada a uma perspectiva finalista e funcional”<sup>72</sup>, sendo que o regime jurídico a ser aplicado a um contrato deverá estar em harmonia com as finalidades econômicas almejadas pelos contratantes<sup>73</sup>. Ademais, conforme leciona Paula Andréa Forgioni, para a interpretação dos contratos empresariais, deve-se considerar a racionalidade jurídica do negócio, isto é, o comportamento adotado pelas partes para viabilizar a fluência das relações de mercado de acordo com o direito<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Hubbard, G., Weiner, R., 1986. Regulation and long-term contracting in US natural gas markets. *Journal of Industrial Economics* 35, 71–79. Citado em: *Take-or-pay contract robustness: A three step story told by the Brazil–Bolivia gas case?* Jean-Michel Glachant, Michelle Hallack. *Energy Policy* 37 (2009) 651–657. 2008 Elsevier Ltd. All rights reserved. pp. 652-653.

<sup>71</sup> Rodrick J. Coffey, *Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-or-Pay Provisions*, 14 *BYU J. Pub. L.* 151 (2013). Available at: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol14/iss1/8> pp. 154-155.

<sup>72</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. *Ebook*, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 610.

<sup>73</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, pp. 247-264, jul.-set. 2006. p. 255

<sup>74</sup> Ainda sobre a racionalidade jurídica enquanto instrumento de interpretação dos contratos, a autora refere que: “Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma. Isso faz com que ambos os agentes econômicos planejem sua jogada de acordo com esse padrão “de mercado”. Não se pode permitir que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente nele adotado. Isso leva na ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas”. FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 232.

Sob essa ótica, serão analisadas três possíveis qualificações jurídicas encontradas para a cláusula *take-or-pay* socialmente típica e os efeitos que carregam para o direito brasileiro. São elas: (5.1) a cláusula *take-or-pay* como uma cláusula penal; (5.2) a cláusula *take-or-pay* como uma obrigação alternativa; e (5.3) a cláusula *take-or-pay* como uma cláusula de garantia.

### 5.1. A CLÁUSULA TAKE-OR-PAY COMO CLÁUSULA PENAL

No Brasil, bem como em países de common law, discute-se a possibilidade de a cláusula *take-or-pay* figurar como uma penalidade. Todavia, nos países de *common law* a discussão é um pouco distinta, cingindo-se quanto à caracterização da cláusula *take-or-pay* como uma *duty clause*, uma obrigação contratual, ou como uma *penalty clause*<sup>75</sup>, uma penalidade puramente coercitiva, o que poderia torná-la inexigível<sup>76</sup>. Lado outro, no Brasil não há vedação à cláusula penal com função puramente coercitiva, de modo que o debate quanto à caracterização da cláusula *take-or-pay* enquanto cláusula penal não se volta à determinação de sua exigibilidade, mas sim à aplicação do regime jurídico das cláusulas penais<sup>77</sup>. Ainda assim, pode-se extrair elementos relevantes do debate sobre a caracterização enquanto uma *penalty clause* para a composição da análise do tópico.

No Brasil, é comum a qualificação da cláusula *take-or-pay* como uma cláusula penal pelos Tribunais. Esse é o entendimento que vem sendo predominante no TJSP, onde há a maior base de julgados para análise do tema. Conforme consignado pelo referido Tribunal, “[o] consumo mínimo da cláusula *take-or-pay*, pegue ou pague, (...) não passa de cláusula penal, como ficou reconhecido em precedente desta Câmara”<sup>78</sup>. Os julgados analisados, contudo, não exploram em juízo aprofundado os elementos que levariam a essa qualificação, apenas partem da premissa de que a cláusula *take-or-pay* é uma cláusula penal, seguindo à aplicação de seu regime.

A qualificação da cláusula *take-or-pay* como cláusula penal traz, em síntese, duas problemáticas práticas: a incidência do regime jurídico aplicável às cláusulas penais, em especial a possibilidade de redução equitativa do valor a ser pago com

<sup>75</sup> ASHLEY, Phillip; HOLLAND, Ben. Enforceability of Take-or-Pay provisions in English Law Contracts. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 2016 - <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02646811.2016.1164554> - p.5 (?); M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd - [2008] EWHC 344 (Comm); E-Nik Ltd v Department for Communities, [2012] EWHC 3027 (Comm) [22]

<sup>76</sup> ASHLEY, Phillip; HOLLAND, Ben. Enforceability of Take-or-Pay provisions in English Law Contracts. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 2016 - <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02646811.2016.1164554> - p.2

<sup>77</sup> Arts. 408 ao 416. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>78</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC0118469-21.2008.8.26.0100. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 30/07/2013, DJe: 01/08/2013; Exemplificativamente, tal entendimento também pode ser verificado em outros julgados do mesmo Tribunal, como: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0050466-63.1998.8.26.0100**, Rel. Des. Pereira Calças, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, Julgado em: 04/05/2011. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0005092-31.2013.8.26.0348**, Rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 16/06/2016. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC0118469-21.2008.8.26.0100, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara Cível. Julgado em: 20/07/2013; O mesmo entendimento foi verificado no RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. AC70048384408, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 15/08/2013.

base no artigo 413 do Código Civil<sup>79</sup>; e o possível afastamento da incidência de penalidades previstas no contrato pelo descumprimento do pagamento da cláusula *take-or-pay*, frente à caracterização de *bis in idem*.

Quanto à primeira problemática, o TJSP consignou que, apesar de a cláusula *take-or-pay* não afrontar a ordem econômica em si, “pode configurar abuso, que, se real e em cada circunstância, reprime-se com redução, porque não passa de cláusula penal para a hipótese de aquisição a menor”<sup>80</sup>. Já quanto à segunda, o TJSP, ao qualificar a cláusula *take-or-pay* como cláusula penal, entendeu que o seu acolhimento em conjunto com outra cláusula penal prevista no contrato, também de função ressarcitória, implicaria *bis in idem*<sup>81</sup>. No entanto, importa que façamos uma breve análise do instituto da cláusula penal para, em seguida, confrontá-lo com a cláusula *take-or-pay* mediante juízo de correspondência.

Pois bem. A cláusula penal conecta uma pena ao descumprimento de uma obrigação, de forma que a pena “só se justifica na medida da existência de outra obrigação, cujo inadimplemento se busca evitar”<sup>82</sup>. Trata-se de uma promessa condicional de prestação para o caso de não ser cumprida a obrigação cujo cumprimento a cláusula vise assegurar, que corresponde à obrigação principal<sup>83</sup>. Portanto, pode-se dizer que a cláusula penal é um pacto secundário e acessório por meio do qual se estipula uma penalidade para a parte que deixar de adimplir a obrigação principal a que está obrigada<sup>84</sup>. A penalidade se torna exigível quando ocorre o inadimplemento culposo da obrigação ou a constituição em mora<sup>85</sup>.

<sup>79</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 manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>80</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0188504-06.2008.8.26.0100**. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 14/09/2010; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0196315-12.2011.8.26.0100**. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 06/02/2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. 1020952-19.2018.8.26.0562. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 14/09/2010; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0196315-12.2011.8.26.0100**. Rel. Achile Alesina, 14ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 28/08/2019;

<sup>81</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0196315-12.2011.8.26.0100**. Rel. Des. Mourão Neto, 20ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26/11/2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1052595-91.2016.8.26.0100**. Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26/02/2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1119069-44.2016.8.26.0100**. Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 05/02/2019.

<sup>82</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**; v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 235.

<sup>83</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. Ebook, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 608.

<sup>84</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. v. 1. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 217; RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código Civil comentado e anotado**. 2. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 256; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 7. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 525.

<sup>85</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 7. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 544.

Uma cláusula penal pode possuir duas finalidades: a de coerção, para intimidar o devedor a cumprir com a obrigação principal, daí vislumbrando seu caráter punitivo; e a de indenização, prefixando, substitutivamente, perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação<sup>86</sup>. O instituto se distingue em três espécies: cláusula de fixação antecipada da indenização; cláusula de coerção com caráter substitutivo à prestação, chamando-se cláusula penal em sentido estrito; e cláusula de coerção exclusivamente sancionatória, chamando-se cláusula penal puramente coercitiva<sup>87</sup>. Ainda, pode se concretizar em duas diferentes modalidades, a moratória, quando se aplica em virtude de mora do devedor e sem prejuízo da exigência da prestação principal; ou a compensatória, que substitui a execução do dever originalmente previsto<sup>88</sup>.

Feitas estas considerações iniciais acerca do instituto em análise, denota-se que, para a qualificação da cláusula *take-or-pay* enquanto cláusula penal, faz-se necessário não só a verificação de seu caráter punitivo a partir de uma das finalidades (coercitiva e indenizatória), como também a sua diferenciação de uma obrigação principal a que busque assegurar o adimplemento, seguida da caracterização de sua acessoriedade.

Assim, Rafael Batista Marquez, ao defender a qualificação da cláusula *take-or-pay* como uma cláusula penal, argumenta que o pagamento decorrente do descumprimento da própria cláusula, além de funcionar como “um incentivo para o cumprimento do contrato”, vem a servir, principalmente, “como uma prefixação dos danos em caso de descumprimento contratual”<sup>89</sup>. Na doutrina estrangeira, também há quem defenda que a cláusula leva ao dever de pagar uma penalidade de indenização (*expectation damages*)<sup>90</sup>. O autor ainda busca o enquadramento a partir do fato de que tanto a cláusula penal como a cláusula *take-or-pay* não demandam a demonstração de prejuízo<sup>91</sup>. No que tange à caracterização da obrigação principal e

<sup>86</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. *Ebook*, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 611; TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 517; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 292; CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 47-48.

<sup>87</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. *Ebook*, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 614.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. *Ebook*, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 623-624.

<sup>89</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018, p. 27.

<sup>90</sup> Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association. p. 1087.

<sup>91</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018, p. 31.; Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. . BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.



do inadimplemento, o autor compreende a existência de uma obrigação de consumo mínimo, termos em que, quando a quantidade mínima em determinado período não é consumida, ocorre o inadimplemento<sup>92</sup>.

Sob esse entendimento, estaríamos diante de uma obrigação principal de consumo ou utilização, cujo inadimplemento ensejaria o pagamento de uma penalidade, qual seja, o pagamento mesmo do produto ou serviço não utilizado, nos termos do patamar mínimo estabelecido na cláusula *take-or-pay*. O juízo de que a cláusula *take-or-pay* seria acionada a partir de uma quebra da cláusula que estabelece a quantidade mínima também levou à sua caracterização como *penalty clause* na jurisprudência estrangeira<sup>93</sup>. Em outras palavras, a qualificação da cláusula *take-or-pay* enquanto cláusula penal parte da premissa de que há uma obrigação principal de consumo ou utilização do patamar mínimo do produto ou serviço objeto do contrato.

Em sentido técnico-jurídico, contudo, obrigação “é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”<sup>94</sup>, podendo ser definida como um “dever jurídico por força do qual um sujeito, dito devedor, é adstrito a uma determinada prestação patrimonial para satisfazer o interesse de um outro sujeito, dito credor”<sup>95</sup>. O objeto da obrigação divide-se, portanto, em mediato, que é o bem ou serviço a ser prestado, e em imediato, que é a prestação, isto é, “a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor”<sup>96</sup>. Em resumo, o objeto da obrigação deve “ser suscetível de avaliação econômica” e “corresponder a um interesse do credor”<sup>97</sup>, de modo que a constituição de uma relação obrigacional depende da existência de uma prestação, que “satisfaça ao interesse do titular do direito de crédito, porque o vínculo se estabelece estritamente para esse fim”<sup>98</sup>.

Destarte, nos contratos com cláusula *take-or-pay*, não há propriamente uma obrigação de consumo ou utilização do montante mínimo do produto ou serviço, porquanto referida “obrigação” carece de pressuposto elementar: não há interesse do credor no efetivo consumo ou utilização de sua produção ou de seus serviços<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 32.

<sup>93</sup> England and Wales High Court. Queen’s Bench 344. M & J Polymers Ltd v. Imerys Minerals Ltd. Rel. Min. Burton J. J. em 29.02.2008

<sup>94</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições De Direito Civil: teoria geral das obrigações**. v II, 1. ed. 1ª, rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 20

<sup>95</sup> AGUIAR.JR. Ruy. Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao Novo Código Civil: Tomo II. v. VI**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. *E-book*, 978-85-309-3891-8, p. 06. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

<sup>96</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 13. *E-book*, 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

<sup>97</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 13. *E-book*, 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

<sup>98</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 13. *E-book*, 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 nov. 2021. No mesmo sentido, SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 17: O autor examina a relação obrigacional “como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”.

<sup>99</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 104.

Em verdade, o interesse do credor nestes contratos reside na contraprestação pecuniária pela disponibilização do produto ou serviço, de forma que a prestação, em sentido técnico, corresponde unicamente ao pagamento, que deve ser feito independentemente do consumo ou utilização.

Neste passo, uma vez que não há obrigação de consumo ou utilização do patamar mínimo, “não há falar, logicamente, na respectiva inexecução como pressuposto para a aplicação dessa disposição contratual”<sup>100</sup>. Ou seja, não estamos diante de uma obrigação principal de consumo ou utilização, cujo inadimplemento resulte na aplicação de uma penalidade advinda da cláusula *take-or-pay*. Além do mais, tem-se que o pagamento do montante mínimo independente de seu consumo ou utilização não se trata de mecanismo acessório, mas sim da “essência da avença”<sup>101</sup>, não dependendo da verificação de culpa do devedor.

Some-se a isso o fato de que acatar a qualificação da cláusula *take-or-pay* enquanto cláusula penal implicaria em estimular o inadimplemento deliberado e acolher o inadimplemento eficiente como substituto ao adimplemento<sup>102</sup>, vez que, em havendo uma obrigação de consumo ou utilização mínimos, estaria a se facultar o inadimplemento de tal obrigação mediante a alternativa de efetuar o pagamento da “penalidade” (o valor da diferença entre o que foi utilizado ou consumido e o patamar mínimo). Todavia, há, no Direito Brasileiro, óbices à aplicação do inadimplemento eficiente. Isso porque, o inadimplemento deliberado (i) contraria à cláusula geral de boa-fé; (ii) pode ser caracterizado como abuso de direito; (iii) vai de encontro à determinação de que as cláusulas penais são alternativas a benefício do credor e não podem recompor integralmente o seu patrimônio; (iv) exigiria que se tratasse de obrigação alternativa; e (v) vai de encontro à possibilidade de o credor poder exigir a satisfação da obrigação<sup>103</sup>.

Desse modo, tem-se que não é possível a qualificação da cláusula *take-or-pay* como cláusula penal. Logo, restam afastadas as problemáticas práticas inicialmente apresentadas, vez que a premissa para se falar na aplicação do artigo 413 do Código Civil não se faz presente e que não há abuso ou dupla penalização nos casos de penalidade por descumprimento do pagamento da cláusula *take-or-pay*.

<sup>100</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 105.

<sup>101</sup> MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay**: Natureza Jurídica, s.d, p. 08. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021.

<sup>102</sup> A matéria diz respeito à teoria do *efficient breach*, que defende a existência de situações em que os custos do cumprimento da prestação para o devedor são superiores ao benefício do credor a partir do adimplemento da obrigação, tornando o adimplemento ineficiente. Assim, o devedor poderia se exonerar de sua obrigação mediante o seu descumprimento e o pagamento de uma indenização (arbitrada por terceiro ou em cláusula penal convencionada pelas partes). No entanto, conforme demonstra Juliana Krueger Pela, não é juridicamente possível a mera importação da teoria do *efficient breach* ao Direito Brasileiro. PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) Nos Contratos Empresariais. Trabalho apresentado no Colóquio Luso-Brasileiro sobre Contrato e Empresa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 13 de outubro de 2015. RJLB, Ano 2 (2016), nº 1. p. 1099.

<sup>103</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) Nos Contratos Empresariais. Trabalho apresentado no Colóquio Luso-Brasileiro sobre Contrato e Empresa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 13 de outubro de 2015. RJLB, Ano 2 (2016), nº 1. p. 1099.

De qualquer sorte, cumpre pontuar que, mesmo Rafael Batista Marquez, ao defender a qualificação da cláusula *take-or-pay* como cláusula penal, entende pela impossibilidade de redução equitativa de seu valor com base no artigo 413 do Código Civil<sup>104</sup>. Por mais que referido dispositivo atribua ao juiz o dever de reduzir a cláusula penal equitativamente na hipótese de a penalidade ser manifestamente excessiva<sup>105</sup>, fato é que tal juízo deve ser feito em razão da natureza e finalidade do negócio<sup>106</sup>, de forma que a racionalidade e a função econômica da cláusula *take-or-pay* não podem ser ignoradas.

O fato de ocorrer uma redução considerável no consumo ou utilização do bem ou serviço não configura, por si só, manifesta excessividade apta a autorizar a incidência do artigo 413 do Código Civil. A estipulação de uma cláusula *take-or-pay* deriva de um racional econômico e mercadológico próprio, de forma que uma mera contraposição entre o montante que está sendo consumido ou utilizado e o montante que está sendo pago não basta ao juízo de excessividade.

Ao se delimitar o valor da cláusula *take-or-pay*, equacionam-se, a um só tempo, a fórmula de preço do produto, a duração do contrato, o volume mínimo do bem ou serviço conforme a capacidade e necessidade da compradora e a compensação do capital investido<sup>107</sup>. Nestes termos, reduzir equitativamente a cláusula *take-or-pay* “refletiria numa desestabilização da própria racionalidade da fórmula de preço e do contrato como um todo”<sup>108</sup>, podendo, inclusive, gerar “insegurança e imprevisibilidade no mercado”<sup>109</sup>.

Por todo o exposto, conclui-se que, apesar de aproximarem-se em certos aspectos, a cláusula *take-or-pay* e a cláusula penal correspondem a institutos distintos, não ocorrendo a incidência do regime previsto entre os artigos 408 e 416 do Código Civil. Ainda assim, mesmo em se entendendo pela aplicação do regime, a cláusula *take-or-pay* possui uma racionalidade própria, cujo sentido seria esvaziado com a sua revisão frente a eventuais reduções de consumo ou utilização do bem ou serviço objeto do contrato.

## 5.2. A CLÁUSULA TAKE-OR-PAY COMO OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA

<sup>104</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 53.

<sup>105</sup> WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. v. 02, 20. Ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 195. Com a colaboração de Nanni, 2018, p. 679; Salles, 2014, p. 52; Amaral, 2018, p. 145

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.520.327/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 05/05/2016; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, AC 70058797655. Rel. Ana Beatriz Iser. 15ª Câmara Cível. Julgado em: 06/03/2014.

<sup>107</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 50; MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica**, S.D, p. 03. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica) . Acessado em: 10 OUT. 2021.

<sup>108</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 50.

<sup>109</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 43.

Afastada a natureza jurídica de cláusula penal, passa-se ao exame de uma segunda possível tese argumentativa quanto à qualificação das cláusulas *take-or-pay*, qual seja a que defende que constitui uma obrigação alternativa<sup>110</sup>.

Obrigações alternativas são aquelas em que há provisória indeterminação do conteúdo do que vai ser prestado<sup>111</sup>, na medida em que existem duas ou mais formas de satisfazer a obrigação<sup>112</sup>. A sua caracterização pressupõe a existência de duas ou mais prestações de objeto distinto, que são devidas alternativamente<sup>113</sup>. Assim, o devedor resta exonerado de sua obrigação mediante o cumprimento de apenas uma das alternativas que titulariza<sup>114</sup>, razão pela qual a escolha é ato fundamental, cabendo, em princípio, ao próprio devedor<sup>115</sup>. A definição do objeto da prestação se concretiza, portanto, com a concentração das prestações a partir do ato de escolha<sup>116</sup>.

Um dos defensores da tese em análise, Leonardo de Campos Melo, afirma que a cláusula *take-or-pay* caracterizaria uma obrigação alternativa em benefício do comprador, uma vez que outorga a ele a escolha entre duas alternativas distintas para o cumprimento da obrigação: pagar pelo bem e retirá-lo; ou apenas pagar pelo bem, sem retirá-lo<sup>117</sup>. Nestes termos, infere que haveria a concentração em uma só

<sup>110</sup> MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay**: Natureza Jurídica, s.d, p. 11. Disponível em:

[https://www.academia.edu/43024513/Ci%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Ci%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021. FERRARIO, Pietro. *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*. The Hague: Kluwer Law International, 2017. p. 70; Peter Christian Sester, 'Chapter 13: Take-or-Pay Contracts in Project Finance: Focus on Gas- Supply Contracts in Brazil', in Gloria Maria Alvarez , Melanie Riofrio Piché , et al. (eds), *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021 - pp. 311 - 326) . p. 315; MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future**, 27 *Tulsa L. J.* 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021. p. 295-296.

<sup>111</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2006, p. 157; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. v. 02, 1. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, p. 108.

<sup>112</sup> WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 02, 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

<sup>113</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p; 71-72. *E-book*. 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 nov. 2021; ALMEIDA, Washington Carlos de. *Direito Civil: Obrigações*, 6 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book, P. 108. 9788522495696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495696/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

<sup>114</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 174.

<sup>115</sup> SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2006, p. 157; ALMEIDA, Washington Carlos de. *Direito Civil: Obrigações*, 6 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book, P. 108. 9788522495696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495696/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

<sup>116</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 173; SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2006, p. 157.

<sup>117</sup> MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay**: Natureza Jurídica, s.d., p. 10-11. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Ci%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Ci%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021.

obrigação no ato de escolha do comprador entre uma das “duas” alternativas<sup>118</sup>. Em sentido semelhante, J. Michael Medina, ao confrontar a tese de que a cláusula *take-or-pay* constituiria uma *penalty clause* nos contratos de fornecimento de gás, refere que os tribunais, em geral, consideram que se trata de um *alternative method of performance*, que confere ao comprador a escolha entre pegar e pagar pelo volume mínimo anual de gás durante um ano contábil ou pagar pelo volume mínimo anual durante o ano contábil<sup>119</sup>.

No caso *Roye Realty & Developing, Inc. v. Arkla, Inc.*<sup>120</sup>, referente à contrato de fornecimento de gás com cláusula *take-or-pay*, a Suprema Corte de Oklahoma entendeu que a cláusula conferia obrigações alternativas, sendo a primeira retirar e pagar a quantidade mínima de gás e a segunda não retirar a quantidade mínima e, mesmo assim, pagá-la. Referido Tribunal consignou que a obrigação de pagar a diferença não constituiria um remédio para o descumprimento da primeira opção, tampouco uma cláusula de limitação de danos, mas sim uma segunda alternativa para o caso de não se decidir pela performance da alternativa inicial.

Entretanto, ao examinarmos atentamente as duas supostas alternativas conferidas pela cláusula *take-or-pay* em favor do devedor, nos termos defendidos por esta tese e sob a ótica do Direito Brasileiro, deparamo-nos, em verdade, com uma só prestação devida: pagar o montante mínimo estipulado no contrato. Se não, vejamos. As duas alternativas compreendem consumir ou utilizar o produto ou serviço no patamar mínimo e *pagar* por isso, ou consumir ou utilizar o produto ou serviço em patamar a menor e, mesmo assim, *pagar* o valor mínimo. As duas “alternativas” correspondem a uma prestação de mesmo objeto, que é pagar o valor prefixado.

Por certo, o termo “take-or-pay” pode nos induzir à percepção de alternatividade por pura ilusão linguística. Entretanto, a caracterização de obrigações alternativas, em sentido técnico-jurídico, exige que as prestações tenham objeto distinto e incerteza inicial quanto ao objeto da obrigação a ser prestado, incerteza essa que será eliminada pela vontade de uma das partes<sup>121</sup>. Na obrigação advinda da cláusula *take-or-pay*, *contrario sensu*, não há qualquer provisória indeterminação do conteúdo do que vai ser prestado ou faculdade de escolha por uma das partes entre prestações distintas. Ao revés, há uma única prestação, previamente determinada, que não pode ser escolhida, devendo ser adimplida pelo devedor independentemente do *quantum* consumido ou utilizado abaixo do patamar mínimo: a prestação pecuniária.

<sup>118</sup> MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay**: Natureza Jurídica, s.d., p. 10-11. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021.

<sup>119</sup> MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars**: A Cautionary Analysis for the Future, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 11 nov.2021: “Courts, however, universally held that take-or-pay clauses do not provide a punishment for breach, rather an alternative method of performance. Under a typical take-or-pay clause, the buyer had the choice of taking and paying for the annual minimum volume during an accounting year or paying for the annual minimum volume during the accounting year and taking the gas paid for during a later accounting year.”

<sup>120</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Oklahoma. **Roye Realty & Developing, Inc. v. Arkla, Inc.** Caso no 77693. Julgado em 13/07/1993.

<sup>121</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 72. *E-book*. 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Assim como não constitui uma obrigação em si por lhe carecer fator elementar às obrigações (atender a interesse do credor), a quantidade que será consumida ou utilizada também não altera a natureza da prestação. Com efeito, constitui tão somente um risco assumido pelo devedor, que está adstrito à obrigação de assegurar o pagamento do valor mínimo prefixado, em consonância com a função econômica da cláusula *take-or-pay*. Logo, afastada também a segunda tese de qualificação jurídica examinada.

### 5.3. A CLÁUSULA TAKE-OR-PAY COMO CLÁUSULA DE GARANTIA

Há uma terceira tese para a qualificação jurídica da cláusula de *take-or-pay* que merece especial atenção, a que defende se tratar de uma cláusula de garantia<sup>122</sup>. De plano, frente ao aspecto polissêmico da expressão “garantia” no âmbito jurídico, importa delimitar que o instituto invocado por esta tese diz respeito à noção de obrigação de garantia e não, por exemplo, às garantias reais e pessoais ou às garantias legais de prestação, tais quais a evicção e vícios redibitórios.

As obrigações dividem-se em obrigações de meio, obrigações de resultado e obrigações de garantia<sup>123</sup>. Tal distinção é de extrema relevância prática, posto que resulta em diferentes regimes de responsabilidade<sup>124</sup>.

Para a distinção entre as duas primeiras espécies de obrigação, parte-se da ideia de que toda prestação compreende, normalmente, um elemento objetivo (o bem ou resultado a ser produzido em benefício do credor) e um elemento subjetivo (o comportamento do devedor em direção ao resultado), sendo que, por vezes, o resultado final não compreende o vínculo obrigacional, em razão de depender de fatores alheios à vontade do devedor<sup>125</sup>. Assim, nas obrigações de meio, basta que o comportamento do devedor com vistas ao resultado tenha sido suficientemente diligente para haver o adimplemento, enquanto que, nas obrigações de resultado, a prestação só é adimplida quando o devedor realizar um fato determinado e alcançar o objetivo esperado.

No que concerne às obrigações de garantia, o seu conteúdo é “a eliminação de um risco que pesa sobre o credor”<sup>126</sup>. Isto é, nas obrigações de garantia, o seu adimplemento se verifica pela simples assunção do risco pelo devedor, mesmo que este não venha a se concretizar<sup>127</sup>. Isso pois, “a eliminação de um risco que pesa

<sup>122</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 107.

<sup>123</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-76.

<sup>124</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

<sup>125</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

<sup>126</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

<sup>127</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

sobre o credor representa por si mesma um bem da vida, traduzível muita vez em preciso valor econômico”<sup>128</sup>.

Portanto, cláusulas de garantia, no sentido técnico-jurídico em exame, tratam-se das cláusulas por meio das quais se estipula uma obrigação de garantia. Nas palavras da jurista Judith Martins-Costa, inclusive quando diferenciando os institutos da cláusula penal da cláusula de garantia, diante do fato de ambos voltarem-se, similarmente, às problemáticas práticas do cumprimento da obrigação:

Cláusulas ou convenções de garantia são aquelas em que se estipula uma obrigação de garantia, vale dizer: o devedor assegura ao credor determinado resultado, assumindo o risco da não-verificação do mesmo qualquer que seja a sua causa. Trata-se, em síntese, de uma promessa de indenização, caso o resultado não seja obtido, nem a impossibilidade objetiva exonerando o devedor, uma vez que esse, expressamente, assumiu o risco da não verificação do efeito ou resultado pretendido. Só por esses traços genericamente alinhados percebe-se a distinção relativamente à cláusula penal que exige a culpa (e não o risco) como elemento de incidência<sup>129</sup>.

A partir da citação retro colacionada, depreende-se, ainda, que, nas obrigações de garantia, uma vez que o devedor se compromete com o seu cumprimento haja o que houver, assume o risco da não verificação do resultado pretendido independentemente de força maior, caso fortuito ou fato de terceiro. Tal característica vem compreendida no artigo 393, segunda parte, do Código Civil, uma vez que dispõe que as partes podem prever estar o devedor responsabilizado pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior<sup>130</sup>.

Isso posto, e confrontando o instituto narrado com a cláusula em estudo, Vitor Silveira Vieira defende o entendimento de que a cláusula *take-or-pay* é uma cláusula que estipula uma obrigação de garantia<sup>131</sup>. Isso pois, por meio da cláusula *take-or-pay*, estipula-se não só uma obrigação de pagar determinado valor pela disponibilidade do produto ou serviço objeto do contrato, como também se determina que essa obrigação é devida independentemente de seu efetivo consumo ou uso<sup>132</sup>. Isto é, a obrigação reside em assumir o risco de vir a não consumir ou utilizar o bem ou serviço e, mesmo assim, assegurar o cumprimento mediante a prestação pecuniária prefixada.

A tese em exame se mostra a mais acertada dentre as demais, em especial por estar alinhada à função da cláusula *take-or-pay* pretendida e esperada pelos agentes econômicos. Conforme outrora referenciado, a cláusula *take-or-pay*

<sup>128</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

<sup>129</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. *Ebook*, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 629.

<sup>130</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>131</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 107-108..

<sup>132</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 107.

performa um mecanismo de diluição de riscos por meio da qual o devedor garante ao credor o pagamento do montante mínimo do produto ou serviço disponibilizados, em cada periodicidade, assumido o risco da não verificação de seu consumo ou utilização, de forma a assegurar a compensação dos investimentos despendidos e remuneração mínima.

Interessa pontuar entendimento de Vitor Silveira Vieira de que, na cláusula *take-or-pay*, há uma particularidade, vez que a assunção de riscos não é total, restringindo-se “àqueles específicos da utilização do bem ou serviço”<sup>133</sup>. Não obstante, ainda que se entenda que a assunção dos riscos não seja total, há de haver especial parcimônia por parte dos Tribunais para autorizar a revisão dos valores oriundos da cláusula *take-or-pay* em razão de alteração superveniente das circunstâncias ou para determinar a sua inexigibilidade frente à ocorrência de evento de força maior<sup>134</sup>. Isso porque, considerando-se, em especial, a natureza jurídica titularizada pela cláusula *take-or-pay*, tem-se que a alocação de riscos pactuada fundamenta o sinalagma e a corresponsabilidade entre as prestações, de forma que a sua não efetivação pelos Tribunais poderia levar, aí sim, ao desequilíbrio contratual.

No ponto, merece especial atenção o fato de haver uma lógica econômica na posição ocupada pelas partes<sup>135</sup>, sendo que o respeito pela sua autodeterminação requer que o juízo de equilíbrio seja feito a partir do valor que as próprias partes atribuíram às prestações<sup>136</sup>. Ao decidirem pela inserção da cláusula *take-or-pay* em seus contratos, as partes atribuem elevado valor à segurança e à previsibilidade, especialmente no que toca à garantia de remuneração mínima à parte que, em geral, arca com os investimentos iniciais. Assim, intervenção nesta racionalidade pode levar à desalocação dos riscos, caso em que um empresário suportará risco que não assumiu, ao mesmo tempo que outro será liberado daquele que havia assumido<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 108.

<sup>134</sup> Em decorrência da Pandemia do Covid-19, diversos foram os casos de judicialização de contratos com cláusula *take-or-pay*, resultando tanto em casos em que restou afastada a exigibilidade de pagar o patamar mínimo enquanto perdurasse os efeitos da pandemia sob a alegação de ocorrência de evento de força maior, como em casos de revisão contratual fundados na teoria da imprevisão ou teoria da onerosidade excessiva. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1042062-34.2020.8.26.0100**; Rel. Sergio Alfieri; 28ª Câmara de Direito Privado; Julgado em: 25/10/2021; DJe: 25/10/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1053386-21.2020.8.26.0100**; Rel. Maria Lúcia Pizzotti, 30ª Câmara de Direito Privado; Julgado em: 23/08/2021, DJe: 23/08/2002; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1005719-15.2020.8.26.0011**. Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado; Julgado em: 29/07/2021, DJe: 29/07/2021; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0025126-36.2020.8.16.0000**. Rel. Luciano Campos de Albuquerque, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 27/10/2020; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1.0000.20.508004-7/001**. Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível. Julgado em: 22/04/2021. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AC0098286-10.2020.8.19.0001**. Rel. Des. Daniela Brandão Ferreira.

<sup>135</sup> BANDEIRA, Paula Greco. O Contrato Como Instrumento De Gestão De Riscos E O Princípio Do Equilíbrio Contratual. **Revista de Direito Privado**, vol. 65/2016, p. 195 - 208 | Jan – Mar., 2016, p. 199

<sup>136</sup> MARTINS-COSTA, Judith, SILVA, Paula Costa e. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**. Porto Alegre: Quarter Latin, 2020 p. 275.

<sup>137</sup> “Desalocação ocorre quando um empresário suporta risco que não assumiu, simultaneamente à liberação, pelo juiz, de outro empresário de suportar risco que havia assumido. São duas faces indissociáveis da mesma equação. Não é possível poupar um empresário de qualquer risco assumido sem necessária e concomitantemente o transferir a outro, que não o assumira”. COELHO, Fábio Ulhoa. A Alocação De Riscos E A Segurança Jurídica Na Proteção Do



## 6. POSSÍVEIS MECANISMOS CONTRATUAIS DE MITIGAÇÃO DOS RISCOS ALOCADOS PELA CLÁUSULA *TAKE-OR-PAY*

A cláusula *take-or-pay* aloca os riscos do contrato, atribuindo ao devedor a obrigação de garantir o pagamento do montante prefixado independentemente do efetivo consumo ou utilização do bem ou serviço contratado. Todavia, é comum que os contratos em que está inserida disponham de cláusulas que conferem certa flexibilização à obrigação de garantia, quais sejam as cláusulas *make-up-right* e *carry-forward*.

A cláusula *make-up-right* possibilita ao comprador o consumo ou utilização da quantidade não utilizada em período posterior ao pagamento do montante mínimo, conforme critérios a serem estabelecidos contratualmente<sup>138</sup>. Assim, tomando como exemplo um contrato em que a periodicidade de pagamento do patamar mínimo seja mensal, caso o consumo ou utilização mínimos não fossem percebidos em determinado mês, seria possível acomodar a diferença ao longo dos períodos seguintes, nos termos dos critérios de quantidade e período pactuados.

Também é comum que as partes acordarem em permitir ao comprador que tenha consumido ou utilizado quantidade superior ao patamar mínimo a compensação com ciclo de consumo posterior em que se utilize quantidade aquém do mínimo, sendo tal disposição conhecida como cláusula *carry-forward*<sup>139</sup>.

Por certo, há setores comerciais que não comportam essa flexibilidade frente a eventuais inviabilidades logísticas ou técnicas<sup>140</sup>, tais quais a impossibilidade de estocagem do produto ou limitações de mão de obra e estrutura para a prestação de escalas variadas do serviço. Todavia, importa, ainda assim, mencionar a possibilidade de serem empregados esses mecanismos de mitigação dos riscos assumidos pela cláusula *take-or-pay*, de forma a reforçar o seu conteúdo e função, bem como a sublinhar a necessidade de se promover uma análise pormenorizada de cada contrato quando do debate da revisão contenciosa da cláusula *take-or-pay*, a fim de serem devidamente compreendidas a racionalidade econômica e a alocação de riscos intentadas pelos contratantes.

---

Investimento Privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 291 - 304 | jan./abr. 2017. p. 296.

<sup>138</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 13; VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 108; MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica**, s.d., p. 03. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021.

<sup>139</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 13; VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020, p. 108; MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica**, s.d., p. 03. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021.

<sup>140</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 13

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a tipicidade social da cláusula *take-or-pay* e sua ampla utilização em meio ao comércio nacional e internacional, nos mais diversos setores, subsiste o debate quanto à sua qualificação jurídica e, via de consequência, quanto ao regime legal aplicável. Nada obstante, faz-se possível e, diga-se, apropriado, debruçar-se sobre referido debate a partir da análise da função econômica desempenhada pela cláusula e da racionalidade jurídica que confere à relação contratual.

Assim, apresentou-se o contexto histórico-fático que suscitou a necessidade da cláusula *take-or-pay*, seguido da apreciação da função econômica que dela é esperada pelos contratantes e pelo mercado como um todo. Dentre as finalidades da cláusula estudada, destacou-se aquela que se pode entender como central, a partir da qual gravitam as demais: performar mecanismo de alocação de riscos, conferindo estabilidade ao contrato em meio às supervenientes flutuações mercadológicas de preço e demanda e assegurando remuneração mínima ao credor que, via de regra, arcou com substanciais investimentos iniciais.

Ato contínuo, observou-se a existência de três teses predominantes para a qualificação jurídica da cláusula *take-or-pay* conforme o Direito pátrio, as quais foram esmiuçadas e examinadas, em especial quanto aos efeitos produzidos pela sua adoção. Confrontadas as premissas de cada tese com os desenhos jurídico-legais do Direito brasileiro, bem como com a função econômica da cláusula *take-or-pay*, verificou-se ser acertada aquela que a identifica como cláusula que institui obrigação de garantia. Isso porque, mediante a cláusula *take-or-pay*, o devedor se obriga a assegurar a prestação pecuniária mínima, independente de consumir ou utilizar o bem ou serviço objeto do contrato no patamar mínimo estipulado.

Ademais, ao longo do presente estudo, pontuou-se casos de judicialização de contratos com cláusula *take-or-pay* no Brasil, observando-se diferentes entendimentos não só quanto à sua qualificação jurídica e quanto ao regime aplicável, como também quanto à possibilidade de sua revisão ou de seu afastamento perante a alteração superveniente das circunstâncias. No ponto, sublinha-se o elevado valor que as partes atribuem à segurança e à previsibilidade ao optarem pela inserção da cláusula *take-or-pay* em seus contratos, sendo de suma importância a efetivação da alocação de riscos pactuada pelos Tribunais, sob pena de restar rompido o equilíbrio contratual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR.JR. Ruy. Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. VI. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. *E-book*, 978-85-309-3891-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

ALMEIDA, Washington Carlos de. Direito Civil: **Obrigações**, 6 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015. *E-book*. 9788522495696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495696/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

ASHLEY, Phillip; HOLLAND, Ben. Enforceability of Take-or-Pay provisions in English Law Contracts. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 2016 - <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02646811.2016.1164554> - p.5 (?); M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd - [2008] EWHC 344 (Comm); E-Nik Ltd v Department for Communities, [2012] EWHC 3027 (Comm) [22]

BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006.

BORGES, Saimon S., FERNANDES, Thelma S. Piazza, ALMEIDA, Katia Campos de. **Pré-Despacho Hidrotérmico De Potência Ativa e Reativa Via Método Dos Pontos Interiores e Coordenadas Retangulares**. Revista Controle & Automação. Vol.22 no.5. pp. 479-494, Set. – out. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM). Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Despacho 562, de 11 de junho de 2008**. Prolatado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.312, de 27 de novembro de 2001**. Dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral.

BRASIL. **Resolução Normativa ANEEL nº 109 de 26/10/2004**. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.

BRASIL. **Resolução Normativa n.º 783, de 26 de setembro de 2017**. Estabelece os critérios e procedimentos para controle dos contratos de comercialização de energia elétrica.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.520.327/SP**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em: 05/05/2016

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: **contratos**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EFFICIENT Adaptation in Long-Term Contracts: **Take-or-Pay Provisions for Natural Gas**. Author(s): Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source: The American Economic Review, v. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Oklahoma. **Roye Realty & Developing, Inc. v. Arkla, Inc.** Caso no 77693. Julgado em 13/07/1993.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*, 9788530986735. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código Civil comentado e anotado**. 2. ed. Barueri: Manole, 2017.

HUBBARD, G., WEINER, R., 1986. Regulation and long-term contracting in US natural gas markets. *Journal of Industrial Economics* 35, 71–79. Citado em: **Take-or-pay contract robustness**: A three step story told by the Brazil–Bolivia gas case? Jean-Michel Glachant, Michelle Hallack. *Energy Policy* 37 (2009) 651–657. 2008 Elsevier Ltd. All rights reserved.

MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação -(Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 25-26.

MARTINS-COSTA, Judith, SILVA, Paula Costa e. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**. Porto Alegre: Quarter Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. *Ebook*, 978-85-309-5605-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>. Acesso em: 02 nov. 2021. p. 610.

MEDINA, J. M. **The Take-or-Pay Wars**: A Cautionary Analysis for the Future, 27 *Tulsa L. J.* 283 (2013). pp. 283-312. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. Acessado em: 11 nov.2021.

MELO, Leonardo de Campos. **Cláusula de Take or Pay**: Natureza Jurídica, s.d. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acessado em: 10 out. 2021.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado. **AC1.0024.11.200803-2/001**. Rel. Des. Alberto Diniz Júnior, Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 18/02/2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1.0000.20.508004-7/001**. Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível. Julgado em: 22/04/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1.0024.09.705351-6/001**, Rel. Des. José Flávio de Almeida, Décima Segunda Câmara Cível. Julgado em: 15/10/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **A11.0000.20.508004-7/001**. Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível. Julgado em: 22/04/2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. v. 1. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NAZARÉ, Felipe Lucas Farias Gomes. **Despacho Hidrotérmico com Critério de Aversão ao Risco**: Impacto na Expansão da Geração do Sistema. Rio de Janeiro: UFRJ/Escola Politécnica, 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0025126-36.2020.8.16.0000**. Rel. Luciano Campos de Albuquerque, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 27/10/2020.

PELA, Juliana Krueger. **“Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) Nos Contratos Empresariais**. Trabalho apresentado no Colóquio Luso-Brasileiro sobre Contrato e Empresa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 13 de outubro de 2015. *RJLB*, Ano 2 (2016), nº 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições De Direito Civil**: teoria geral das obrigações. v II, 1. ed. 1ª, rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0098286-10.2020.8.19.0001**. Rel. Des Daniela Brandão Ferreira, Nona Câmara Cível. Julgado em: 11/05/2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **AgRgemAC0094628-22.2013.8.19.0001**, Rel. Des. J. D. Maria Teresa Pontes Gazineu, Julgado em: 27/05/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AC70047852520**. Rel. Des. Liege Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível. Julgado em: 16/08/2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AC70048384408**, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 15/08/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70058797655**. Rel. Ana Beatriz Iser. 15ª Câmara Cível. Julgado em: 06/03/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **AC70079528709**. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 04/09/2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC70081797870**. Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, Décima Segunda Câmara Cível. Julgado em: 26/09/2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1018362-84.2020.8.26.0114**; Rel. Carlos Dias Motta; 26ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 28/09/2021; DJe: 28/09/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Estado. **AgIn2080401-25.2018.8.26.0000**. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo. J, Décima Segunda Câmara de Direito Privado. Julgado em: 12/02/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0118469-21.2008.8.26.0100**. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 30/07/2013, DJe: 01/08/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1020952-19.2018.8.26.0562**. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 14/09/2010;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0005092-31.2013.8.26.0348**, Rel. Des. Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 16/06/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0050466-63.1998.8.26.0100**, Rel. Des. Pereira Calças, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, Julgado em: 04/05/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0104706-11.2012.8.26.0100**. Rel. Adilson de Araujo, 32ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 09/09/2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0118469-21.2008.8.26.0100**, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara Cível. Julgado em: 20/07/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0124683-56.2007.8.26.0005**. Rel. Des. Hamid Bdine, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em: 27/01/2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0188504-06.2008.8.26.0100**. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 14/09/2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0196315-12.2011.8.26.0100**. Rel. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 06/02/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0196315-12.2011.8.26.0100**. Rel. Achile Alesina, 14ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 28/08/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC0196315-12.2011.8.26.0100**. Rel. Des. Mourão Neto, 20ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26/11/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1005719-15.2020.8.26.0011**. Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado; Julgado em: 29/07/2021, DJe: 29/07/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1042062-34.2020.8.26.0100**; Rel. Sergio Alfieri; 28ª Câmara de Direito Privado; Julgado em: 25/10/2021, DJe: 25/10/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1052595-91.2016.8.26.0100**. Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26/02/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1053386-21.2020.8.26.0100**; Rel. Maria Lúcia Pizzotti, 30ª Câmara de Direito Privado; Julgado em: 23/08/2021, DJe: 23/08/2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1067703-92.2018.8.26.0100**. Rel. Des. L. G. Costa Wagner, Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado. Julgado em: 11/11/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1084267-54.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Antonio Nascimento, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em: 26/09/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1119069-44.2016.8.26.0100**. Rel. Des Cesar Luiz de Almeida, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 05/02/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC1123388-26.2014.8.26.0100**. Rel. Des. Marcos Ramos, Trigésima Sétima Câmara Extraordinária de Direito Privado. Julgado em: 01/03/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC2122340-14.2020.8.26.0000**. Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 21/09/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC9187979-11.2007.8.26.0000**. Rel. Des. Salles Vieira, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado. Julgado em: 05/05/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AI2099017-77.2020.8.26.0000**. Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 03/06/2020, DJe: 03/06/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AI2169129-37.2021.8.26.0000**; Rel. Milton Carvalho, 36ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 09/09/2021, DJe: 09/09/2021.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Clóvis Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. **Coleção biblioteca de direito civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, v. 106, Pp. 101 – 150, out./dez. 2020.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 02, 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195. Com a colaboração de Nanni, 2018, p. 679; Salles, 2014, p. 52; Amaral, 2018.

ZANETTI, Cristiano de Souza. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JR, Otavio Luiz (Coord.). **Sociedade de risco e direito privado**. São Paulo: Atlas, 2013.