

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

RAFAEL BATISTA MARQUEZ

CLÁUSULA *TAKE OR PAY* EM CONTRATOS DE LONGO PRAZO

SÃO PAULO

2018

RAFAEL BATISTA MARQUEZ

CLÁUSULA *TAKE OR PAY* EM CONTRATOS DE LONGO PRAZO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo do Conhecimento:  
Direito dos Negócios

Orientador: Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa.

SÃO PAULO

2018

Marquez, Rafael Batista.

Cláusula take or pay em contratos de longo prazo / Rafael Batista Marquez. - 2018.  
65 f.

Orientador: André Rodrigues Corrêa.

Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Contratos. 2. Boa fé (Direito). 3. Direito comercial. I. Corrêa, André Rodrigues. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.74

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

RAFAEL BATISTA MARQUEZ

CLÁUSULA *TAKE OR PAY* EM CONTRATOS DE LONGO PRAZO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa

Campo do Conhecimento:  
Direito dos Negócios

Data da Aprovação: / /

**Banca Examinadora**

---

Prof. Orientador André Rodrigues Corrêa

---

Prof. Dr. Luciano Godoy

---

Prof. Dr. Cássio Cavalli

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Giuliana Bonanno Schunck

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha Maria Christina M. Gueorguiev, pelo grande amor, amizade, parceria, inesgotável suporte e paciência, especialmente durante este período.

Aos meus amados filhos Gabriela e Bernardo, privados do pleno convívio comigo nos últimos anos, que o meu empenho neste trabalho lhes alcancem em forma de incentivo em suas caminhadas.

A minha mãe, com amor, pela bravura e constante fonte de inspiração e que me possibilitaram chegar até aqui. Ao Elibio, com carinho e amor, pela sua brilhante trajetória acadêmica e profissional e que a todo tempo me servem de exemplo.

Ao Alexandre, pela eterna amizade, parceria e amor. A Sophia, com amor, que este trabalho lhe propicie estímulo e dedicação em sua jornada jurídica que se inicia.

## **AGRADECIMENTOS**

Na tentativa de elencar todos aqueles que contribuíram nesta solitária caminhada da dissertação de mestrado, necessário se faz expressar alguns agradecimentos.

Inicialmente, agradeço a minha amada mulher e aos meus filhos por todo o apoio e incentivo e por terem suportado longos meses de ausências e falta de tempo no convívio familiar. Agradeço também a Maria Eugenia pelo carinho, cuidado e constante apoio.

Como não poderia ser diferente, um muito obrigado ao meu orientador, o Professor Doutor André Rodrigues Corrêa, pela disponibilidade, discussões, compartilhamento de seu conhecimento e pelas precisas, preciosas e necessárias intervenções feitas durante o desenvolvimento deste trabalho.

Importante também aqui ressaltar o meu agradecimento aos colegas de turma do Mestrado, que, durante os últimos dois anos, propiciaram ótimas trocas de conhecimento nas mais variadas frentes jurídicas.

Por fim, agradeço a Fundação Getulio Vargas, na pessoa do Professor Doutor Mario Engler, pelo desenho e estruturação do curso de Mestrado Profissional que tanto contribuiu para a minha formação.

*“(...) a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reacção do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer económica, e que todo o contraente o deve assumir (...)”*

(Enzo Roppo)

## RESUMO

MARQUEZ, Rafael Batista. Cláusula *take or pay* em contratos de longo prazo. Dissertação de Mestrado Profissional da FGV Direito SP – Escola de Direito de São Paulo, 2018.

O escopo deste trabalho consiste na análise do racional e do funcionamento da cláusula *take or pay*, largamente utilizada em contratos de longo prazo, usualmente em contratos de fornecimento. Para tanto, tratar da tipicidade (social) da cláusula *take or pay* mostrou-se necessário. Isso porque, abordou-se a qualificação e interpretação da obrigação decorrente da cláusula e a sua finalidade, tendo em vista a boa-fé objetiva e o dever de cooperação entre as partes. Indo além, abordou-se a natureza jurídica da cláusula *take or pay*, considerando a inafastável e necessária prefixação dos valores a serem pagos em caso de descumprimento da obrigação. Na sequência, analisou-se a aplicabilidade do artigo 413 do Código Civil. Por derradeiro e a fim de apresentar aspectos propositivos, abordou-se a importância do cuidado com a redação contratual, bem como algumas recomendações práticas sobre a cláusula *take or pay*, endereçando algumas preocupações quando do seu uso, ainda pouco amadurecido no Brasil. Assim, acredita-se que o presente estudo contribuirá para o desenvolvimento do uso da cláusula de forma previsível e respeitando a segurança jurídica almejada nas relações contratuais.

**Palavras-chave.** Cláusula *take or pay*. Contratos de longo prazo. Boa-fé objetiva. Dever de cooperação. Prefixação dos danos. Segurança jurídica. Previsibilidade.



## ABSTRACT

MARQUEZ, Rafael Batista. *Take or pay* clause in long-term contracts. Professional Master's dissertation – FGV Law SP. School of Law, São Paulo, 2018.

This work consists on the analysis of the rationale and practice of *take or pay* clause, widely applied in long-term contracts, usually in supply agreements. To do so, dealing with the typicity (social) of the *take or pay* clause was necessary. It was taken into account the qualification and interpretation of the obligation provided in the clause and its purpose, vis-à-vis the good faith principle and the cooperation duty between the parties. Beyond that, this study aimed to address the legal nature of *take or pay* clause, as the due values are pre-determined (liquidated damages) in case of default. In addition to that, for a comprehensive understanding, the study also evaluated the applicability of article 413 of the Brazilian Civil Code. The study propositional approach focused on the importance of the contract wording and recommends some practical measures for the clause legal writing, which is still incipient in Brazil. Based on that, the author believes that this study may contribute to enable the development of the *take or pay* clause in a predictable manner respecting the legal safety in the contractual relations.

**Keywords.** *Take or pay* clause. Long-term contracts. Good Faith. Cooperation duty. Liquidated damages. Legal safety. Predictability.

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	11
2. A cláusula <i>take or pay</i> e a sua sistemática.....	14
2.1. Um breve histórico da cláusula <i>take or pay</i> .....	18
3. A cláusula <i>take or pay</i> e os contratos de longo prazo.....	21
3.1. A finalidade da cláusula <i>take or pay</i> e a sua tipicidade social.....	22
3.2. Qualificação jurídica da cláusula <i>take or pay</i> .....	27
4. Interpretação da cláusula <i>take or pay</i> : boa-fé e dever de cooperação.....	34
4.1. Dever de cooperação e a concreção na interpretação contratual.....	42
5. A cláusula <i>take or pay</i> e o artigo 413 do Código Civil.....	48
5.1. Alguns precedentes judiciais.....	55
6. Conclusão.....	59
7. Referências.....	63

## 1. Introdução

A cláusula *take or pay*, apesar de ser comumente utilizada na prática comercial no Brasil e no mundo, ainda não foi objeto de estudos mais aprofundados e detalhados no Brasil.

A ideia central do trabalho é apresentar a estrutura, o funcionamento e a função de uma cláusula *take or pay*. Para isso, se faz necessário traçar, ainda que resumidamente, a sua origem e as principais circunstâncias de sua utilização, na medida em que essa contextualização ajudará na definição da natureza jurídica da cláusula e no seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro.

As partes envolvidas numa relação de longo prazo necessitam, especialmente, de segurança e previsibilidade. Nesse sentido, a cláusula *take or pay* desempenha ótima função. De um lado, propicia a uma das partes a realizar investimentos na medida em que o fornecimento mínimo do seu produto está garantido e, de outro, garante ao comprador um conforto e o resguarda da falta de produto, a fim de que ele possa se comprometer com a sua produção e seus clientes.

Dito de outro modo, o fornecedor tem a garantia que a sua produção será adquirida e o comprador tem a segurança que não lhe faltará o produto. Caso o compromisso firmado seja descumprido em determinado período, a obrigação decorrente da cláusula *take or pay*, previamente acordada, será devida. Diante disso, o que se pretende abordar é a identificação da natureza jurídica da cláusula *take or pay*, bem como os seus desdobramentos.

Importante salientar que o enfoque e os desdobramentos aqui considerados pressupõem relações contratuais e comerciais envolvendo empresas com experiência comercial e formatadas diante de ampla e franca negociação quando da formalização de suas obrigações contratuais. Em outras palavras, trata-se de relação contratual em

que as partes envolvidas possuem capacidade de negociar e entender efetivamente o tipo de relação contratual e mercantil a que se comprometeram<sup>1</sup>.

Ademais, além da função econômica da cláusula *take or pay*, abordar-se-á a tipicidade (social) da cláusula, a necessária boa-fé e o dever de cooperação nas relações contratuais de longo prazo.

Na sequência, outro aspecto relevante objeto de estudo são os efeitos do descumprimento contratual e o pagamento da obrigação correspondente e devidamente prefixada. Em decorrência disso, necessário se faz também tratar da aplicabilidade do artigo 413 do CC quando da interferência do Judiciário ou da Arbitragem, especialmente por se tratar de uma relação comercial frustrada a partir de determinado momento e que não se encerrou da forma esperada pelas partes.

Por fim, apontar-se-á algumas recomendações práticas acerca da cláusula *take or pay*, bem como a importância de uma boa redação contratual, com o intuito de, previamente, clarear ao máximo eventuais questões controversas decorrentes de qualquer relação contratual complexa ou de longo prazo, em especial quando a insurgência acarreta no questionamento acerca dos pagamentos de altas quantias devidas e que muitas vezes não foram questionadas durante a relação contratual.

Embora o presente estudo não tenha a pretensão de esgotar todas as questões e os vários aspectos que decorrem de uma relação contratual de longo prazo envolvendo uma cláusula *take or pay*, o intuito do trabalho é alertar para as várias facetas da discussão envolvendo a cláusula *take or pay*, bem como propor algumas soluções práticas, de interpretação e de redação da cláusula, a fim de mitigar problemas decorrentes de qualquer relação contratual de longo prazo.

---

<sup>1</sup> Sobre esse aspecto, Forgioni (2003, p. 23) sustenta que “[é] mesmo evidente que os negócios mercantis merecem tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre empresários, sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial inadequado ‘consumerismo’ fadado à rejeição.”

Cumprir destacar que o interesse pelo tema surgiu em decorrência da minha trajetória profissional na advocacia, especialmente após os anos em que trabalhei no departamento jurídico de uma grande empresa petroquímica.

Naquela época, vale aqui dizer, o volume de contratos de longo prazo para o fornecimento de matéria prima para a cadeia produtiva da indústria petroquímica era algo bastante significativo. Além disso, participei de inúmeras negociações contratuais para a celebração e resolução de contratos nacionais e internacionais, tendo como um dos principais pontos de discussão e atenção os desdobramentos e reflexos da cláusula *take or pay*.

De fato, foi a partir disso que identifiquei que a relevância do tema ia bem além dos interesses da empresa ou do setor petroquímico. A bem da verdade, uma cláusula *take or pay* bem redigida e acordada contribui para uma relação comercial duradoura e pacífica, mitigando problemas muitas vezes simples e comuns decorrentes de uma relação de longo prazo, desde que as partes envolvidas não se distanciem do necessário dever de cooperação, essencial numa relação de longo prazo.

Portanto, este trabalho tem como principal propósito clarear, aprofundar e contribuir para o uso e desdobramentos da cláusula *take or pay*, a fim de que as empresas interessadas possam utilizá-la cada vez mais em seus contratos de fornecimento de longo prazo, norteadas pela segurança jurídica e previsibilidade.

## 2. A cláusula *take or pay* e a sua sistemática

A cláusula *take or pay*<sup>2</sup> estipula uma obrigação de o comprador pagar por uma quantidade mínima de determinado produto contratualmente estabelecida ainda que referida quantidade de insumo não seja efetivamente adquirida (Masten & Crocker, 1985, p. 1083).

O cumprimento da obrigação constante da cláusula *take or pay* pode variar de acordo com a atividade empresarial exercida. A obrigação de consumo mínimo é ajustável. Pode ser, por exemplo, diária, mensal, trimestral, anual, a depender das necessidades operacionais de fornecimento e consumo das empresas envolvidas. O que interessa é que em caso de descumprimento contratual, os valores devidos em decorrência da cláusula *take or pay* deverão ser pagos.

Vale dizer que o referido pagamento incide sobre a diferença entre a quantidade efetivamente adquirida e a quantidade mínima a que o comprador se obrigou a adquirir (Medina, 1991-1992, pp. 288-289).

A fim de flexibilizar e viabilizar um fluxo operacional mais equilibrado e razoável entre os contratantes, na medida em que no dia a dia operacional das atividades empresariais surgem contratempos, existem mecanismos contratuais que possibilitam alongar no tempo o prazo para a aquisição da quantidade mínima, sem a incidência da cobrança da cláusula *take or pay* de imediato. Tais mecanismos são chamados de *make up right* e *carry forward right* (Miranda R. S., 2002, pp. 269-270).

O *make up right* consiste na possibilidade de o comprador acomodar a aquisição de determinada quantidade mínima mensal, por exemplo, ao longo de um

---

<sup>2</sup> Considerando que a cláusula *take or pay* consiste numa obrigação de se atender a um mínimo contratual, há outras cláusulas que regulam uma obrigação de mínimo contratual e que variam com o tipo de contrato firmado, isto é, pode ser uma cláusula *ship or pay*, quando se tratar de uma obrigação de transporte mínimo ou uma cláusula *delivery or pay*, quando se tratar de uma obrigação de fornecimento mínimo. Independentemente do tipo de obrigação, o racional de se atender a um mínimo contratual é o mesmo. Vale dizer, as premissas desenvolvidas neste trabalho se aplicam para todas as formas de obrigação de se atender o mínimo contratual.

trimestre. Caso o mínimo contratual não seja atingido num mês, o comprador poderá acomodar a aquisição do mínimo mensal ao longo dos dois meses restantes. Para tanto, terá que adquirir acima do volume mínimo do *take or pay* nos meses seguintes e, com isso, equalizar o consumo mínimo a que se obrigou (Medina, McKenzie, & Daniel, 1986-1987, pp. 188-189).

O *carry forward right* se aplica quando o comprador adquire volumes superiores ao volume acordado na cláusula *take or pay*. Com isso, caso no próximo ciclo de consumo mínimo o comprador não adquira o volume acordado, este poderá se valer do volume adquirido a maior no período anterior e equalizar a quantidade mínima que se obrigou contratualmente, afastando, assim, as consequências do descumprimento contratual.

Esses mecanismos geram uma maior previsibilidade e programação ao longo do contrato, na medida em que possibilitam uma maior flexibilidade no cumprimento do contrato, sem o pagamento imediato da obrigação (Medina, 1991-1992, p. 289 e 292). Se mesmo após a prerrogativa de uso das cláusulas acima explicitadas a quantidade mínima não for atendida, a obrigação decorrente da cláusula *take or pay* será exigível.

Há mercados e setores que não comportam essa flexibilidade. Isso porque, em muitos casos, não há viabilidade logística ou técnica, por exemplo, para o fornecedor estocar o produto não adquirido pelo comprador num determinado período para ser adquirido posteriormente, uma vez que a produção do fornecedor não se interrompe e, com isso, não há como armazenar mais produtos além da quantidade que está sendo produzida naquele momento.

Um aspecto relevante e que merece destaque é o fato de que o fornecedor do produto pode vender para terceiros o produto não adquirido pelo comprador, apesar de o pagamento correspondente ter sido efetuado. Dito de outro modo, o comprador perde o direito de adquirir a quantidade mínima contratada do produto e que não fora utilizada. Desse modo, o fornecedor pode vender o produto para outro interessado.

O descumprimento contratual da cláusula *take or pay* durante a execução do contrato não enseja por si só a resolução do contrato firmado. Cumpre esclarecer, entretanto, que o não pagamento decorrente do descumprimento contratual pode ensejar a sua resolução.

Quando se está diante de uma atividade empresarial, o empresário e o mercado buscam, entre outras coisas, segurança e previsibilidade em suas relações e negócios. Isso se torna ainda mais evidente e necessário quando estamos a falar em relações de longo prazo.

Há diversos negócios e setores econômicos que demandam programação e comprometimento ao longo de muitos anos e, por vezes, décadas. Para tanto, as partes envolvidas se amparam em contratos de longo prazo, justamente para alcançarem a segurança e a previsibilidade necessárias e, com isso, mitigarem os riscos inerentes à atividade empresarial.

Ocorre que, por vezes, essa tentativa de mitigar os riscos não é uma tarefa fácil. Na realidade, trata-se de uma árdua tarefa que envolve um excelente conhecimento do mercado em questão, elaboração de cálculos e estimativas, bem como a aposta na estratégia empresarial escolhida.

A cláusula *take or pay*, originalmente, começou a ser utilizada na década de 1960 nos Estados Unidos em contratos de longo prazo de fornecimento de gás (Medina, McKenzie, & Daniel, 1986-1987) e (Medina, 1991-1992), o que será logo mais explorado e será essencial para melhor entender o funcionamento e as consequências do descumprimento da própria cláusula *take or pay*.

A cláusula *take or pay* assume também função essencial na viabilização e na garantia do fluxo de caixa para quitação num Project Finance ou mesmo na cessão de recebíveis ao financiador, conforme apontado por Miranda (2002, pp. 269-270).

No mesmo sentido, Baleroni (2006, pp. 250-252) aduz que a função da cláusula *take or pay* é viabilizar o financiamento dos projetos, bem como o repasse de



investimentos feitos ao longo da cadeia no mercado de gás. Além disso, aponta que a cláusula tem o condão de tornar o contrato “firme”, considerando a obrigação de consumo mínimo.

O uso da cláusula *take or pay* para esse fim é bastante eficaz, na medida em que gera ao financiador um alto grau de segurança de que o projeto será devidamente quitado, pois terá garantido o fluxo de caixa viabilizador do contrato como um todo<sup>3</sup>.

Como já assinalado anteriormente, o que se pretende abordar aqui são as consequências e desdobramentos do descumprimento da cláusula *take or pay*. Isso porque, a garantia de uma demanda efetiva e segura ao fornecedor para produzir o seu produto e, de outro lado, ao comprador que terá a certeza da disponibilidade do produto para o seu negócio é que enseja o uso da cláusula *take or pay*, que funciona como uma salvaguarda contratual e mitiga eventuais comportamentos oportunistas em momentos cruciais de alta ou baixa disponibilidade de produto no mercado.

Uma perspectiva interessante e que merece breve destaque é o fato de que em muitas indústrias a falta de produto (matéria prima, insumo) em seu processo produtivo, ainda que por curtos períodos, pode colocar em xeque toda a operação de uma linha de produção ou mesmo ocasionar a parada não programada da indústria. Daí porque a segurança advinda da cláusula *take or pay* é essencial nesses negócios<sup>4</sup>.

Assim, ambas as partes alcançarão uma estabilidade e segurança no que tange à disponibilidade de produto para desenvolver suas atividades empresariais, sob pena de pagamento da cláusula *take or pay*.

---

<sup>3</sup> Muito embora essa também seja uma utilização bastante frequente da cláusula *take or pay*, cumpre destacar que o presente trabalho tem como enfoque a cláusula *take or pay* e os contratos de fornecimento.

<sup>4</sup> Novamente, vale dizer que o mesmo racional se aplica para as cláusulas *ship or pay*, quando o contexto é ter garantido um espaço determinado num transporte ferroviário. É mais vantajoso correr o risco de eventualmente não utilizar todo o espaço contratado e pagar por isso do que não ter disponibilidade de espaço quando necessário para escoar a produção.

O fato é que ter a garantia da disponibilidade do produto é mais importante do que ter que, eventualmente, pagar pelo descumprimento da obrigação de consumo mínimo. Ao menos no que se refere à perspectiva de segurança operacional, na medida em que previne e resguarda as partes de oscilações do mercado (preço e produto). Da mesma forma que ter a garantia de aquisição mínima da produção é bastante relevante para o fornecedor.

Vale dizer, novamente, que a necessidade de se garantir um mínimo contratual gera a obrigatoriedade do pagamento, ainda que a parte obrigada não adquira o produto. Essa é a essência da obrigação assumida. Naturalmente, quando as partes pactuam a quantidade mínima, tem-se como foco uma média da quantidade mínima necessária para a operação daquele negócio.

Isso porque, em outras palavras, o pagamento correspondente ao consumo mínimo é devido ainda que não haja a aquisição. Esse é o risco que se assume em prol da previsibilidade e segurança almejadas num mercado em que não se cogita ficar sem determinado produto. Portanto, a definição equivocada do mínimo contratado ou a alteração no mercado podem ensejar o pagamento reiterado da cláusula *take or pay*. Essas são, aliás, duas das principais causas que envolvem as discussões sobre a *take or pay*.

## **2.1. Um breve histórico da cláusula *take or pay***

Um breve histórico do surgimento da cláusula *take or pay* tem como intuito melhor contextualizar o seu uso e contribuir para o desenvolvimento do raciocínio no presente estudo.

Medina (1991-1992, pp. 286-288) e Medina, Mckenzie e Daniel (1986-1987, pp. 189-192) apontam que as flutuações na demanda por gás natural nos Estados Unidos nas décadas de 1950 e 1960 geraram dificuldades financeiras para os produtores.

Isso porque, durante o inverno, a demanda por gás era enorme e os compradores de gás adquiriam todo o gás produzido. Até aí, nenhum problema.

Ocorre que os compradores insistiam que os produtores firmassem contratos com exclusividade a fim de obterem a garantia de disponibilidade constante de gás. Entretanto, nos períodos de baixa demanda, os compradores deixavam de comprar todo o gás produzido, na medida em que não havia uma obrigação de consumo mínimo. Os produtores, diante da baixa demanda e obrigação de exclusividade, não conseguiam vender o gás no mercado, o que impactava diretamente na recuperação de todos os seus custos de perfuração, exploração e operação.

Eis que os produtores lançaram mão da cláusula *take or pay* para garantirem o recebimento de um pagamento mínimo durante os períodos de baixa demanda. Naturalmente, os compradores não gostaram. Apesar da nova obrigação contratual, a cláusula passou a figurar regularmente nos contratos de fornecimento. Mesmo porque, durante os anos 70 e início dos anos 80, a demanda de gás superava a sua produção.

Em decorrência da queda do preço do gás nos anos 80, os compradores amarguraram a obrigação contratual de consumo mínimo. Para mitigar as perdas, os compradores se viram forçados a pegar o gás e revendê-lo no mercado por um preço ainda mais baixo ou a comprar o gás e retirá-lo depois na esperança de o preço do gás subir no mercado<sup>5</sup>.

Com a estabilização dos preços no mercado abaixo do preço fixado em seus contratos, os compradores tentaram negociar a alteração dos contratos com os produtores e até mesmo judicializar a questão, sem muito sucesso (Medina, 1991-1992, p. 287).

---

<sup>5</sup> Vale dizer que os mecanismos de *make up right* e *carry forward right* eram previstos nos contratos também para mitigar as consequências dessas oscilações.

O fato é que mesmo diante do ocorrido, o modelo contratual ainda assim segue mutuamente benéfico para ambas as partes. Há um trecho que merece ser transcrito do original diante da sua inequívoca clareza (Medina, 1991-1992, pp. 286-287).

Take-or-pay clauses, however, are more than just bargaining chips in negotiations for new gas reserves. They provide reasonable assurance to the producer of a certain minimum income stream from a well in cases where the producer is asked to make a long-term commitment of its gas to a single buyer. Having dedicated its gas under such a contract, it is of critical importance to the producer to have some assurance of recovering its substantial investment in the wells involved. Indeed, without a guaranteed minimum cash flow, producers are usually unwilling to commit their reserves to a single purchaser on a long-term basis

Feita a breve contextualização histórica da cláusula *take or pay*, bem como a sua capacidade de mitigar comportamentos oportunistas, pretende-se abordar a sua aplicação no Brasil e alguns dos entraves e desdobramentos que surgem quando do seu descumprimento.

### 3. A cláusula *take or pay* e os contratos de longo prazo

A partir da minha experiência profissional, dos contratos e cláusulas *take or pay* examinados ao longo dos anos, bem como do estudo realizado para desenvolver este trabalho, é possível dizer que a cláusula *take or pay* tem uma estrutura básica, comum e que se repete. Para fins do presente estudo, foram utilizadas como modelo as cláusulas<sup>6</sup> abaixo:

- Modelo de cláusula *take or pay* mensal sem a previsão de *make up right* e *carry forward right*:

A COMPRADORA fica obrigada a adquirir da FORNECEDORA as quantidades mínimas mensais de PRODUTO acordadas. A verificação do cumprimento da obrigação de adquirir o mínimo contratual será realizada da seguinte forma:

Até o dia 5 de cada mês, a FORNECEDORA verificará se a COMPRADORA adquiriu a quantidade mínima de PRODUTO em relação ao mês anterior. Caso não seja constatada a aquisição da quantidade mínima mensal pela COMPRADORA, esta incorrerá no pagamento equivalente à diferença entre a quantidade mínima a que se obrigou a adquirir e a quantidade efetivamente adquirida, considerando o preço do PRODUTO no mesmo mês que descumprida a obrigação.

- Modelo de cláusula *take or pay* mensal com a previsão de *make up right* e *carry forward right* anual:

A COMPRADORA fica obrigada a adquirir da FORNECEDORA as quantidades mínimas mensais de PRODUTO acordadas. A verificação do cumprimento da obrigação de adquirir o mínimo contratual será realizada, anualmente, da seguinte forma:

Caso a COMPRADORA deixe de adquirir as quantidades mínimas mensais acordadas ou adquira quantidades superiores ao mínimo, a diferença entre as quantidades mínimas e o que foi efetivamente adquirido será creditada ou debitada à COMPRADORA.

---

<sup>6</sup> O fato desta cláusula ser utilizada como modelo não significa que ela sirva como padrão para qualquer relação contratual. O intuito aqui é trazer uma cláusula concreta para um melhor estudo.

Até o dia 5 do primeiro mês do novo ciclo anual do contrato, a FORNECEDORA verificará se a COMPRADORA adquiriu a quantidade mínima de PRODUTO considerando a aquisição nos últimos 12 meses. Caso não seja constatado a aquisição da quantidade mínima anual pela COMPRADORA, esta incorrerá no pagamento equivalente à diferença entre a quantidade mínima a que se obrigou a adquirir anualmente e a quantidade efetivamente adquirida, considerando o preço médio do PRODUTO nos últimos 12 meses.

A delimitação do teor da cláusula é bastante relevante para fins de qualificá-la juridicamente no Brasil. Para tanto, se faz imprescindível analisar a tipicidade da cláusula, e o dever de cooperação e boa-fé (concretamente) entre as partes envolvidas.

### **3.1. A finalidade da cláusula *take or pay* e a sua tipicidade social**

Do princípio da autonomia da vontade resulta a mais relevante fonte primária de regulação contratual, que é a vontade das partes (Roppo, 2009, pp. 142-144). Às partes é permitido firmar contrato e contrair obrigação não previstos em lei (contrato atípico), na medida em que ao optarem por exercer a liberdade de contratar, consensualmente, criam obrigações (Gomes, 2001, pp. 102-103).

Na visão de Bittar (1990, p. 45), o contrato de fornecimento tem como características prestações continuadas e sucessivas, mediante a satisfação de um preço e, via de regra, de longo prazo. O preço pode ser certo ou ajustável a cada etapa do fornecimento, a depender do mercado em questão. Precipuamente, destina-se a possibilitar o escoamento da produção. Sob a perspectiva do comprador, permite que este tenha garantido certa quantidade de produto para sua operação. Para Gomes (2001, p. 103), o contrato de fornecimento é tido como um contrato atípico.

De outro lado, pode-se dizer que “ao reconhecermos que a vontade humana é capaz de criar obrigações, ao sujeito de direito também é facultada a possibilidade de vincular-se em contratos não previamente estipulados na lei” (Fernandes & Rodriguez, 2011, p. 162). Na mesma toada, Roppo (2009, p. 134) complementa no sentido de

que os contratos firmados e não previstos em lei podem decorrer da recorrente prática social, entendida como “tipos sociais”.

Na mesma esteira, Verçosa (2010, pp. 44-45) expõe que os empresários podem livremente criar contratos que amparem suas demandas comerciais não existentes até então. A partir daí, tal contrato se torna lei entre as partes e de cumprimento obrigatório. Em outras palavras, tem-se claro que a autonomia privada acarreta a “*liberdade de modelação ou de estatuição dos contratos*”. Pode-se dizer que a autonomia privada propicia o estabelecimento e a auto regulação dos interesses particulares, criando-se *fattispecies*<sup>7</sup> “aptas à geração de vínculos”.

Demais disso, Bessone (1997, p. 26 e 38) também pontua que às partes é dado discutir livremente os termos contratuais, firmar contratos previstos em lei ou mesmo outros “inéditos que imaginem”, bem como “fixar os seus efeitos etc”. Na sequência, defende que em relação às “operações novas, desconhecidas ao tempo da elaboração dos Códigos, compete à doutrina elaborar noções adequadas”<sup>8</sup>.

Impende destacar, novamente, que o surgimento da cláusula *take or pay* teve o condão de mitigar distorções e viabilizar o cumprimento e execução do contrato de fornecimento de forma previsível, garantindo um fluxo de pagamento mínimo, prefixando os valores a serem pagos. O fato é que a cláusula *take or pay* é recorrente e usual nos contratos de fornecimento de gás, energia elétrica, produtos petroquímicos, etc., bem como em contratos de transporte.

Ocorre que, não raro e por diversas razões<sup>9</sup>, apesar de o mercado ter determinado o exato funcionamento da cláusula *take or pay*, as partes acabam por descumprir a obrigação constante da cláusula *take or pay* ou mesmo por perder o interesse na relação antes do término do contrato, o que enseja o pagamento da cláusula *take or pay*. A partir daí, inicia-se muitas vezes discussões jurídicas que

---

<sup>7</sup> Para um estudo mais aprofundado, conforme indicado pelo autor, vide (Martins-Costa, O direito privado como um "sistema em construção" : as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, 1998).

<sup>8</sup> Entendo que, no caso de novas operações, cabe à doutrina e também à jurisprudência se debruçarem sobre o tema, desde que respeitem a vontade das partes e os usos e costumes.

<sup>9</sup> Serão objeto de estudo mais adiante.

afrontam, inclusive, a prática de mercado há muito estabelecida e reiterada pelas partes no caso concreto. Isso sem mencionar o funcionamento e o racional da cláusula *take or pay*.

Dito isso, é possível afirmar que os empresários não optam por contratar determinada obrigação apenas em razão da sua liberdade contratual ou autonomia da vontade. Eles o fazem por uma necessidade empresarial requerida pelo mercado. Na realidade, a liberdade de contratar possibilita aos empresários alcançar esse objetivo (Fernandes & Rodriguez, 2011, p. 162).

Interessante citar a contribuição do Macedo Jr. (1998, p. 151) no sentido de que o conceito de contrato não é algo engessado:

Neste sentido, o direito enquanto conceito não corresponde a nenhuma essência, mas serve para qualificar algumas práticas histórica e socialmente determinadas. Da mesma maneira, o conceito de contrato não corresponde a nenhuma essência ou estrutura imutável, mas antes descreve um conjunto de práticas que apresentam algumas “semelhanças de família” que permite agrupá-las sob o mesmo conceito. Assim, se por um lado é válido reconhecer que “não existe uma coisa que poderíamos chamar de contrato típico”, por outro lado é importante reconhecer que há um conjunto de práticas jurídicas que permitem identificar historicamente a formação de uma identidade conceitual.

Para Gomes (2001, p. 102), a frequência habitual do mercado na opção por determinadas formatações jurídicas não previstas em lei para amparar suas atividades empresarias acaba, com o tempo, por adquirir uma tipicidade. Partilhando do mesmo entendimento, Brito (1990, pp. 166-168) defende que, afora os contratos historicamente tipificados, muitos dos contratos foram recepcionados pela lei diante da sua ampla utilização no mercado.

O que ora aqui se pretende demonstrar é que um contrato, ou mesmo uma cláusula, com o tempo e recorrência de seu uso, pode deixar de ser normativamente atípico e vir a se tornar socialmente típico em dado momento. De fato, há algumas situações em que a recorrência do uso de determinado mecanismo contratual está tão



arraigado no mercado que o seu funcionamento se difunde pelo mercado, adquirindo uma espécie de tipicidade.

As partes criam novas formas contratuais, a depender da necessidade imposta por uma negociação específica, tendo como suporte premissas de contratos típico ou mesmo sem uma correlação descrita em lei ou, ainda, diante de práticas socialmente típicas, o que se pode chamar de tipicidade social. Dito de outro modo, o direito tende a reconhecer práticas “socialmente usuais”, decorrentes de negócios que se repetem com base em algumas mesmas “notas prescritivas” (Fernandes & Rodriguez, 2011, p. 163).

Na visão de Brito (1990, p. 169)<sup>10</sup>, a tipicidade social é um “instrumento de racionalidade, economia e evolução”, na medida em que:

- facilita a negociação; os operadores económicos não têm a necessidade de, a cada momento, reinventar uma solução jurídica adequada para prosseguir a função económica-social correspondente ao tipo social em causa;
- permite a referência simplificada a uma determinada realidade, uma vez que ao contrato socialmente típico é, em regra, atribuída uma designação global;
- simplifica a discussão sobre a validade e efeitos jurídicos do contrato em causa, tendo em conta a elaboração, por via doutrinária e jurisprudencial, de uma disciplina própria do tipo social;
- prepara a absorção legal de novas realidades; o tipo social tornar-se-á, naturalmente, aquando de uma reforma legislativa, tipo legal.

Ao que parece, a cláusula *take or pay*, se enquadra perfeitamente nos aspectos acima descritos. Vale dizer que quando o mercado e as empresas estão diante da negociação de uma cláusula *take or pay*, sabe-se claramente o que está em discussão.

---

<sup>10</sup> Muito embora a tese da autora seja consistente e não mereça a crítica lançada por (Duarte, 2000, p. 153), esta reage no sentido de que ao fundamentar que os costumes regulam as relações num contrato socialmente típico, “parece colocar-se mais no plano sociológico do que no dogmático.”

Dito de outro modo, sabe-se que um determinado volume mínimo a ser adquirido deverá ser respeitado, sob pena de incidência da cobrança previamente acordada e que tem a função de prefixar o prejuízo causado pelo descumprimento. O que se discute no caso concreto são os prazos de pagamento, a quantidade mínima adquirida, a qualidade do produto, os termos de eventual flexibilização (*make up right* e *carry forward right*), etc, mas não o funcionamento da cláusula *take or pay*.

Corroborando, Betti (2007, p. 345) destaca o seguinte.

[P]elo menos em direito moderno, no lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada num número fechado de denominações – tipicidade que ainda impera no campo dos provimentos (exceto sua eventual discricionariedade) –, entra outra tipicidade, que, embora cumpra a tarefa de limitar e orientar a autonomia privada, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos e opera-se mediante o recurso às avaliações econômicas ou éticas da consciência social historicamente determinada: sendo assim, poderíamos chama-la de *tipicidade social*.

Ainda sobre a tipicidade social, Roppo (2009, p. 134) pontua de modo didático como um tipo social é percebido pelo legislador como relevante no tráfico mercantil e, diante disso, o converte num tipo legal<sup>1112</sup>.

Naturalmente, os tipos legais não são fixados uma vez por todas. Num dado momento histórico, a lei prevê e disciplina um certo número deles, na base do reconhecimento de que as operações a que correspondem são socialmente úteis e merecedoras de tutela jurídica; mas com o evoluir da condições económico-sociais, novas operações, novos géneros de negócios, diversos dos correspondentes aos tipos codificados, podem emergir, por difusão e importância, no tráfico. Desenham-se, assim, com eles, novos tipos contratuais, não contemplados expressamente pelo legislador e portanto não reconduzíveis a <<tipos legais>>, mas de facto reconhecidos e

---

<sup>11</sup> Embora a cláusula *take or pay* conste do ordenamento jurídico brasileiro desde 2001, o fato é que o artigo 1º, § 4º da [Lei 10.312/2001](#) trouxe apenas o seu conceito e nada mais. Vejamos a transcrição da definição legal: “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.”

<sup>12</sup> Um ótimo exemplo recente desse “fenômeno”, e que ainda será explorado neste trabalho, foi a tipificação do contrato de *built to suit*. A Lei 12.744/2012 alterou o art. 4º e acrescentou o art. 54-A à [Lei nº 8.245/1991](#). Aliás, vale ressaltar que esta disposição legal será útil para fins da qualificação jurídica da cláusula *take or pay*.

correntemente empregues no contexto sócio-económico, e que se definem por isso por <<tipos sociais>>: (...) Geralmente acontece que o legislador – precedido pela realidade e pelas exigências da economia – acaba por tomar conhecimento *ex post* da existência desses <<tipos sociais>>, considera-os dignos de reconhecimento e tutela e procede, mais cedo ou mais tarde, à sua regulamentação específica: quando isto acontece, os <<tipos sociais>> elevam-se a <<tipos legais>> e a série destes últimos enriquece-se.

Não bastasse a tipicidade social da cláusula *take or pay*, o que por si já faz com que as questões negociais gravitem em torno de aspectos comerciais e não de conceitos jurídicos específicos da cláusula, considerando que empresas atuantes nesse mercado conhecem no detalhe todos os meandros da sistemática do compromisso *take or pay*, vale ressaltar que as declarações das partes no curso das negociações devem ser interpretadas de acordo com a boa-fé, sendo a lealdade e a transparência dos termos negociados entre as partes condutas imprescindíveis a fim de reforçar a opção pelo negócio jurídico escolhido (Betti, 2007, pp. 351-352).

Ora, o interesse comercial entre duas ou mais empresas para o uso da cláusula *take or pay*, por vezes, acaba sendo a melhor alternativa escolhida pelas partes envolvidas. Isso porque, ao se contratar uma cláusula *take or pay*, contrata-se uma obrigação firme de consumo mínimo, o que traz de forma indissociável a segurança e previsibilidade almejadas numa relação jurídica, ainda que a empresa que se comprometeu com o consumo mínimo tenha que, eventualmente, arcar com o pagamento da cláusula *take or pay*, em caso de descumprimento da obrigação.

### **3.2. Qualificação jurídica da cláusula *take or pay***

O pagamento decorrente do descumprimento da cláusula *take or pay*, além de funcionar como um incentivo para o cumprimento do contrato, serve, principalmente, como uma prefixação dos danos em caso de descumprimento contratual.

A cláusula *take or pay* não garante que a aquisição do produto pelo comprador seja constante. Na realidade, mitiga, mesmo que parcialmente, o prejuízo causado ao fornecedor em caso de descumprimento contratual.

Para Tepedino e Schreiber (2008, p. 390), tem-se que a cláusula penal é entendida como a multa estipulada decorrente do inadimplemento absoluto ou relativo de uma determinada obrigação e as suas funções são de prefixação das perdas e danos nos casos de descumprimento contratual ou de incentivo ao devedor para satisfazer sua obrigação.

No mesmo sentido, Monteiro (1999, p. 656) entende que a cláusula penal<sup>13</sup> funciona ou como uma sanção ou como uma indenização. É verdade, no entanto, que a qualificação jurídica da cláusula penal não é algo trivial:

Uma das questões mais complexas e debatidas na doutrina tem sido a da natureza da cláusula penal.

A disputa sobre a qualificação jurídica da figura, bem como a dificuldade em resolvê-la, fica a dever-se, fundamentalmente, ao pressuposto de que se parte, ao aceitar-se a tese da dupla função: pois se a pena serve para fixar antecipadamente indenização e, simultaneamente, para compelir o devedor ao cumprimento, tratar-se-á, juridicamente, de uma indenização ou de uma sanção? (Monteiro A. J., 1999, p. 317)

---

<sup>13</sup> A cláusula penal suscita, mesmo nos dias de hoje, divergências doutrinárias em relação ao seu funcionamento e variações, muito embora sua utilização seja recorrente e há muito utilizada (Monteiro A. P., 2004, p. 113). É fato que existem divergências doutrinárias sobre o tema. Vejamos o apontado por Silveira (2011, p. 145): “No Brasil, existem defensores do modelo latino ‘clássico’, como Silvio Rodrigues que concebe duas finalidades para a cláusula penal, a de pré-avaliar o dano e a de reforçar a obrigação principal. No entanto, não se pode dizer que esta é a visão predominante no país porque a doutrina brasileira parece estar bastante dividida em relação a este ponto. Para ilustrar essa divisão doutrinária cita-se Orlando Gomes que diz de modo claro e objetivo que a ‘função da cláusula penal é pré-liquidar danos’, e Caio Mário que defende que a ‘finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o reforçamento do vínculo obrigacional’. Ou seja, três dos maiores civilistas brasileiros apresentam posições distintas quanto à finalidade da cláusula penal: prefixação de indenização; reforço da obrigação; ou estas duas em concomitância”. Adicionalmente, Benacchio (2008, p. 390) assim sintetiza: “A doutrina nacional contemporânea abraça essa concepção por enxergar no instituto em estudo traços indenizatórios e sancionatórios, como se pode constatar das lições de Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e R. Limongi França, ainda que haja pensamentos divergentes, como o de Caio Mario da Silva Pereira, o qual, todavia, prefere acentuar o caráter de reforço da obrigação ao invés de, expressamente, o caráter penal.

Considerando que o valor da obrigação decorrente do inadimplemento da cláusula *take or pay* fora prefixado quando da assinatura do contrato, pode-se dizer que se trata de uma cláusula penal.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), inclusive, já se manifestou diversas vezes acerca da cláusula *take or pay*. O entendimento reiterado acerca da natureza jurídica da cláusula é no sentido de que se trata de uma típica cláusula penal, convergindo com a posição aqui já externada.<sup>14</sup>

Cumprir destacar, ainda que rapidamente, a forma como a cláusula *take or pay* é qualificada nos Estados Unidos. Para Masten & Crocker (1985, p. 1087), a cláusula *take or pay*, acaso descumprida, configura o dever de pagar uma penalidade ou de “*expectation damages*”. Em suas palavras:

This penalty, known as "expectation damages," is commonly employed by the courts and would normally apply to gas contracts in the absence of a stipulated take obligation. If the courts always and unerringly chose this award, there would be little need to stipulate damages in the contract. But the uncertainty associated with judicial rulings encourages costly litigation. By stipulating damages, the parties avoid the costly process of determining the appropriate penalty in the courts, and rejection of deliveries becomes an option that may be unilaterally invoked by the purchaser. Since the optimal penalty for breach declines as a well is depleted, gas contracts usually express the penalty for refusing delivery as a fraction of reserves or deliverable capacity. In that way, the penalty obtaining in each successive period covered by the contract adjusts automatically to the declining level of remaining reserves.

Vale aqui citar o emblemático caso *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*<sup>15</sup> julgado em Chicago, no estado de Illinois. Em apertada síntese, discutiu-se no caso a cobrança da cláusula de quantidade mínima em decorrência do descumprimento contratual por parte da Carborundum, que havia se comprometido a enviar 22.500 toneladas de um produto para que a Lake River ensacasse e distribuisse o produto ao longo de três anos. No entanto, a Carborundum enviou apenas 12.000 toneladas.

---

<sup>14</sup> No capítulo 5.1., constam as transcrições dos precedentes do TJSP que reconhecem a cláusula *take or pay* como sendo uma cláusula penal.

<sup>15</sup> *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 [7th Cir. 1985].

Diante disso, a Lake River, em razão dos investimentos feitos para atender o contrato e por ter ficado durante esse período à disposição da Carborundum, ajuizou a ação para cobrar a diferença entre a quantidade de produto enviado e a quantidade mínima a que a Carborundum tinha se comprometido em enviar.

Em suma, passou-se a discutir a natureza jurídica da cláusula de quantidade mínima<sup>16</sup>, ou seja, se se tratava de uma cláusula penal ou de uma cláusula de pré-liquidação de danos.

Em segunda instância, o Juiz Richard Posner<sup>17</sup> entendeu que se tratava de uma cláusula penal e, portanto, a penalidade não poderia ser exigida, pois o Estado de Illinois veda a cobrança de cláusula penal. O fato é que o próprio Posner entende que partes sofisticadas não deveriam sofrer qualquer limitação para fins de contratação de cláusula penal<sup>18</sup>, mas se curvou às limitações impostas pelo Estado de Illinois.

A condenação ao pagamento da penalidade decorrente da cláusula *take or pay* somente não ocorreu no mencionado caso em razão de uma vedação existente em alguns Estados americanos<sup>19</sup>. Tal como tratado no referido caso, a cláusula *take or pay*, no Brasil, possui a natureza jurídica de uma cláusula penal.

---

<sup>16</sup> The litigators framed the case in terms of the liquidated damages/penalty clause distinction. If a stipulated damage remedy in the agreement could be characterized as liquidated damages it would be enforceable. But if a court found it to be a penalty, it would not. A lot of scholarly writing, including that of Judge Posner, has questioned the logic behind the penalty clause bar in contracts between sophisticated parties. Nevertheless, the doctrine has survived. Indeed, in some states, notably Illinois, there is a presumption in favor of finding a disputed clause to be an unenforceable penalty. (Goldberg, 2008, pp. 428-429)

<sup>17</sup> Richard Posner é um dos nomes mais relevantes no que compete ao estudo da Análise Econômica do Direito.

<sup>18</sup> What has made the case so attractive to casebook authors was that Judge Posner was playing against type. Although he did not believe the rule against enforcement of penalty clauses made sense when dealing with agreements negotiated by sophisticated business parties, he felt bound by Illinois law. (...) Judge Posner, despite his hostility to the penalty clause bar, accepted the defendant's version and threw out the disputed clause. In personal correspondence, Judge Posner said that he was bound by the parties' framing of the issue. My purpose is not to apportion responsibility. Rather, it is to demonstrate the power of the economic approach. (Goldberg, 2008, p. 429 e 436)

<sup>19</sup> Trazendo para a ótica do Direito Brasileiro, pode-se dizer que o entendimento de Goldberg, ao analisar o caso, é de que se trata de uma obrigação alternativa a ser exercida pelo devedor em razão da opção feita em se adquirir ou não o produto. Vale dizer que na cláusula *take or pay*, caso o comprador opte por não comprar o produto, resta ainda a obrigação de pagamento da penalidade. Além disso, há o disposto nos arts. 252, § 1º e 410, ambos do CC, que apontam ser do credor a escolha pela forma de cumprimento da obrigação. Assim, não há como se falar em uma opção do devedor. A obrigação de adquirir um mínimo contratual enseja a aquisição do mínimo contratual ou o pagamento da penalidade daí decorrente.

Pois bem. Feita a rápida abordagem da cláusula *take or pay* nos Estados Unidos, é possível sintetizar o racional da cláusula tal como uma cláusula penal.

De facto, os contraentes podem recorrer à cláusula penal a fim de fixarem, desde logo, a indemnização que será devida em caso de incumprimento da obrigação principal. O credor, temendo não conseguir provar todos os danos que eventualmente possa sofrer, o que, além disso, implicaria um moroso processo judicial, de resultado sempre incerto, prefere acautelar-se, através de uma avaliação prévia do dano que, previsivelmente, o incumprimento lhe causará. O devedor, por seu lado, receando que o dano efectivo possa atingir proporções exageradas, fora das suas previsões, prefere, igualmente, prevenir-se contra essa eventualidade, acordando com o credor a indemnização a que este terá direito. Qualquer das partes retira vantagens, pois, de uma fixação antecipada da indemnização, ainda que ficando ambas sujeitas ao risco de o dano efectivo poder divergir sensivelmente da soma acordada. (Monteiro A. P., 2004, p. 118)

Percebe-se que fixar previamente os valores a serem pagos em caso de descumprimento é uma das funções da cláusula *take or pay*. Cumpre apontar que a “cláusula penal pode ser atinente a alguma qualidade da prestação, ou alguma quantidade mínima, em se tratando de prestação repetida ou continuada” (Miranda P. d., 2012, p. 165). Ademais, na essência, a cláusula penal e a cláusula *take or pay* não demandam a alegação ou demonstração de prejuízo (artigo 416 do CC).

Ramos (2005, pp. 194-196) sustenta que ocorre a “perda do direito” do comprador, caso a quantidade mínima não seja adquirida no prazo acordado. Aduz ainda que na sistemática da cláusula *take or pay* “ou o comprador retira um percentual mínimo (ou volume mínimo) do gás cuja aquisição foi contratada, pagando o valor proporcional avençado, ou não retira, mas continua obrigado ao adimplemento desse valor” (Ramos, 2005, p. 194).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Ramos (2005, p. 196) sustenta que apenas a obrigação decorrente da cláusula *delivery or pay* significa a necessidade do pagamento de uma penalidade prefixada. O que não se pode concordar, uma vez que ambas as cláusulas *take or pay* e *delivery or pay* consistem em um mesmo tipo de obrigação, qual seja, respeitar o mínimo contratualmente estabelecido, sendo irrelevante se se trata de uma obrigação de aquisição mínima ou de fornecimento mínimo,

Um aspecto interessante da cláusula *take or pay* está relacionado ao período de cumprimento da obrigação. Em linha do que fora já tratado anteriormente, as obrigações de consumo mínimo nos contratos de fornecimento obedecem, via de regra, uma periodicidade mensal.

Com isso, dentro de um período de apuração trimestral, semestral ou anual, caso a aquisição tenha sido maior (*carry forward right*) ou menor (*make up right*) do que a quantidade mínima contratual estabelecida, as partes, com esses mecanismos, equalizam a obrigação de se atingir um mínimo contratual.

Pela própria sistemática da cláusula *take or pay*, quando a quantidade mínima num determinado mês não é adquirida, ocorre o inadimplemento. Imperioso aqui destacar que a existência de *make up right* ou *carry forward right* modifica a situação no caso concreto. Se no contrato houver a previsão de *make up right*, por exemplo, ainda não há que se falar em inadimplemento. No entanto, uma vez ultrapassado o prazo de equalização (*make up right*), haverá o inadimplemento, dando ensejo à cobrança da cláusula *take or pay*.

Ora, a cláusula *take or pay* traz em si uma curiosidade, qual seja, a incidência e cobrança da penalidade previamente fixada ao longo da execução do contrato de fornecimento, sem que isso acarrete, necessariamente, na resolução contratual.

Dito de outro modo, em razão de a relação contratual ser de longo prazo, o descumprimento da obrigação de consumo mínimo e, de alguma forma do contrato também, não enseja a resolução, mas apenas o pagamento decorrente do descumprimento contratual específico de um período. Efetuado o pagamento da cláusula *take or pay*, a relação contratual segue em frente. A assunção do risco de arcar com o pagamento da cláusula *take or pay* ao longo do contrato ocorre em troca da certeza de disponibilidade do produto.

Há casos em que o descumprimento contratual é integral ou mesmo em caso de resolução antecipada do contrato, ensejando a cobrança da penalidade de todo o



período restante da obrigação assumida<sup>21</sup>, caso não haja uma cláusula dispondo de outra forma.

Pois bem. Os aspectos que determinam a natureza de cláusula penal da obrigação *take or pay* e a sua contratação são cristalinos. No que se refere ao cumprimento e pagamento da obrigação oriunda da cláusula *take or pay*, merecem ser apreciados com bastante parcimônia, sempre tendo em vista a natureza da relação e a intenção das partes, o que será feito a seguir quando da análise da aplicabilidade do art. 413 do CC.

---

<sup>21</sup> Cumpre assinalar que o racional da penalidade *take or pay* leva em consideração, quando de uma eventual resolução antecipada do contrato, o pagamento pelos investimentos feitos para viabilizar a relação contratual, na linha do disposto nos artigos 416, parágrafo único e 473, parágrafo único, ambos do Código Civil. Daí porque se aduz que o pagamento da *take or pay* deve ser realizado integralmente.

#### **4. Interpretação da cláusula *take or pay*: boa-fé e dever de cooperação**

Traçados alguns aspectos estruturais, bem como premissas do trabalho nos itens anteriores, necessário agora se faz abordar aspectos interpretativos decorrentes da natureza jurídica da cláusula *take or pay*.

Segundo Gastaldi (1997, p. 192 e 195), a primeira diretriz para regular e interpretar os contratos atípicos é observar o acordo entre as partes, desde que este não viole a moral, os bons costumes, a ordem pública, a boa-fé, etc. Quando as partes estão diante de um contrato atípico, mas que alcançou uma tipicidade social, os usos e costumes assumem um papel essencial, observando-se os ajustes concretos estabelecidos. Portanto, pode-se dizer que a interpretação desses contratos deve seguir a praxe de mercado, observados alguns temperos adicionados pelos contratantes no caso concreto.

Há uma preocupação que impacta diretamente a discussão acerca dos critérios para a interpretação dos contratos não tipificados normativamente ou os contratos socialmente típicos. Nesse sentido, Gomes (2001, p. 102) aduz ser “condenável” a tendência de os juízes interpretarem os contratos normativamente atípicos com base em contratos típicos, ao invés de se valerem de “princípios gerais do direito contratual”. Embora não conste expressamente do texto, o autor, em outras palavras, tende a afastar a interpretação por analogia.

Em sinergia com o entendimento acima, Brito (1990, pp. 156-158) se ocupa das mesmas preocupações. Ela assinala que os intérpretes e, em especial, os julgadores acabam por aproximar os contratos atípicos dos contratos típicos mais similares, num chamado “processo de tipicização” que nada mais é do que o comodismo em não se distanciar de soluções já conhecidas<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Esse ponto será adiante aprofundado quando da discussão acerca da aplicação do artigo 413 do Código Civil.

Embora Duarte (2000, pp. 134-135) sustente a aplicação de normas de contratos típicos, por analogia, para dirimir questões surgidas em contratos normativamente atípicos, isso deve ser feito de forma cuidadosa, fundamentada e não “mecânica”, o que nem sempre ocorre na prática segundo ele. Por fim, ressalta a importância de se buscar o “propósito da questão jurídica específica do contrato, regulando o que estiver em causa”.

Muito embora já se tenha abordado sobre o funcionamento e finalidade da cláusula *take or pay*, para fins de interpretação, vale aqui, novamente, apontar as principais razões de as partes optarem pelo seu uso.

A cláusula *take or pay* possibilita que, de um lado, o fornecedor tenha assegurada a aquisição de um mínimo da sua produção, o que propicia uma segurança na constância da sua produção, no seu fluxo de caixa e na capacidade de arcar com os custos dos seus investimentos e, de outro lado, o comprador tem assegurado uma quantidade mínima de produto, mediante o pagamento mínimo de um preço conhecido e fixo<sup>23</sup>, o que lhe garante se comprometer com os demais clientes da sua cadeia produtiva, sem se preocupar com a escassez de produto ou mesmo a variação de preço, em linha do que ocorre numa contratação *spot*.

Segundo Maximiliano (2001, p. 285), a interpretação contratual (ou mesmo de uma cláusula) pelo intérprete deve se basear na finalidade econômica, prática ou efetiva intentada pelas partes. Ademais, imperioso se atentar para “o modo particular de utilidade que determinou os interessados a convirem na obrigação”, bem como o objetivo almejado.

No mesmo sentido, Bessone (1997, p. 174 e 179) aduz que além da necessidade de se observar a finalidade econômica do contrato, o intérprete deve “inspirar-se nos princípios da boa-fé, conjugados com os usos sociais”.

---

<sup>23</sup> Se o preço não for fixo, o que acontece em alguns contratos de longo prazo, certamente a fórmula de preço é devidamente pré-estabelecida e, com isso, o preço é estabilizado. Em alguns mercados, como o petroquímico, os preços são atrelados ao mercado internacional. No caso, o preço é calculado com base nas cotações ARA (Amsterdã, Roterdã e Antuérpia).

Percebe-se que a segurança e previsibilidade decorrentes da cláusula *take or pay* possuem ainda outras perspectivas. Primeiro, porque o vínculo de longo prazo entre as partes mitiga um risco mercadológico no sentido de assegurar a disponibilidade do produto em troca de um pagamento mínimo. Segundo, porque tem o condão de limitar a responsabilidade das partes, uma vez que o valor da relação contratual é desde logo prefixado. Assim, o pagamento da obrigação assumida em caso de descumprimento da cláusula *take or pay* está previamente fixada e acordada pelas partes.

Ademais, em prol da almejada segurança, as partes contratantes, de lado a lado, renunciam à oportunidade de obtenção de maiores lucros em outras negociações com outros clientes ao firmarem um contrato de longo prazo. Opta-se pela garantia de disponibilidade de produto e recebimento de um pagamento mínimo. Em contrapartida, assume-se o risco do pagamento de uma penalidade que é, repita-se, previamente fixada. Logo, os riscos também já são conhecidos (prefixação das perdas e danos).

O que não se pode perder de vista é que a expectativa gerada nas partes quando da assinatura de um contrato de fornecimento com uma cláusula *take or pay* é de que as partes, naturalmente, cumprirão o contrato, ainda que seja para honrar o pagamento devido em caso de não aquisição do mínimo contratual. Nesse sentido, Forgioni (2003, p. 13) aduz que:

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma (...). Isso faz que ambos os empresários planejem sua jogada e efetivamente se comportem de acordo com esse padrão “de mercado”. Portanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas a um nível insuportável.

A obrigação de consumo mínimo decorrente da cláusula *take or pay* é de notório conhecimento das partes e do mercado. Daí porque, não parece fazer muito sentido, conforme exposto pela Forgioni (2003, pp. 16-17), permitir “ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, no seu entender, a operação não trouxe o

lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor”.

O erro, nas palavras de Forgioni (2003, pp. 14-15), ao se adotar uma estratégia empresarial é algo que ocorre e que reaviva o ambiente empresarial.

Um (...) aspecto inerente ao funcionamento do sistema de direito comercial está relacionado ao erro do empresário. Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial (que desembocará na ‘regulação natural do egoísmo’, para utilizar as palavras de Jhering). Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente)

Seguindo a mesma linha, Roppo (2009, p. 225) destaca que:

(...) o ordenamento não tutela nem sequer as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reacção do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer económica, e que todo o contraente o deve assumir). Assegurando o respeito pelas regras de jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, abstracta possibilidade de lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo.

Noutras palavras, a cláusula *take or pay* funciona como um mecanismo de prefixação em que o comprador assume o risco de pagar um valor em caso de não aquisição da quantidade mínima do produto, mas, em contrapartida, tem assegurada a disponibilidade do produto. Logo, eventual falha no compromisso *take or pay* enseja a cobrança do pagamento, independentemente do cenário mercadológico momentâneo.

Na prática, em épocas de muita demanda, ficar sem o produto é mais grave do que arcar com a penalidade em épocas de baixa demanda no mercado. Aliás, o

racional econômico ao se firmar um contrato de longo prazo é justamente garantir a segurança e previsibilidade nas relações.

A cláusula *take or pay*, conforme já exposto, se faz presente em alguns contratos de longo prazo, tais como os de fornecimento. Diante disso e para fins de melhor análise da cláusula, é importante fixar algumas premissas acerca dos contratos de longo prazo<sup>24</sup>. Para que, na sequência, se possa melhor interpretar e entender os efeitos da cláusula *take or pay* propriamente dita.

Sobre os contratos de longa duração, Schunck (2016, pp. 241-242) sustenta que em geral são contratos que demandam um dever de cooperação entre os contratantes ao longo da execução do contrato. Para Schunck, “[a] cooperação entre as partes nos contratos constitui uma exigência legal, decorrente do princípio da boa-fé objetiva”.

No mesmo sentido, Macedo Jr. (1997, pp. 6-7) retrata que os contratos de longo prazo são contratos em que as partes contratantes não conseguem, necessariamente, quando da sua formalização, prever todos os cenários futuros, tais como preço, volume, etc. Além disso, aponta que esses contratos “de modo geral envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes”.

Não é difícil de imaginar que os interesses das partes podem ser, em dado momento, contrapostos. Por conta desses aspectos, a boa-fé objetiva exerce um papel protagonista nos contratos de longo prazo. Portanto, o princípio da boa-fé merece atenção e cuidado na aplicação no caso concreto.

De acordo com Gomes (2001, p. 42), o princípio da boa-fé deve assim ser interpretado:

---

<sup>24</sup> Vale dizer que o presente trabalho não adentrará nas mais variadas e distintas classificações dos tipos contratuais pela doutrina. A uma, porque não se pretende abordar o tipo contratual e os reflexos do contrato de longo prazo, mas sim, exclusivamente, da cláusula *take or pay*. A duas, porque isso poderia tornar a leitura enfadonha e distante do seu objetivo principal.

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte [sic] uma parte a ação da outra.

Ainda que sem explorar a questão de interesses contrapostos, Schunck (2016, p. 243) assevera que o intérprete precisa se atentar para as peculiaridades do caso em apreço, “considerando o caso concreto, os costumes e padrões do negócio e do local daquela contratação (...)”.

Quando da formalização de um contrato com cláusula *take or pay*, assim como em outros contratos e obrigações, a boa-fé objetiva nas relações é imprescindível para o sucesso de um contrato. Aliás, no limite, pode-se dizer que um contrato isoladamente não tem o condão de se manter estável se as partes não se esforçarem para alcançar o seu adimplemento.

Vale dizer, conforme aduz Forgioni (2003, pp. 16-17), que a autonomia privada e a observância ao vínculo contratual são essenciais para o sucesso das relações econômicas e o próprio mercado em si. Até porque, acaso fosse possível que uma das partes desistisse da relação contratual e, conseqüentemente, das suas obrigações tão somente em razão de o lucro esperado não ter sido alcançado, implicaria num “nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor”.

Por óbvio, uma obrigação contratual não é absoluta, mesmo porque existem situações em que a vinculação contratual pode ser flexibilizada para coibir lesão, abuso de direito, etc. No entanto, a autonomia privada “continua sendo uma vigamestra do sistema de mercado” (Forgioni, 2003, p. 17). Vale assinalar que “um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica” (Roppo, 2009, p. 225).

O Código Civil de 2002 trata, expressamente, em seus artigos 113 e 422, aspectos atinentes à interpretação contratual e a necessidade de se observar a boa-fé nas relações. Senão vejamos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Ora, pode-se dizer que a boa-fé não funciona como um elemento meramente moral. Na realidade, opera como reforço da confiança entre as partes em determinado mercado, mitigando riscos em prol de um ambiente negocial mais atrativo e em respeito às “regras do jogo” e sanções do mercado. Ademais, não se faz necessário que um contratante tenha experiência em determinado segmento de mercado para se comportar segundo a boa-fé. Para tanto, ao ingressar num mercado “juridicamente organizado”, “sabe-se de antemão quais as consequências do descumprimento da norma, sem a ter que descumprir” (Forgioni, 2003, p. 27 e 29).

Complementando o raciocínio até então exposto, Menezes Cordeiro (2007, pp. 1241-1242) aponta que a ligação entre confiança e boa-fé é indissociável e necessária, mas, para tanto, há que se alcançar uma relação de concretude para se obter um resultado produtivo e efetivo. Isso porque, almejar que o aspecto moral da confiança resulte em “fórmulas concretas de compor litígios” é um passo muito grande. Adicionalmente, numa perspectiva sociológica, o autor defende que a confiança é a essência do comportamento, eis que na sua ausência, ter-se-ia tão somente esperança.

No mesmo compasso que o exposto pela Forgioni acima, Menezes Cordeiro (2007, p. 1247) assim se manifesta:

A consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever de actuar de boa-fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes de, nalgumas de suas facetas mais significativas, proteger a confiança, demonstram, nesta, um vector genérico. Mas dão, também,



o tom da generalização possível: a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize em <<abuso de direito>>.

Na prática, quando o agente age em descompasso com a confiança e, por isso, fere a boa-fé, a indenização passa a ser devida. Pode-se dizer que a confiança corresponde a um dos aspectos materiais da boa-fé. (Cordeiro, 2007, pp. 1250-1251).

Aliás, Forgioni (2003, p. 30) aborda com precisão a importância de se atuar em respeito à boa-fé e à confiança.

A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é natural e desejável que normas jurídicas coajam os autores econômicos a respeitá-las. Por isso, o sistema de direito comercial como um todo está voltado à tutela de princípios como a boa-fé e a confiança.

Para Martins-Costa (2004, p. 231), “a boa-fé apresenta-se como a mais imediata tradução da confiança no domínio das relações intersubjetivas”.

Mesmo porque, boa-fé deve ser encarada como um “modelo de comportamento, um standard valorativo de concretos comportamentos humanos” (Martins-Costa, 2004, pp. 233-234). Indo além, a autora assinala que:

Esse *standard* valorativo considera modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação, e a consideração aos legítimos interesses alheios, incluindo condutas omissivas sempre que o não-fazer, ou a abstenção, for o meio indicado para concretizar tais valores sociais que, mediante o princípio da boa-fé, adquirem entidade jurídica.

Esse *standard* jurídico tem, porém, uma função produtiva, isto é, mostra-se capaz de produzir normas heterônimas, que são “detectadas” pelo juiz à vista de determinadas situações típicas.

Embora o princípio da boa-fé careça de “concreção”, ele objetiva, em situações concretas, subsidiar o julgador, mas não de entregar uma solução prévia (Martins-Costa, 2004, pp. 240, 242 e 244).

Em outras palavras, os deveres concretamente derivados da boa-fé, o “se” e o “como” desses deveres, a sua intensidade, dimensão e eficácia, etc., devem ser sopesados à vista: a) da natureza do vínculo, observado em sua substancialidade; b) da concreta situação subjetiva das partes e da efetiva relação de poder (econômico, informativo, político) mantida; c) da eventual incidência e peso, naquela situação, de outros princípios e regras do Ordenamento que acaso lhe sejam contrastantes, ou colidentes; d) da ponderação, a ser feita objetivamente pelo intérprete, acerca dos valores que guiam o específico campo jurídico no qual se desenrola a relação.

Em se tratando de uma relação horizontal entre empresas, em que ambas as partes podem exercer a sua autonomia negocial de forma plena, hipótese em que ora se discute a cláusula *take or pay*, a intensidade que a boa-fé incidirá a fim de limitar direitos subjetivos será menor, considerando a igualdade negocial existente entre as partes (Martins-Costa, 2004, pp. 246-247).

Diante do exposto, pode-se dizer, nas palavras de Forgioni (2003, p. 30) o seguinte:

O fato, no entanto, é que nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a “confiança” pode ser traída. A partir do instante em que a quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é natural e desejável que normas jurídicas coajam os agentes econômicos a respeitá-las. Por isso, o sistema de direito comercial como um todo está voltado à tutela de princípios como a boa-fé objetiva e a confiança.

Quando se trata da aplicação e interpretação do princípio da boa-fé, é essencial que seja feito diante de critérios concretos atrelados ao caso concreto e não de forma abstrata, genérica. Espera-se que o intérprete sempre tenha em vista o dever de cooperação entre as partes e a aplicação de métodos de concreção quando da interpretação contratual.

#### **4.1. Dever de cooperação e a concreção na interpretação contratual**

O intérprete não pode perder de vista a necessária análise do caso concreto em si, observando os usos e costumes e o tráfico comercial em questão, bem como o local em que o contrato é executado (Schunck, 2016, p. 203).

O dever de cooperação, conforme explica a Schunck (2016, p. 201), decorre da boa-fé objetiva e se faz mais presente e necessário nos contratos de longo prazo. Não raro, as partes envolvidas numa relação contratual de longo prazo se encontram em posições que alternam entre credor e devedor.

Pode acontecer, por exemplo, de o fornecedor ficar momentaneamente sem o produto ou o comprador ficar momentaneamente impossibilitado de adquirir o produto, o que enseja uma constante cooperação entre as partes a fim de que o contrato seja cumprido. Não raro, nessas hipóteses, as partes envolvidas flexibilizam eventual cobrança da penalidade em prol da relação comercial existente<sup>25</sup>.

Para Schunck (2016, p. 131), a bem da verdade, quando uma parte coopera com a outra tem-se como objetivo a satisfação de interesses próprio, uma vez que propicia o pleno e efetivo prosseguimento da relação contratual.

Aliás, vale a transcrição de um trecho da obra da Schunck (2016, p. 131) que bem define essa situação.

“(...) a cooperação, muito mais do que uma situação de altruísmo ou benevolência, é uma postura totalmente interessada da parte, que pretende retirar tudo que aquela contratação específica pode lhe oferecer e, assim, coopera com a parte contrária esperando que o mesmo ocorra com ela, para que ela tenha o máximo de utilidade naquela contratação.”

---

<sup>25</sup> Um ponto de atenção que merece destaque é que reiteradas flexibilizações podem impactar na cobrança da penalidade futuramente (*suppressio*), sob a alegação de um comportamento contraditório amparado na teoria do venire contra factum proprium. De outro lado, pode-se aduzir que o reiterado pagamento da obrigação *take or pay* ao longo do contrato e, num dado momento, tal pagamento passar a ser questionado, poderia configurar como um comportamento contraditório por parte da empresa que vinha efetuando o pagamento da penalidade da cláusula *take or pay* e passou a deixar de fazê-lo, em clara quebra de confiança e afronta à boa-fé objetiva.

De acordo com o Araújo (2007, pp. 581-582), a eficiência e a boa-fé contribuem para o dever de cooperação proativo e que possibilita uma pacífica execução do contrato, reduzindo os custos e perdas decorrentes de discussões entre as partes.

Torna-se imperioso destacar que a análise do princípio da boa-fé nas relações contratuais deve se dar diante do caso concreto, na medida em que pode sofrer alterações a depender da situação (Schunck, 2016, p. 110 e 144).

A interpretação dos contratos deve se dar com amparo num método de concreção<sup>26</sup>. Para tanto, é essencial que as partes convençionem a “interpretação a ser conferida a palavras, frases e eventos, reduzindo ao máximo a vagueza e possibilitando, em tese, uma subsunção, isto é, uma correspondência entre identidades (a que está prevista *in abstracto* e a que pode se realizar *in concreto*), segundo Martins-Costa (2008, p. 487).

Com efeito, é precisamente isso que empresas experientes e acostumadas com o tráfego comercial fazem quando da contratação da cláusula *take or pay*, por exemplo. Logo, a interpretação da cláusula deve ser dar, rigorosamente, tal como acordada, inclusive quando do seu indesejado descumprimento, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva que permeia todas as relações.

A fim de auxiliar esses critérios e elementos de concreção, parece ser válido observar os seguintes aspectos pontuados pela Martins-Costa (2008, p. 488):

Caberá, então, o emprego dos elementos da interpretação antes referidos justificando-se até mesmo a busca da “comum intenção” dos contraentes ao convençionarem a interpretação. Mesmo nesse caso, porém, poderão remanescer zonas de indefinição de significado que necessitarão ser concretizadas, cabendo ainda – e sempre – a concretização da norma de dever-ser contratual segundo os princípios constitucionais estruturantes da ordem jurídica democrática; os

---

<sup>26</sup> De acordo com Martins-Costa (2008, p. 486), “o termo ‘concreção’ designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) em sua correlação com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica sopesar os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao ‘tornar concreto’ o intérprete adota uma atitude de ordenação e de estabelecimentos de relações compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa.”

princípios informadores da ordem econômica; os princípios específicos da hermenêutica contratual e os postulados fático-normativos da concreção.

No que tange à cláusula *take or pay*, a rigor, a obrigação acordada é clara e as partes possuem conhecimento inegável de todos os aspectos acima mencionados e também dos usos e costumes. Daí porque se insiste que o seu cumprimento deve ser exigido, sempre em atenção aos princípios da boa-fé e da confiança.

Novamente, Martins-Costa (2008, pp. 494-495) traz preciosas considerações acerca da interpretação nas relações contratuais e das “circunstâncias do caso”.

(...) no exame de contratos interempresariais, não de ser considerados, por exemplo, dados atinentes aos interesses empresariais estratégicos e econômicos que o ajuste visou instrumentalizar. Por essa razão o intérprete deve ter presente inclusive as regras que regem o setor econômico no qual inserida a operação (econômica) a que o contrato visa instrumentalizar. (...)

O postulado normativo das “circunstâncias do caso” é integrado por elementos fáticos e normativos. Os primeiros podem ser subjetivos (ligados à pessoa dos contraentes ou ao seu papel social) e objetivos (relacionados ao objeto contratual e aos seus demais elementos objetivos). Exemplificativamente, entre os primeiros, estarão certas características subjetivas dos contraentes ou a conduta pré-contratual das partes; entre os segundos, os usos do local da contratação; o tipo contratual; a ambiência econômica no qual desenvolvida a relação contratual; a função econômico-social do negócio etc.

Perceber-se-á, como será a seguir tratado que (i) os usos do tráfego negocial, (ii) a função econômico-social do negócio e (iii) o motivo comum a ambas as partes funcionam como os elementos de concreção das circunstâncias do caso.

(i) os usos do tráfego negocial:

Os usos coligam-se, na dicção do art. 113, com a boa-fé, como, aliás, também estava no Código Comercial de 1850. Isto significa dizer que antes, como agora, nas relações civis, interempresariais e paritárias, a boa-fé hermenêutica é uma boa-fé a ser mensurada segundo os *mores*, consoante a concreta configuração do contexto contratual em causa e, de modo especial, com a função econômico-social do negócio, outro critério de concreção das “circunstâncias do caso” que

logo adiante referirei. Deve, pois, o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual. (Martins-Costa, 2008, p. 497)

(ii) função econômico-social do negócio:

Por sua vez, a função integrativa da boa-fé (desde que corretamente discernida do juízo por equidade) está amarrada à concreta função econômico-social do contrato, isto é, à sua “causa” concreta, e não abstrata (como seria a consideração de idêntica causa para todos os negócios de um mesmo tipo). (Martins-Costa, 2008, p. 500)

(iii) motivo comum a ambas as partes:

(...) o motivo determinante tem eficácia ao menos como regra de interpretação, para indicar qual foi a base contratual levada em conta pelos pactuantes. Em outras palavras, o motivo determinante, comum a ambas as partes, não pode ser descartado como irrelevante, antes formando uma espécie de “base subjetiva”, pressuposto condicionante da compreensão do concreto negócio jurídico considerado como fato social e regulamento de interesses econômicos. (Martins-Costa, 2008, p. 502)

Ora, restou explicitado de forma clara quais são os principais mecanismos para que o intérprete se valha quando da interpretação dos contratos e cláusulas firmadas pelas partes. Há que se observar, necessariamente, todo o ambiente à época da contratação, a fim de se resguardar a real intenção das partes.

Ademais, o que se pode concluir do acima exposto é que embora as partes devam executar o contrato de forma cooperativa e em respeito à boa-fé, o fato é que isso não desobriga a parte que descumpriu a obrigação de consumo mínimo de arcar com o pagamento da penalidade. Afinal, essa foi a essência da contratação da obrigação decorrente da cláusula *take or pay*, amparada nos usos do tráfego negocial, diante de uma clara função econômico-social do contrato e, também, a motivação das partes. Portanto, a penalidade é devida e o pagamento deve ser honrado.

Aliás, pode-se dizer que o pagamento de eventual penalidade consiste, essencialmente, na postura de cooperação e boa-fé necessários para o perfeito cumprimento do contrato de longo prazo, respeitando a segurança e previsibilidade almejadas quando da definição de todos os elementos que compõem o racional da cláusula *take or pay*.

## 5. A cláusula *take or pay* e o artigo 413 do Código Civil

Daí porque se diz que limitar a aplicação da *take or pay* é algo que não parece favorecer as relações comerciais que se valeram da segurança advinda da cláusula *take or pay* ao firmarem seus contratos. Ao que parece, estar-se-ia diante de uma falta de segurança e imprevisibilidade gritantes, ao menos nos casos envolvendo empresas experientes.

O exemplo da penalidade do contrato de *built to suit*, incluído recentemente na Lei de Locação (Lei nº 8.245/1991)<sup>27</sup> se assemelha à cláusula *take or pay* e, portanto, merece destaque, em especial por não trazer qualquer referência à limitação da penalidade previamente acordada.

Parece ser incontroverso que a multa prevista no art. 54-A, § 2º da citada lei é precisamente uma cláusula penal. Ademais, há menção expressa no sentido que o seu pagamento, uma vez assim convencionada, deve ser paga, desde que o valor não exceda o valor da obrigação principal, em respeito ao artigo 412<sup>28</sup> do CC.

No que tange à cláusula *take or pay*, inevitavelmente, surge uma questão: como se dá (ou não) a aplicação do artigo 413 do CC para fins do pagamento da penalidade decorrente da cláusula *take or pay*? Esse questionamento é bastante pertinente, na medida em que a estipulação da cláusula *take or pay*, em linha do exposto nos capítulos anteriores, tem um racional econômico e mercadológico. Logo, uma limitação do valor da multa estabelecida entre as partes ensejará insegurança e imprevisibilidade no mercado.

---

<sup>27</sup> Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

<sup>28</sup> Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.



Afora o racional sobre da cláusula penal em si, qual seja, de que não há que se comprovar o prejuízo (*caput* do artigo 416<sup>29</sup> do CC), mas tão somente o descumprimento contratual, sua aplicação ocorre de maneira automática, uma vez que seu valor foi fixado de comum acordo entre as partes, ainda que sob a alegação de que a penalidade é excessiva.

O devedor não pode eximir-se de cumprir a cláusula penal, a pretexto de ser excessiva, pois seu valor foi fixado de comum acordo, em quantia reputada suficiente para reparar eventual prejuízo decorrente do inadimplemento. Da mesma forma, não pode o credor pretender aumentar o seu valor, a pretexto de ser insuficiente. (Gonçalves, 2014, p. 417):

No mesmo sentido, rigorosamente, é o posicionamento de Rodrigues (2006, p. 267).

Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensado não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto de que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto pela pena. Aliás, a fixação convencional de uma pena teve justamente por escopo suprimir qualquer debate sobre a matéria. De maneira que basta ao credor provar o inadimplemento do contendor, para que tenha direito à multa. A existência ou não de prejuízo é irrelevante.

O artigo 413 do CC trata da redução da penalidade, por equidade, pelo juiz. Há, no entanto, um possível conflito entre os artigos 416 *caput* e 413, ambos do CC, que merece atenção para que a aplicação do artigo 413 do CC ocorra de forma certa e fundamentada em cada situação. O fato de o juízo de valoração da redução se dar por equidade, gera ainda mais apreensão e probabilidade de se desnaturar todo o racional e finalidade do quanto acordado entre as partes.

Em outras palavras, na hipótese de uma redução judicial da penalidade, num juízo de equidade, dever-se-ia respeitar rigorosamente os pressupostos do quanto acordado entre as partes e, ainda, que a referida redução ocorra excepcionalmente (Monteiro A. P., 2004, pp. 131-132).

---

<sup>29</sup> Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Não custa destacar que toda a lógica da fórmula de preço do produto, prazo do contrato e valor atribuído à cláusula *take or pay* foram equacionados em conjunto. Logo, reduzir o valor da cláusula *take or pay*, seguramente, refletiria numa desestabilização da própria racionalidade da fórmula de preço e do contrato como um todo.

Para uma análise precisa acerca da forma de aplicação do artigo 413 do CC quando diante da cobrança de uma cláusula *take or pay*, necessário se faz interpretá-lo por partes. O artigo dispõe o seguinte:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente 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.

Numa análise sobre os aspectos e critérios de avaliação da redução da penalidade pelo juiz, Monteiro (2004, pp. 137-138) assim se manifesta:

Trata-se, com efeito, de uma questão que dificilmente se compadecerá com o estabelecimento de critérios ou índices de índole quantitativa. Perante a superioridade de determinada pena, o juiz só poderá concluir pelo seu carácter “manifestamente excessivo” após ponderar uma série de outros factores, à luz do caso concreto, que um julgamento por equidade requer. Assim, a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor, as vantagens que, para este, resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a índole do contrato, as condições em foi negociado e, designadamente, eventuais contrapartidas de que haja beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal, são, entre outros, factores que o juiz deve ponderar para tomar uma decisão.

Julgamos importante acentuar, porém, de novo, um aspecto, o qual requer particular atenção: o tribunal não pode deixar de ter em conta a finalidade prosseguida com a estipulação da cláusula penal, para averiguar, a essa luz, se existe uma adequação entre o montante da pena e o escopo visado pelos contraentes. Significa isto, por conseguinte, que os mencionados factores, ou outros, terão uma importância relativamente diferente, consoante o escopo das partes, ou seja, a espécie de pena acordada.

Ora, o que se pretende aqui demonstrar é que a “natureza e a finalidade do negócio”, quando se trata de uma cláusula *take or pay*, deve ser interpretado pelo juiz à luz do que se propõe a essência da *take or pay*.

Em outras palavras, a parte compradora, diante da necessidade de adquirir uma quantidade mínima, se compromete a pagar um valor previamente estabelecido em caso de não cumprimento da referida obrigação. De outro lado, a parte fornecedora se obriga a produzir e garantir a quantidade mínima de produto disponível para a sua cliente e não a disponibilizar para outra empresa.

Para além de qualquer outra discussão, o fato é que as partes deliberadamente optaram por correr o risco de arcar com a penalidade decorrente da obrigação de consumo mínimo, que não deveria ser revista pelo Judiciário, sob pena de desnaturar o próprio racional econômico do preço do produto em si e que certamente foi um dos aspectos principais para que a parte fornecedora escolhesse se relacionar com a parte compradora ao invés de vender seu produto para outro cliente.

Poder-se-ia aduzir, no limite, que qualquer disposição contratual não deveria ser alterada posteriormente, uma vez que decorreu da vontade das partes. Ocorre, no entanto, que o reflexo econômico do acerto do preço e demais premissas da cláusula *take or pay* se amparou, precisamente, na garantia de disponibilidade do produto para o comprador.

Logo, reduzir o valor da penalidade impactaria na premissa central da cláusula *take or pay*. Por óbvio, se fosse plausível a redução da penalidade, o fornecedor optaria por vender o seu produto para outros compradores ao invés de manter uma quantidade mínima de produto a um comprador específico que poderá desistir do produto e ainda assim não pagar pela sua disponibilidade.

Seguindo o mesmo racional, Gonçalves (2014, p. 421) assevera que, mesmo com a aprovação do Enunciado 356<sup>30</sup> na IV Jornada de Direito Civil, a redução da penalidade somente deve ocorrer após dilação probatória.

---

<sup>30</sup> Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

Parece-nos, todavia, que a redução equitativa do montante da cláusula penal só deve ocorrer *ex officio* na primeira hipótese prevista no mencionado art. 413, ou seja, em caso de cumprimento parcial da obrigação. Se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, deve ser aberta a dilação probatória, tendo em vista a necessidade de se apurar e analisar a “natureza e a finalidade do negócio”.

Realmente, se se considerar que o houve o cumprimento parcial da obrigação, é razoável que a penalidade seja proporcionalmente reduzida. O problema surge quando o enunciado não faz uma diferenciação em relação à segunda parte do artigo 413 do CC, a fim de averiguar com cautela a natureza e a finalidade do negócio. Isso se deve ao menos em respeito à autonomia da vontade das partes que, diga-se novamente, acordaram conjuntamente o valor da cláusula penal.

Segundo Miranda (2012, p. 148), “[a]s decisões judiciais que procuram ligar a cláusula penal a algum prejuízo desgarram do conhecimento científico do instituto”, uma vez que a “cláusula penal incide ainda que nenhum prejuízo haja existido”.

Araújo (2007, p. 922) destaca que interferências do Poder Judiciário acabam gerando comportamentos nas partes no sentido de criarem alternativas para alcançar o mesmo resultado prático da cláusula penal.

Uma bizarra exceção e porventura fútil, visto que será difícil impedir que as partes cheguem a soluções materialmente equivalentes através de estipulações oblíquas, por exemplo estabelecendo, em toda e qualquer prestação de serviços, um prêmio fixo por antecipação do cumprimento em vez de uma sanção pecuniária pela mora, ou que recorram a árbitros que não demonstrem a mesma aversão às <<*penalty clauses*>> - atribuindo-se a esse reconhecimento pragmático o paulatino abandono da <<*penalty doctrine*>> pelos tribunais norte-americanos e ingleses, que passaram a concentrar-se antes na preservação da natureza genuinamente indemnizatória das <<*liquidated damages*>>.

O ponto relevante, no que se refere à penalidade por descumprimento da cláusula *take or pay* é que o seu cálculo, necessariamente, abate eventual aquisição abaixo do mínimo contratual acordado. Logo, a penalidade é calculada considerando

o cumprimento parcial da obrigação, o que enseja a sua redução automaticamente. Isso porque, o valor da penalidade é um percentual da obrigação principal.<sup>31</sup>

Diante do até aqui exposto, pode-se aduzir que o artigo 413 do CC não deveria ser aplicável quando se tratar da cláusula *take or pay*. A uma, porque o cálculo da penalidade já leva em consideração eventual abatimento da penalidade em caso de a infração ser parcial, ou seja, não há que se falar em ofensa ao artigo 412 do CC. A duas, porque diante da natureza e finalidade do negócio, não há que se falar em redução da penalidade.

Cumprido esclarecer que não está aqui a se falar em renúncia<sup>32</sup> à aplicação do artigo 413 do CC por convenção das partes, embora o efeito prático, decorrente do natureza e finalidade do negócio *take or pay* acabe sendo o mesmo, mas sim por ser inaplicável “tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio”, conforme até então demonstrado. Ademais, a redução da penalidade *take or pay* é absolutamente contrária ao racional e essência do próprio negócio.

Trata-se do erro na adoção de uma estratégia empresarial e que é algo que deve ser tolerado, essencialmente num ambiente em que grandes *players* se relacionam.

Portanto, no caso de descumprimento contratual, dar-se-á ensejo à aplicação da penalidade prevista na cláusula *take or pay*. É fácil imaginar que os valores envolvidos podem ser bastante elevados, muitas vezes chegando a alcançar centenas de milhões de reais. Independentemente disso, o fato de o valor ser expressivo não deveria, por si só, autorizar a redução prevista no artigo 413 do CC.

---

<sup>31</sup> Para facilitar, vale uma exemplificação. Um comprador adquire mensalmente 100 toneladas de um produto, mas é obrigado, por força da cláusula *take or pay*, adquirir no mínimo 40 toneladas (40%). Caso em determinado mês o comprador não adquira nada, deverá pagar o valor das 40 toneladas. No entanto, caso o comprador adquira 10 toneladas, a penalidade será parcial (30 toneladas).

<sup>32</sup> Enunciado 355 aprovado na IV Jornada de Direito Civil: Art. 413. Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

No caso da cláusula *take or pay*, ao que parece, a redução da penalidade não se aplica, na medida em que, como já assinalado anteriormente, o valor da penalidade será um percentual do valor do produto não adquirido, que corresponde, fundamentalmente, ao preço a ser pago pela disponibilização do produto, embora não adquirido.

Com isso, não há que se falar em redução da penalidade por excesso e muito menos uma profunda divergência entre a extensão do prejuízo e a penalidade prefixada. Mesmo porque, a penalidade corresponde a um percentual do produto disponibilizado e, portanto, menor do que o valor efetivamente devido, não superando o valor devido pelo inadimplemento em respeito ao art. 412 do CC.

Seguindo justamente esse raciocínio, Monteiro (1999, pp. 462-463) aponta o seguinte:

Na verdade, essa solução é perfeitamente explicável no estrito quadro da função indemnizatória da pena. Sob este ponto de vista, a principal vantagem da figura consiste, como se sabe, em liquidar antecipadamente o dano, a fim de “evitar dúvidas futuras e litígios entre as partes quanto à determinação do montante de indemnização”. Vantagem essa que depressa se perderia se o devedor pudesse contestar o montante da pena logo que este supera o valor do dano efectivo. A concepção da pena como indemnização predeterminada, fixada à *forfait*, de modo *ne varietur*, a fim de as partes se furtarem aos inconvenientes e incertezas de uma avaliação judicial, permite compreender que a lei condicione a intervenção fiscalizadora do juiz a um excesso manifesto.” (...)

O facto de o juiz não poder alterar uma pena meramente superior ao dano efectivo explicar-se-á por respeito à concepção da pena como indemnização invariável, predeterminada. É por razões de equidade que a redução se faz, não para anular a vantagem da pena como *forfait*.

O pagamento da penalidade funciona como uma remuneração pela escolha feita ao se pactuar a disponibilidade do produto. Mesmo porque, seja pelo risco do negócio, seja pela perda da oportunidade, o fato é que o fornecedor abdicou de realizar outros contratos com outros compradores. Também por isso a penalidade deve ser honrada e arcada pelo comprador.

## 5.1. Alguns precedentes judiciais

No que tange à natureza jurídica de a cláusula *take or pay* ser uma cláusula penal, o entendimento do TJSP<sup>33</sup> converge com o aqui exposto, conforme anteriormente demonstrado.

Ocorre, no entanto, que as decisões judiciais, em sua grande maioria, entendem que a cláusula *take or pay* é passível de redução, com base no disposto no art. 413 do CC. O mais preocupante é o fato de que tais entendimentos jurisprudenciais são adotados sem uma reflexão acerca do racional jurídico, econômico, mercadológico e, mais do que isso, sem uma análise dos fatores que levaram aquelas empresas a pactuarem a obrigação *take or pay* daquela forma.

Mais do que isso, as decisões são tomadas num juízo de equidade, desconsiderando toda a lógica da cláusula *take or pay*. Ao que parece, avalia-se o valor da penalidade cobrada da parte inadimplente e, tão somente pelo valor envolvido, entende-se por (mal) reduzi-lo.

Por oportuno, faz-se necessário transcrever um precedente do TJSP para ilustrar<sup>34</sup>:

Fornecimento de gases. Existência de relação comercial entre as partes. Impossibilidade de incidência do CDC. Cláusula que impõe o pagamento de valores correspondentes ao fornecimento de

---

<sup>33</sup> Diante da falta de julgados representativos sobre a cláusula *take or pay* entre empresas em outros Estados, para além de questões consumeristas, a grande maioria dos precedentes colacionados se deu no Estado de São Paulo, muito em razão, provavelmente, da relevância do mercado empresarial no estado de São Paulo. Portanto, o enfoque foi dado em relação ao TJSP. No Superior Tribunal de Justiça existem poucas decisões monocráticas que envolvem o assunto, mas que foram decididas abordando questões processuais e não de mérito. A grande maioria das discussões envolvendo a cláusula *take or pay* ocorre em Câmaras Arbitrais. Ocorre que, em razão do sigilo, não é possível acessar as decisões arbitrais.

<sup>34</sup> Outros precedentes igualmente elucidativos e no mesmo sentido: Apelação nº 0005092-31.2013.8.26.0348, Relator Desembargador Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado, TJSP, julgado em 16.6.2016; Apelação nº 0130636-02.2010.8.26.0100, Relator Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho, 35ª Câmara de Direito Privado, TJSP, julgado em 6.8.2012; e Apelação nº 0110974-86.2009.8.26.0100, Relator Desembargador Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, TJSP, julgado em 9.11.2010.

quantidades mensais mínimas. Admissibilidade. Vantagens comerciais traduzidas no preço. Impossibilidade de cobrança do equivalente ao valor do consumo mínimo, por ofensa à boa-fé objetiva. Cláusula penal equivalente a 50% do consumo mínimo por todo prazo contratual. Abusividade. Redução da multa para o correspondente a 30% do consumo mínimo pelos meses restantes. Recursos desprovidos. **(Apelação nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Relator Desembargador Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, TJSP, julgado em 30.1.2017)**

Da análise feita desses precedentes e de vários outros do TJSP, ficou evidente que o tribunal tem reduzido o valor da penalidade tão somente por equidade, sem se debruçar, efetivamente, sobre o real racional por trás da cláusula *take or pay*, o que acarreta uma enorme insegurança jurídica para as empresas que se valem desse mecanismo quando da celebração de contratos de fornecimento.

Tratando de tema similar, Araújo (2007, p. 922) faz a seguinte afirmação, a meu ver, verdadeira e atordoante.

De facto, a estipulação prévia do montante indenizatório permite emendar a tendência dos tribunais para a sub-indemnização )por força da inverificabilidade, por conservadorismo, por inércia, por insensibilidade, por simples incompetência – que a doutrina norte-americana se compraz a associar especialmente à intervenção dos júris, pela mesma razão aliás que pode fazer dela um incentivo ao cumprimento e ao incumprimento excessivo (conforme respectivamente seja demasiado generosa ou demasiado restritiva na previsão dos danos): a razão elementar de tratar-se de um cálculo *ex ante*, e portanto mais exposto a imprecisões do que os cálculos *ex post* que regem a disciplina indenizatória na falta dessas balizas convencionais.

(...)

E não se trata apenas de reduzir custos, mas também de diminuir os resultantes erros de apreciação judicial – pense-se na já referida ponderação dos custos de oportunidade, dos lucros cessantes associáveis a ocasiões de negócio frustradas (que possivelmente só o próprio lesado conhecerá e conseguirá avaliar).

Felizmente, não são todas as decisões judiciais que caminham no sentido dos precedentes acima. Apesar de poucas as decisões que afastam o artigo 413 do CC,



elas são melhor fundamentadas e contribuem para uma melhor pacificação da jurisprudência sobre o assunto. Veja-se a transcrição da mais emblemática<sup>35</sup>:

**APELAÇÃO. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO LÍQUIDO. COBRANÇA. RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL PROPORCIONAL AO TEMPO RESTANTE DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. PREFIXAÇÃO DE PERDAS E DANOS. RAZOABILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTs. 412 E 413 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO PROVIDO.**

O contrato foi firmado por duas empresas, com estipulação clara e objetiva de cláusula penal. É da essência dela a prefixação das perdas e danos. Em caso de inexecução do contrato, será desnecessário o ajuizamento de ação indenizatória, cabendo à parte que não deu causa à rescisão apenas a cobrança da cláusula penal pactuada, independentemente da apuração das perdas e danos. E, no caso, tal cláusula não viola dos preceitos dos arts. 412 e 413 do CC, pois não superior ao valor da obrigação principal e calculada apenas sobre o período não honrado pela parte denunciante, calculada pelo valor do consumo mínimo avençado. Essa mesma indenização, aliás, poderia ser dirigida à ré, se a denunciante fosse a autora da ação. Por isso, não há razão para escolha de outro valor aleatório para fixação das perdas e danos préfixados pelas partes. **(Apelação nº 0104706-11.2012.8.26.0100, Relator Desembargador Adilson de Araujo, 31ª Câmara de Direito Privado, TJSP, julgado em 4.9.2012)**

Diante da discrepância dos precedentes citados, percebe-se uma inequívoca dificuldade dos julgadores em compreender de fato todas as questões envolvidas numa contratação envolvendo a cláusula *take or pay*, especialmente a finalidade econômica e o intuito das partes. A consequência diretamente relacionada são julgamentos pouco amadurecidos e ineficientes<sup>36</sup>. Essa também é a posição do Araújo (2007, p. 178).

Trata-se de uma perspectiva que, ostentando as suas raízes no universo do <<Common Law>>, peca por pressupor nos tribunais uma

---

<sup>35</sup> No mesmo sentido, tem-se outros precedentes: Apelação nº 9230756-45.2006.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Nunes, 33ª Câmara de Direito Privado, TJSP, jugado em 21.1.2013 e Apelação nº 0050466-63.1998.8.26.0100, Relator Desembargador Pereira Calças, 29ª Câmara de Direito Privado, TJSP, julgado em 4.5.2011.

<sup>36</sup> Nesse sentido, Katz (2005, p. 171) já se posicionou: “The central lesson of the literature on incomplete contracts stresses that courts are not in a position to effectively supervise many of the things that the parties know and do in negotiating and performing their agreement; rather, the parties have more information than the courts. This informational discrepancy underlies the claim that freedom of contract is desirable from a consequentialist standpoint as opposed to just a libertarian one. More specifically, from an economic viewpoint, maximizing contractual value requires drawing a proper balance among various decisional margins and trading off reduced efficiency along one margin to achieve enhanced efficiency along another.”

competência que na prática nem sempre se verificará – limitados que estão os julgadores pelas suas próprias insuficiências informativas, pelos seus vieses – tudo agravado pelo distanciamento entre o julgador e a situação julgada, um distanciamento que por definição será maior do que o das partes.”

De todo modo, espera-se que os julgamentos envolvendo a cláusula *take or pay* caminhem no sentido de determinar o pagamento decorrente da obrigação *take or pay*, tendo em vista que respeita o racional e a finalidade da cláusula e, também, por não ultrapassar o valor da obrigação principal, em respeito ao artigo 412 do CC. Logo, não há razão, realmente, para que a jurisprudência caminhe no sentido de reduzir a penalidade decorrente da cláusula *take or pay*.

## 6. Conclusão

A cláusula *take or pay* é uma cláusula socialmente típica e consiste numa obrigação contratual amplamente difundida no mercado. Em outras palavras, mercados ou empresas que lidam com fornecimento de longo prazo, não raro se valem da conhecida cláusula *take or pay*.

O debate acerca da natureza jurídica da cláusula *take or pay* se deu com o imprescindível amparo na finalidade da cláusula. Dito de outro modo, ao se optar pelo uso da cláusula *take or pay*, as partes esperam alcançar uma segurança e previsibilidade com o recebimento de uma quantia mínima de determinado produto e, de outro lado, do pagamento correspondente.

Avaliando-se, os efeitos práticos do descumprimento da cláusula *take or pay*, esta funciona como uma cláusula penal, sendo o valor devido em caso de descumprimento da obrigação já prefixado.

Concluiu-se, portanto, com amparo no presente estudo, que a referida cláusula tem como natureza jurídica uma cláusula penal e a sua inerente prefixação dos danos. Assim, tem-se que o Código Civil, no capítulo que trata da cláusula penal, norteia a aplicação da cláusula *take or pay* no Brasil.

É inegável, entretanto, que os artigos que tratam da cláusula penal devem ser aplicados de maneira consciente e em respeito à finalidade e essência inerente à cláusula *take or pay*. É o caso da redução da penalidade prevista no artigo 413 do CC que não se aplica à cláusula *take or pay*, uma vez que a redução de penalidade fixada pelas partes afeta diretamente a função exercida pela cláusula *take or pay*, que funciona para viabilizar a disponibilidade e garantia de fornecimento do produto ao longo da relação contratual e por não ofender o disposto no artigo 412 do CC.

De outro lado, é essencial apontar, por oportuno, outra preocupação quando do uso da cláusula *take or pay*. O cuidado com a redação da cláusula *take or pay* e

com os seus desdobramentos são de extrema importância para o sucesso da execução do contrato de fornecimento como um todo. Por se tratar de um contrato de longo prazo, mitigar conflitos entre as partes muitas vezes, é possível com uma boa redação contratual, boa-fé, confiança e a cooperação entre as partes.

Em outras palavras, delimitar e expressar detalhadamente o funcionamento da cláusula, bem como os reflexos em caso de inadimplemento facilita consideravelmente na sua execução e interpretação em caso de eventual desentendimento entre as partes.

The most important lesson learned from past take-or-pay disputes is that courts will strictly enforce the terms of a gas purchase contract. Consequently, success in the future generations of take-or-pay wars will depend upon carefully drafted contracts. (Medina, 1991-1992, p. 285)

Muito embora não seja possível criar uma cláusula *take or pay* padrão, uma vez que cada relação contratual possui peculiaridades, pode-se dizer que, na essência, alguns aspectos devem ser endereçados enquanto as partes ainda estão negociando os termos contratuais.

Com efeito, para se evitar questionamentos futuros entre as partes, a elaboração detalhada dos “Considerandos”, constante do preâmbulo do contrato, a fim de elencar rigorosamente (i) a natureza jurídica da cláusula *take or pay* como uma cláusula penal, (ii) o funcionamento dos mecanismos de *make up right* e *carry forward right*, (iii) a declaração das partes no sentido de que a penalidade acordada é proporcional e devidamente anuída pelas partes, evitando-se alegações futuras de penalidades supostamente excessivas<sup>37</sup>, são algumas formas de mitigar problemas futuros.

Some-se a isso as importantes sugestões do Katz (2005, pp. 176-177):

---

<sup>37</sup> Com isso, evita-se interferências prejudiciais do Judiciário ou mesmo de uma Corte Arbitral, que muitas vezes não possuem a especialização necessária para dirimir controvérsias complexas.

(...) I identify and discuss four types of strategies for managing contractual incompleteness: (1) investing ex ante to lower the cost of contract completion ex post, (2) contracting ex ante over the methods of interpretation to be applied ex post, (3) delegating authority to complete the contract to either one of the principal parties or to a third party, and (4) designing contractual provisions that make the agreement self-enforcing or that encourage efficient renegotiation. In practice, these four categories will overlap and serve as complements as well as substitutes. For instance, establishing clearer guidelines for contract interpretation will promote smoother renegotiation. Accordingly, the discussion, though it should be understood as illustrative rather than systematic, makes it possible to draw some general lessons regarding when these strategies can be profitably used.

Além disso, outro aspecto que merece destaque é o endereçamento expresso nos contratos acerca da possibilidade, ou não, de se autorizar, concomitantemente ao pagamento da cláusula *take or pay*, a cobrança de indenização suplementar nos termos do artigo 416, parágrafo único do CC.

Desse modo, em suma, é possível clarear e, por conseguinte, extirpar aspectos obscuros, bem como endereçar problemas recorrentes e já vivenciados por outras empresas e que terminaram de forma litigiosa e com a ruptura comercial entre elas.

Mesmo porque, dificilmente um terceiro, seja um juiz ou um árbitro, possui condições de dirimir uma questão controversa melhor do que as próprias partes que conhecem do negócio. Nesse sentido, Goldberg (2001-2002, p. 385) assim pontua:

The tailoring need not always be wise, either ex ante or ex post. But the important point is that the parties have an incentive to take their reliance interest into account, and, because protecting reliance can be costly, they have a further incentive to economize by not insisting upon too much protection. There is no reason to believe that a court, using a theoretically ungrounded good faith standard, could do better.

Naturalmente, considera-se aqui relações pautadas na boa-fé e dissociadas de comportamentos oportunistas, na medida em que a criatividade ilimitada do ser humano e a busca desmedida por maiores lucros são elementos difíceis de se combater com uma redação contratual.

Por oportuno, pode-se dizer que uma proposta de tipificação completa da cláusula *take or pay* no ordenamento jurídico brasileiro é outro aspecto interessante e até mesmo necessário, de forma similar ao ocorrido com o contrato de *built to suit*. Seja porque o seu uso é bastante recorrente, seja porque seria uma interessante forma de solucionar questões controversas acerca da sua interpretação. Outrossim, a definição precisa da natureza jurídica e os reflexos daí decorrentes são medidas necessárias.

Por fim, espera-se que esta dissertação, embora não tenha esgotado todos os aspectos inerentes à cláusula *take or pay*, seja útil para a sociedade, auxiliando nas relações contratuais nela amparadas, bem como no amadurecimento do uso da cláusula *take or pay*, sempre em prol de uma previsibilidade e segurança jurídica para as partes relacionadas.

## 7. Referências

- Araújo, F. (2007). *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina.
- Baleroni, R. B. (Jul/Set de 2006). Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 27, Ano 7, 247-264.
- Benacchio, M. (2008). Cláusula Penal: Revisão Crítica à Luz do Código Civil de 2002. Em *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. Coordenador Giovanni Ettore Nanni* (pp. 371-399). São Paulo: Atlas.
- Bessone, D. (1997). *Do Contrato: Teoria Geral* (4ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Betti, E. (2007). *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos: Teoria Geral e Dogmática*. São Paulo: Martins Fontes.
- Bittar, C. A. (1990). *Contratos Comerciais* (1ª ed.). Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Brito, M. H. (1990). *O Contrato de Concessão Comercial: Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina.
- Cordeiro, A. M. (2007). *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- Duarte, R. P. (2000). *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coimbra: Almedina.
- Fernandes, W., & Rodriguez, C. F. (2011). Aspectos Contratuais da "Aliança" em Empreendimentos de Infraestrutura. Em Vários autores, *Contratos Empresarias : contratos de organização da atividade econômica. Coord. Wanderley Fernandes* (pp. 135-178). São Paulo: Saraiva (Série GVlaw).
- Forgioni, P. A. (abril-junho de 2003). A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*(130), 7-38.
- Gastaldi, J. M. (1997). *Contratos* (2ª ed., Vol. 1). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Goldberg, V. P. (2001-2002). Discretion in Long-Term Open Quantity Contracts: Reinig in Good Faith. *University of California, Davis*, 35, 319-385. Acesso em 1 de Agosto de 2016, disponível em <http://heinonline.org>
- Goldberg, V. P. (2008). Cleaning Up Lake River. *Virginia Law & Business Review*, 3, 427-445. Acesso em 26 de Outubro de 2016, disponível em <http://heinonline.org>

- Gomes, O. (2001). *Obrigações* (24<sup>a</sup> ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Gonçalves, C. R. (2014). *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações* (11<sup>a</sup> ed., Vol. 2). São Paulo: Saraiva.
- Katz, A. W. (2005). Contractual Incompleteness: A Transactional Perspective. *Case Western Reserve Law Review*, 56, 169-186. Acesso em 12 de março de 2017, disponível em <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol56/iss1/8>
- Macedo Jr., R. P. (15 de 12 de 1997). *Contrato Relacionais no Direito Brasileiro*. Acesso em 3 de 9 de 2016, disponível em Latin American Studies Association: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>
- Macedo Jr., R. P. (1998). *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad.
- Martins-Costa, J. (jul./set. de 1998). O direito privado como um "sistema em construção" : as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, 35(139), 5-22. Acesso em 15 de 9 de 2016, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>
- Martins-Costa, J. (2004). A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*(25 (2<sup>o</sup> semestre 2003)), 229-281.
- Martins-Costa, J. (2008). O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. Em *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. Coordenador Giovanni Ettore Nanni* (pp. 475-506). São Paulo: Atlas.
- Masten, S. E., & Crocker, K. J. (December de 1985). Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. *The American Economic Review*, 75(5), 1083-1093. Acesso em 18 de 07 de 2016, disponível em <http://www.jstor.org/stable/1818647>
- Maximiliano, C. (2001). *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (19<sup>a</sup> ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Medina, J. M. (1991-1992). The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future. *Tulsa Law Journal*, 27, pp. p. 283-312. Acesso em 3 de 8 de 2016, disponível em HeinOnline: <http://heinonline.org>
- Medina, J. M., McKenzie, G. A., & Daniel, B. M. (1986-1987). Take or Litigate: Enforcing the Plain Meaning of the Take-or-Pay Clause in Natural Gas



- Contracts. *Arkansas Law Review*, 40, pp. p. 185-260. Acesso em 1 de 8 de 2016, disponível em <http://heinonline.org>
- Menezes Cordeiro, A. M. (2007). *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- Miranda, P. d. (2012). *Tratado de Direito Privado. Direito das Obrigações* (Vol. Tomo XXVI). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Miranda, R. S. (2002). Contratos da Indústria de Gás Natural. Mitigação de Risco de Mercado. Financiamento Através de Project Finance. Em P. V. Coord. Pires, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural* (pp. 261-272). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Monteiro, A. J. (1999). *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, A. P. (2004). Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*(25 (2º semestre 2003)), 113-141.
- Ramos, F. A. (2005). Da cláusula "take or pay" nos contratos de compra e venda de gás natural. Em Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás, *Coordenadora Marilda Rosado* (pp. 187-207). Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renoar.
- Rodrigues, S. (2006). *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações* (30ª ed., Vol. 2). São Paulo: Saraiva.
- Roppo, E. (2009). *O Contrato*. (A. Coimbra, & M. C. Gomes, Trads.) Coimbra: Almedina.
- Schunck, G. B. (2016). *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina.
- Silveira, P. B. (abr-jun de 2011). A cláusula penal no Brasil e em Portugal. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, 12(46), 131-157.
- Tepedino, G., & Schreiber, A. (2008). *Código Civil Comentado Direito das Obrigações: artigos 233 a 420* (Vol. IV). Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas.
- Verçosa, H. M. (2010). *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos - O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Quartier Latin.