

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Láís Carrer Bortolini

DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY À LUZ DA TEORIA
DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Porto Alegre
2023

Laís Carrer Bortolini

DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY À LUZ DA TEORIA
DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luís Renato Ferreira
da Silva

Porto Alegre
2023

Dedico este trabalho ao meu pai e maior incentivador.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devo agradecer aos meus pais, Lóris e Fabiana, por não pouparem esforços para que eu e minhas irmãs pudéssemos nos dedicar aos estudos, e por sempre nos incentivarem a buscar o nosso melhor em tudo o que fazemos. Também agradeço às minhas irmãs, por serem minhas grandes companheiras e meus maiores exemplos, e ao Vinícius, por ser fonte inesgotável de carinho e suporte.

Agradeço aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul por todos os ensinamentos e pelo estímulo ao desenvolvimento das competências dos discentes. Em especial, agradeço à Prof^a. Dr^a. Lisiane Feiten Wingert Ody, pelos ensinamentos sobre pesquisa que muito contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer ao Vitor Silveira Vieira, pelas contribuições e pela disponibilidade em compartilhar seu conhecimento sobre o tema que é objeto do meu trabalho de conclusão. Por fim, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva, por guiar-me na elaboração deste trabalho.

*“Quasi sempre i contratti si proiettano nel futuro
[...] E mai el futuro è uguale al presente”.*

Vincenzo Roppo

RESUMO

A cláusula de *take or pay* é amplamente utilizada como instrumento de alocação de riscos em contratos da indústria de energia, sobretudo no fornecimento de gás, como forma de remunerar investimentos realizados e endereçar o problema da flutuação de consumo. Por meio dessa cláusula, o comprador compromete-se a adquirir uma quantidade mínima de produto, independentemente de sua efetiva utilização, enquanto o vendedor compromete-se a disponibilizar a quantidade equivalente. Por sua natureza, a cláusula de *take or pay* é utilizada em contratos de longa duração, sendo possível que, em algum momento, o contrato se torne excessivamente oneroso para uma das partes. Diante disso, questiona-se se seria possível submeter contratos com cláusula de *take or pay* à disciplina da onerosidade excessiva prevista no art. 478 do Código Civil Brasileiro e, em caso positivo, se essa aplicação deve revestir-se de particularidades em decorrência das características próprias da cláusula de *take or pay*. Assim, este trabalho busca analisar se e em que medida a cláusula de *take or pay* se coaduna com o instituto da onerosidade excessiva. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo. A primeira parte deste trabalho se destina à revisão de literatura sobre a cláusula de *take or pay* no intuito de fixar o marco referencial. A segunda parte discute os requisitos para configuração da onerosidade excessiva à luz das características próprias da cláusula de *take or pay*. Com base nisso, é possível concluir que, embora não haja impeditivo para a resolução de contratos com a cláusula de *take or pay* por onerosidade excessiva, sua aplicação exige atenção às características que decorrem, sobretudo, do contexto econômico subjacente.

Palavras-chave: Cláusula de *take or pay*. Onerosidade excessiva. Distribuição de riscos.

ABSTRACT

The take or pay clause is widely used as a risk allocation instrument in energy industry contracts, especially in gas supply, to reward investments made and address the problem of consumption fluctuations. Through this clause, the buyer commits to purchase a minimum quantity of the product, regardless of its actual usage, while the seller commits to make the equivalent quantity available. Due to its nature, the take-or-pay clause is used in long-term contracts. However, it is possible that, at some point, the contract becomes excessively onerous for one of the parties. Given that, the question arises as to whether it would be possible to submit contracts with a take-or-pay clause to the discipline of “excessive onerousness” provided for in Article 478 of the Brazilian Civil Code, and if so, whether this application should be subject to particularities due to the take-or-pay specific characteristics. Therefore, this paper aims to analyze whether and to what extent the take or pay clause is compatible with the “excessive onerousness” theory. To this end, this paper uses the deductive approach. The first part of the paper reviews the literature on take or pay clauses in order to establish the theoretical framework for the study. The second part discusses the requirements for excessive onerousness considering the specific characteristics of the take-or-pay clause. Based on this, it is possible to conclude that, although there is no impediment to the termination of contracts with a take-or-pay clause due to excessive onerousness, its application requires attention to the characteristics that arise mainly from the economic background.

Keywords: Take-or-pay clause. Commercial Impracticability. Risk allocation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Demonstração do mecanismo de Counter-Swing.....	15
Figura 2 - Demonstração do mecanismo de Peaking Gas.....	15
Figura 3 - Demonstração do armazenamento.....	16

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SISTEMÁTICA E RACIONALIDADE DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY	11
2.1 Função econômica	12
2.1.1 <i>A cláusula de take or pay a partir de uma concepção do contrato como operação econômica</i>	12
2.1.2 <i>A cláusula de take or pay como garantia de remuneração mínima</i>	14
2.1.3 <i>A cláusula de take or pay e a alocação de riscos</i>	18
2.2 Natureza jurídica	20
2.2.1 <i>A cláusula de take or pay como cláusula penal</i>	21
2.2.2 <i>A cláusula de take or pay e os contratos aleatórios</i>	22
2.2.3 <i>A cláusula de take or pay e os contratos comutativos</i>	23
2.3 Perspectiva prática: análise de cláusulas de <i>take or pay</i>	27
3 ANÁLISE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA À LUZ DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY	29
3.1 Prestação excessivamente onerosa	30
3.2 Extrema vantagem para a outra parte	33
3.3 Ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível	34
3.4 Pressupostos implícitos	38
4 CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Após o início da guerra entre Rússia e Ucrânia, uma das principais preocupações dos países europeus foi a chegada do inverno¹. Isso nada tem a ver com a fama do rigoroso inverno russo de derrotar potências militares, que remonta aos tempos de Napoleão. Relaciona-se, em vez disso, com um aspecto bem mais pragmático: o frio aumenta significativamente o consumo de gás, fornecido preponderantemente pela Rússia, e utilizado para aquecer residências e gerar eletricidade.

Todavia, ao contrário do que possa parecer, o aumento do consumo de gás durante o inverno não é uma preocupação recente. A flutuação no consumo de gás já aflige fornecedores e adquirentes há bastante tempo. Por parte dos adquirentes, a preocupação diz respeito, sobretudo, à garantia do suprimento em períodos de maior demanda, enquanto, do lado dos fornecedores, os períodos de baixa demanda podem tornar as operações insustentáveis frente aos significativos investimentos realizados.

Na tentativa de endereçar as questões acima narradas é que surge a cláusula de *take or pay*. Na literalidade, “*take or pay*” pode ser traduzido como “pegue ou pague”. A cláusula de *take or pay* obriga o comprador a pagar o valor correspondente a uma determinada quantia do produto, quer o tenha consumido efetivamente ou não. Embora a cláusula de *take or pay* tenha solucionado uma série de questões operacionais, ganhando espaço em contratos diversos daqueles de fornecimento de gás, sobretudo no setor de energia, sua aplicação suscita diversas dúvidas. Uma delas diz respeito à modificação superveniente das condições em relação às quais o contrato foi firmado, acarretando em onerosidade excessiva para uma das partes.

A possibilidade de resolução do contrato com base na onerosidade excessiva é admitida excepcionalmente, para regular os efeitos do tempo sobre o contrato². Tendo em vista que a cláusula de *take or pay* é fixada, sobretudo, em contratos de longa duração, a análise dos efeitos do tempo sobre o contrato mostra-se particularmente relevante. As raízes da análise dos efeitos do tempo sobre contratos com cláusula de *take or pay* encontram-se na década de 80, nos Estados Unidos,

¹ SAVE Gas for a Safe Winter: Commission proposes gas demand reduction plan to prepare EU for supply cuts. **EUROPEAN COMMISSION**. Bruxelas, 22 jul. 2022. Press release. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4608. Acesso em 24 fev. 2023.

² SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, p. 61–86, 2019, p. 2.

quando, após uma queda brusca nos preços do gás natural, os adquirentes vinculados a contratos com cláusula de *take or pay* buscaram meios de se desvincular das obrigações contratualmente assumidas³. No Brasil, a discussão encontrou terreno fértil no art. 478 do Código Civil, que possibilita a resolução do contrato com fundamento na onerosidade excessiva superveniente. Diante desse panorama, indaga-se como devem ser analisados os requisitos para caracterização da onerosidade excessiva de modo a preservar as características peculiares da cláusula de *take or pay*, resguardando a coerência do ordenamento jurídico e privilegiando a segurança jurídica e o equilíbrio dos contratos.

Nessa senda, preconiza-se a realização de um aprofundamento teórico acerca da cláusula de *take or pay*, o que se pretende com o presente estudo. A partir disso, propõe-se um diálogo com os requisitos já consolidados para a aplicação da onerosidade excessiva. A cláusula de *take or pay*, portanto, será analisada a partir de uma óptica específica, quais seja, sua sujeição ao regramento da onerosidade excessiva previsto no art. 478 do Código Civil. Busca-se, com isso, repensar o problema da cláusula de *take or pay* à luz dos conhecimentos já articulados a respeito da onerosidade excessiva.

Isto posto, a pesquisa visa a responder à seguinte pergunta: a cláusula de *take or pay*, em sua concepção socialmente típica, se coaduna com o instituto da onerosidade excessiva? A hipótese é que a utilização pura e simples dos critérios consolidados para a análise do cabimento da onerosidade excessiva ao caso concreto, sem a observância das características próprias da cláusula de *take or pay*, pode conduzir ao seu desvirtuamento. O recorte em relação às cláusulas de *take or pay* abarcadas pela tipicidade social diz respeito, sobretudo, à possibilidade de existência de cláusulas com *nomen iuris* de “*take or pay*”, que não possuam os elementos essenciais e a função econômica típica.

O objetivo deste trabalho é, portanto, verificar a possibilidade e a existência de particularidades na aplicação da onerosidade excessiva às cláusulas de *take or pay*. Para a consecução do objetivo geral, propõem-se os seguintes objetivos específicos: investigar as características próprias da cláusula de *take or pay*, sobretudo relacionadas à sua função econômica, tipicidade e natureza jurídica,

³ COFFEY, Rodrick J, Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-or-Pay Provisions, **Brigham Young University Journal of Public Law**, v. 14, n. 1, p. 151–171, 1999, p. 154.

relacionar a cláusula de *take or pay* com os requisitos para caracterização da onerosidade excessiva e discutir o cabimento e adequação da aplicação desse instituto. Para tanto, essa pesquisa faz uso do método dedutivo, porquanto parte de premissas quanto à natureza e características da cláusula de *take or pay* para, a partir disso, atingir os objetivos propostos. Trata-se de pesquisa teórica, de natureza qualitativa.

A primeira parte do trabalho é destinada à fixação do marco referencial. Buscar-se-á, por meio disso, estabelecer as premissas que nortearão a segunda parte do trabalho. Especial cuidado foi destinado à construção deste capítulo, na medida em que a validade das premissas constitui pressuposto da metodologia adotada. Todavia, em matéria de *take or pay*, as premissas não estão bem assentadas, sendo necessário explorá-las e explicitá-las para possibilitar a análise posterior da cláusula, relacionando-a ao instituto jurídico que será estudado. Assim, são explorados aspectos atinentes à função econômica e à racionalidade subjacentes às cláusulas de *take or pay* e à sua natureza jurídica, tudo sob a óptica do contrato enquanto “veste jurídico-formal de operações econômicas”, conforme construção de Vincenzo Roppo.

A segunda parte, por sua vez, explora se e em que medida os requisitos da onerosidade excessiva coadunam-se com a sistemática própria da cláusula de *take or pay*. Nessa parte, são analisados cada um dos requisitos para resolução do contrato com fundamento na onerosidade excessiva superveniente, relacionando-os com as características próprias da cláusula de *take or pay* e propondo reflexões para uma aplicação mais assertiva da teoria da onerosidade excessiva aos contratos com cláusula de *take or pay*.

2 SISTEMÁTICA E RACIONALIDADE DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY

A importância da análise concernente à sistemática e à racionalidade da cláusula de *take or pay* consiste em dois pontos principais: (i) é possível que uma cláusula que receba o *nomen iuris* de “*take or pay*” não apresente seus pressupostos essenciais⁴, assim como (ii) é possível que uma cláusula seja de *take or pay* sem que isso esteja explícito no contrato. Somente a partir da definição do que é, efetivamente, uma cláusula de *take or pay* é possível aplicar ou deixar de aplicar o regramento legal

⁴ VIEIRA, Vitor Silveira, A cláusula de *take or pay* no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, *Revista de Direito Privado*, v. 106, 2020, p. 101–150, 2020, p. 2.

atinente à onerosidade excessiva, que será explorado na segunda parte deste trabalho.

2.1 Função econômica

Inicialmente, buscar-se-á analisar a cláusula de *take or pay* em uma perspectiva econômica. Almeja-se, com isso, compreender as razões pelas quais, do ponto de vista negocial, a inserção da cláusula de *take or pay* nos contratos pode ser de interesse das partes. A mesma análise pode ser aplicada às cláusulas de *send or pay*, ou *ship or pay*, com a diferença de que nestas há uma obrigação do embarcador de pagar pela disponibilização da infraestrutura de transporte, quer a utilize ou não⁵.

Embora este subcapítulo esteja dividido em subtítulos secundários, estes não representam interesses excludentes perseguidos pelas partes, e sim diversos aspectos que emergem a partir de uma mesma análise, e, portanto, encontram-se intrinsecamente relacionados.

2.1.1 A cláusula de *take or pay* a partir de uma concepção do contrato como operação econômica

A necessidade de analisar a cláusula de *take or pay* sob uma perspectiva econômica remonta à concepção de Roppo do contrato como “veste jurídico-formal de operações econômicas”⁶. Tal conceito é obtido a partir da diferenciação entre o contrato como conceito jurídico e enquanto operação econômica, sendo o contrato enquanto operação econômica instrumental ao contrato como conceito jurídico. Isso significa que o contrato, em sua concepção jurídica, serve a um determinado fim, que é operacionalizar uma relação econômica⁷.

Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual

⁵ HOLLAND, Ben, Enforceability of take-or-pay provisions in English law contracts – resolved, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, v. 34, n. 4, p. 443–453, 2016, p. 443–444.

⁶ ENZO ROPPO, **O Contrato**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

⁷ *Ibid*, p. 9-10.

representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível [...]»⁸.

Desse modo, o autor destaca que, para compreender adequadamente um conceito jurídico, é necessário atentar para a realidade econômico-social subjacente em relação à qual aquele contrato representa a veste jurídica. Portanto, a partir das ideias de Roppo de que a correta interpretação dos contratos pressupõe a compreensão de seu fundamento econômico, tem-se que o adequado entendimento e aplicação da cláusula de *take or pay* perpassa, necessariamente, pela compreensão das operações econômicas subjacentes.

Compreender as operações econômicas subjacentes não significa que o aplicador do direito tenha que realizar uma análise econômica da cláusula de *take or pay* para verificar sua consonância com um ou outro instituto de direito privado. Embora a análise econômica do direito também tenha como pressuposto o contrato enquanto veste jurídica de uma operação econômica⁹, o contrário não é, necessariamente, verdadeiro. A análise econômica do direito utiliza como fundamento a noção de eficiência, o que não será perquirido no presente trabalho. Diferentemente, o que se busca é compreender as operações econômicas que as partes buscam realizar, a partir de uma ideia de economia do contrato, que deve ser utilizada pelo aplicador do direito no caso concreto¹⁰.

Não será analisado propriamente o conteúdo da cláusula de *take or pay*, cujos termos decorrem da autonomia privada, mas sim a sua função, a sua *ratio* que, em parte da doutrina, se identifica com a ideia de “causa”¹¹. Não se deve confundir a causa com os motivos que levaram os sujeitos a concluir o contrato¹². Não se

⁸ ENZO ROPPO, **O Contrato**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 9-10.

⁹ ROPPO, Vincenzo, **Il Contratto**, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 72.

¹⁰ *Ibid.*, p. 73.

¹¹ Emílio Betti descreve a causa como uma “razão prática típica”, ou um “interesse social objetivo e socialmente justificável (vide EMÍLIO BETTI, **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, Campinas: LZN, 2003, p. 248). A causa, na concepção de Betti, é dotada de abstração, justamente por constituir uma função que seria própria de cada tipo contratual. Essa teoria é criticada por diversos autores, dentre os quais se inclui Roppo, que destaca ser mais adequada uma concepção de causa concreta do contrato, assim entendida como a razão que justifica não mais um tipo abstratamente considerado, mas sim um contrato específico (vide ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 344). Ambos os autores, contudo, inserem-se no quadro mais amplo da doutrina italiana sobre a causa, de natureza mais objetiva, sendo possível destacar, ainda, a existência de uma doutrina francesa, com inclinações mais subjetivas.

¹² ROPPO, **Il Contratto**, p. 344.

pretende, aqui, realizar uma análise exaustiva das diferentes teorias sobre a causa¹³. Basta, para os fins propostos, reconhecer a existência de uma causa relevante para fins da posterior análise da onerosidade excessiva. A tônica deste trabalho, portanto, será a análise da cláusula de *take or pay* sob uma perspectiva econômica, conforme a função que lhe é própria e que deve reger a interpretação e a aplicação de quaisquer institutos. Para isso, será adotada a concepção segundo a qual a causa, no direito brasileiro, atua como fator de eficácia¹⁴.

2.1.2 A cláusula de *take or pay* como garantia de remuneração mínima

A cláusula de *take or pay* surge por volta da década de 60, atrelada a contratos de fornecimento de gás de longa duração¹⁵. No decorrer das décadas de 70 e 80, a cláusula de *take or pay* passou a ser costumeiramente incluída nesses contratos¹⁶. Tais contratos frequentemente envolvem altos investimentos por ambas as partes, o que justifica que sejam fixados por períodos mais longos. Contudo, a demanda de gás tem como característica a sazonalidade, variando de maneira significativa ao longo de um ano, e, inclusive, dentro de um mesmo mês. Isso faz com que seja necessário um investimento adicional em infraestrutura para produção e transporte que é utilizado poucas vezes ao ano, acarretando em um aumento no preço do gás¹⁷. Dessa forma, diversos mecanismos econômicos e contratuais foram desenvolvidos para endereçar o problema da flutuação do consumo.

Os mecanismos externos e internos ao contrato que podem ser utilizados em contratos de fornecimento de gás de longa duração foram sintetizados por Scott Gaille. Dentre os mecanismos externos, destacam-se a existência de um segundo comprador, com necessidades inversas à do primeiro, e que, portanto, pode adquirir a produção excedente em períodos de menor demanda (“*Counter-Swing Customer*”),

¹³ A esse respeito, ver SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da, **Reciprocidade e contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76.

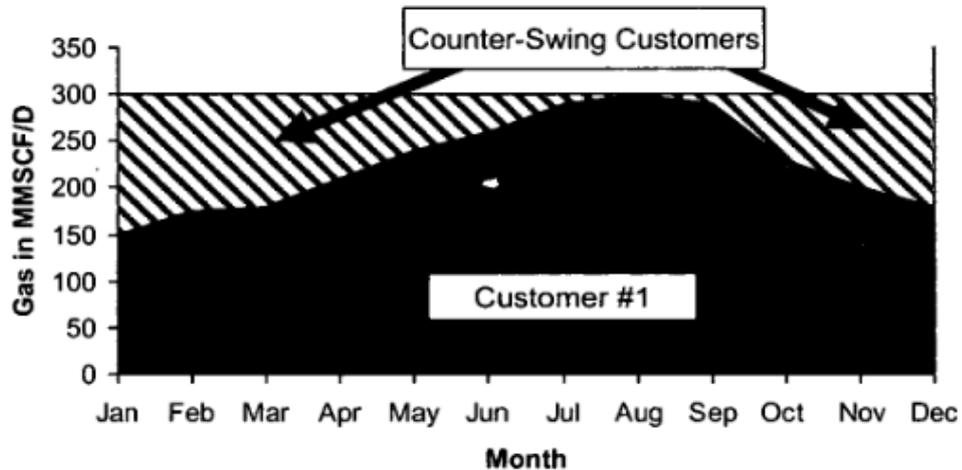
¹⁵ TERKI, Nour-Eddine. Penalty clauses and “take or pay” clauses in international long-term contracts, **International Business Law Journal**, v. 2014, n. 2, p. 23, 2014, p. 110.

¹⁶ MEDINA, J Michael, The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future, **Tulsa Law Journal**, v. 27, n. 2, p. 283–312, 1991, p. 286.

¹⁷ GAILLE, S. Scott, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, **Energy Law Journal**, v. 29, n. 2, p. 645–666, 2008, p. 645.

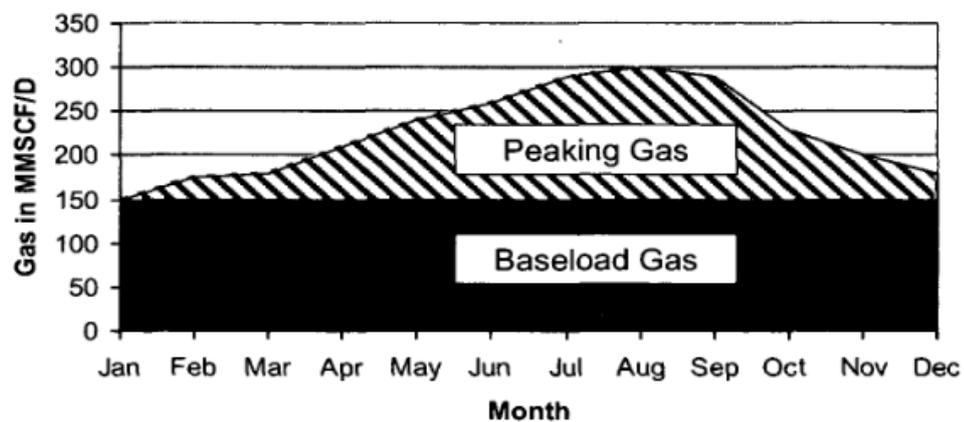
a existência de uma segunda fonte de produção (“*Peaking Gas*”), ativada somente em períodos de maior demanda, e o armazenamento do gás excedente¹⁸.

Figura 1 – Demonstração do mecanismo de Counter-Swing



Fonte: GAILLE, S. Scott, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, *Energy Law Journal*, v. 29, n. 2, p. 645–666, 2008, p. 652

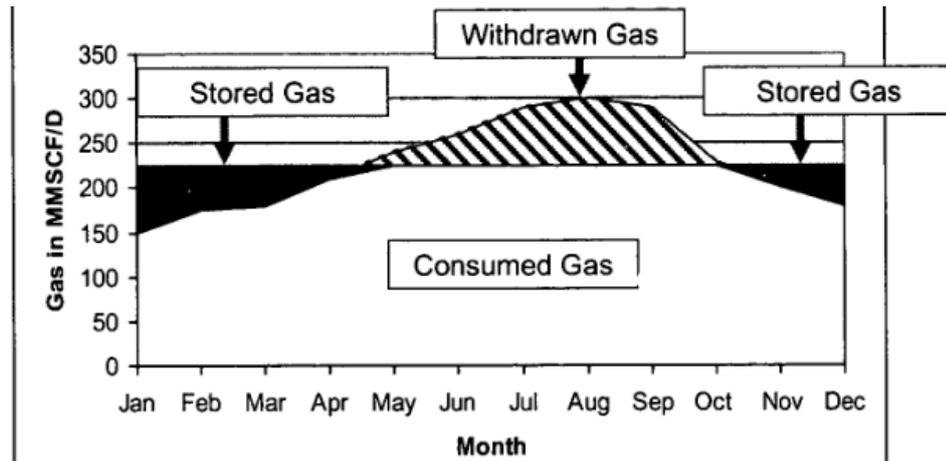
Figura 2 – Demonstração do mecanismo de Peaking Gas



Fonte: GAILLE, S. Scott, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, *Energy Law Journal*, v. 29, n. 2, p. 645–666, 2008, p. 653

¹⁸ *Ibid.*, p. 651–653.

Figura 3 – Demonstração do armazenamento



Fonte: GAILLE, S. Scott, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, Energy Law Journal, v. 29, n. 2, p. 645–666, 2008, p. 653

Dentre os mecanismos internos, previstos contratualmente, o autor distingue dois grupos: (i) aqueles associados à obrigação do vendedor de entregar o bem, e (ii) aqueles associados à obrigação do comprador de adquiri-lo. No primeiro grupo, insere-se a fixação de uma quantidade de gás a ser fornecido anualmente. Também é possível que essa determinação se dê em relação à quantidade de gás que pode ser adquirido no curso de todo o contrato. Tais disposições não impedem o fornecimento de quantidades adicionais de gás, conforme a demanda do comprador. Contudo, a recusa ou impossibilidade do vendedor em fornecer além da quantidade prevista não representará inadimplemento contratual.

Da mesma forma, podem ser indicados no contrato a média de consumo diário e o máximo diário. Ainda, é possível estabelecer previamente o preço a ser pago pela quantidade excedente à fixada no contrato, com ou sem obrigação do vendedor em fornecer. Por fim, podem ser impostas consequências para o não cumprimento, pelo vendedor, das quantidades estabelecidas contratualmente, seja em forma de cláusula penal, seja pela redução do valor devido pelo comprador em decorrência de cláusula de *take or pay*¹⁹.

Gaille insere a cláusula de *take or pay* no segundo grupo, aquele das disposições associadas à obrigação do comprador de adquirir gás. Por meio da

¹⁹ *Ibid.*, p. 654–658.

cláusula de *take or pay*, é estabelecida uma quantidade de gás, que pode ou não ser consumida pelo comprador, porém que deve ser paga por ele, independentemente disso. Se o consumo for superior ao estabelecido na cláusula de *take or pay*, o comprador deverá pagar pela quantidade efetivamente consumida. Contudo, se o consumo for inferior, ao final do período de apuração, o comprador deverá pagar a diferença entre a quantidade efetivamente consumida e aquela prevista na cláusula.

A periodicidade para aferição do consumo pode ser diária, mensal ou anual, conforme definido pelos contratantes²⁰. Se o comprador não retirar a quantidade contratada no período estabelecido, deve pagar ao vendedor a diferença ao final desse período²¹. Também é possível que as quantidades não utilizadas no período sejam disponibilizadas em forma de crédito para utilização no curso da vigência do contrato (“*Make Up Gas*”)²², ou que a utilização acima do mínimo em determinado período seja utilizada para reduzir a quantia devida a título de *take or pay* nos períodos de apuração subsequentes (“*carry-forward*”)²³.

Tratando-se da obrigação do vendedor de entregar gás, a fixação de quantidade pode sofrer limitações em razão de aspectos físicos relativos à capacidade de extração, produção, transporte e armazenamento, já que o valor estabelecido é igual ao máximo que pode ser exigido do vendedor. De maneira diversa, porém, tratando-se de cláusula de *take or pay*, o valor mínimo é estabelecido com intuito eminentemente econômico. Assim, é garantida ao vendedor uma receita mínima para cobrir seus custos e remunerar sua atividade²⁴.

Outro objetivo, apontado por Rafael Baptista Baleroni, seria o de evitar comportamentos oportunistas por parte do adquirente, que, ciente dos investimentos realizados pela outra parte, poderia ameaçar interromper a retirada de gás para forçar uma renegociação dos parâmetros contratuais²⁵.

Diante disso, fica evidente que uma das principais razões, do ponto de vista do vendedor, para estabelecer e buscar o cumprimento de uma cláusula de *take or*

²⁰ *Ibid.*, p. 658–660.

²¹ STROHL, Paul, Settling the Take-or-Pay Claim: The Producer’s Perspective, **Natural Resources & Environment**, v. 3, n. 4, p. 11–13, 51–53, 1989, p. 11.

²² GAILLE, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, p. 661.

²³ GRIFFIN, Paul, Take-or-Pay Contracts in Liberalized Markets, **Natural Gas**, 1999, p. 9.

²⁴ GAILLE, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, p. 658.

²⁵ BALERONI, Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural, p. 252–254.

pay é justamente garantir a manutenção de um fluxo de caixa²⁶, assegurando uma receita mínima e previsível para remunerar os investimentos realizados²⁷. Ao mesmo tempo, contudo, é garantido ao comprador que a quantia fixada será disponibilizada²⁸. Significa dizer que os contratos com cláusula de *take or pay* possuem uma *causa* específica.

Embora a cláusula de *take or pay* encontre no fornecimento de gás sua origem e principal campo de aplicação, nada impede que sua sistemática seja transportada para outros contratos que possuam a mesma racionalidade econômica subjacente, o que, de fato, já ocorre em muitos setores, como da energia elétrica, mineração, transportes, dentre outros²⁹.

2.1.3 A cláusula de *take or pay* e a alocação de riscos

Os contratos são instrumentos de gestão de riscos³⁰. Isso é especialmente pertinente em contratos de longa duração, nos quais há menor previsibilidade com relação às circunstâncias futuras. Ao alocar os riscos, as partes definem o sinalagma do contrato, que deve ser mantido no decorrer da relação contratual.

Daí afirmar-se que o conceito de risco contratual relaciona-se diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste. Ao se perquirir a alocação de riscos estabelecida pelos contratantes, segundo a vontade declarada, o intérprete deverá atentar para o tipo contratual escolhido e para a causa concreta do negócio. Cada tipo contratual possui critérios de repartição do risco previamente estabelecidos em lei. Entretanto, as partes poderão modelar a alocação de riscos do negócio, inserindo na sua causa repartição de riscos específica e incomum a certa espécie negocial³¹.

²⁶ STROHL, Settling the Take-or-Pay Claim: The Producer's Perspective, p. 11.

²⁷ BALERONI, Rafael Baptista, Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 27, p. 247–264, 2003, p. 252.

²⁸ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 189–225, 2019, p. 3.

²⁹ VIEIRA, A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, p. 2.

³⁰ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. **Revista de Direito Privado**, v. 65, p. 195–208, 2016, p. 1.

³¹ *Ibid.*, p. 2.

No campo específico de comércio de gás, em circunstâncias normais, sem a cláusula de *take or pay*, os riscos do contrato tendem a se concentrar de forma mais significativa na parte vendedora. Isso porque, sendo o preço fixado por contrato sem cláusula de *take or pay*, o vendedor se obriga a fornecer o produto ou serviço pelo preço especificado, ainda que o preço de mercado seja superior. Tal circunstância é benéfica ao comprador, pois lhe é possibilitado adquirir o produto ou serviço a um preço inferior ao que está sendo praticado no mercado, enquanto o vendedor fica adstrito ao preço fixado no contrato³². Destaca-se que os preços sobem, de regra, em períodos de alta demanda.

De outro lado, quando os preços de mercado forem inferiores ao preço do contrato, não havendo cláusula de exclusividade bilateral, nada impede que o adquirente busque o fornecedor com o preço mais atrativo³³. Ademais, destaca-se que, de regra, isso ocorrerá em períodos em que a demanda pelo produto ou serviço é menor. Nesse contexto, Gaille observa que, até em virtude de influências governamentais, os vendedores raramente se beneficiam de modo duradouro de um contexto econômico que lhes é favorável, enquanto, de outra sorte, devem arcar com os riscos quando a situação lhes é desfavorável³⁴.

A cláusula de *take or pay surge*, portanto, como forma de redistribuir os riscos em contratos de longa duração, e a direção da redistribuição de riscos é majoritariamente do vendedor para o comprador³⁵. Assim, o vendedor fica protegido do risco relacionado à demanda, que é transferido ao adquirente. Por outro lado, o vendedor permanece com os riscos relacionados ao preço³⁶. Diz-se que o vendedor assume os riscos do preço uma vez que o preço pré-definido no contrato é geralmente inferior ao preço que seria pago, nas mesmas circunstâncias, caso o vendedor não possuísse a garantia de um fluxo de caixa contínuo³⁷.

³² COFFEY, Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-or-Pay Provisions, p. 153.

³³ *Ibid.*

³⁴ GAILLE, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, p. 648.

³⁵ VAZQUEZ, Miguel; HALLACK, Michelle, Representing the Valuation of Take-or-Pay Provisions in Gas Markets With Limited Liquidity, **IEEE Transactions on Power Systems**, v. 31, n. 4, p. 3152–3159, 2016, p. 3152.

³⁶ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 189–225, 2019, p. 3.

³⁷ VAZQUEZ; HALLACK, Representing the Valuation of Take-or-Pay Provisions in Gas Markets With Limited Liquidity, p. 3152.

Os riscos relativos às flutuações da demanda e do preço de mercado dentro de um esquema previsível de sazonalidade, constituem, portanto, a álea normal do contrato. Ao dispor desses riscos por meio de cláusula de *take or pay*, as partes realizam o que, na concepção de Paula Greco Bandeira, se pode chamar de gestão positiva da álea normal, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis³⁸.

2.2 Natureza jurídica

A discussão quanto à natureza jurídica da cláusula de *take or pay* surge nos países de *common law*, inicialmente no intuito de averiguar se as disposições da cláusula de *take or pay* possuem ou não natureza de pena. Isso se reveste de especial relevância nestes países já que em regra, nos países de *common law*, as partes podem se desincumbir do cumprimento do contrato mediante o pagamento de perdas e danos³⁹. Ao admitir a quebra eficiente do contrato, esses ordenamentos vedam que as consequências do inadimplemento tenham caráter de pena, admitindo-se, contudo, a pré-liquidação de danos. Cogita-se, ainda, a possibilidade de que a cláusula de *take or pay* não seja fixada como obrigação secundária ou acessória, em decorrência de um inadimplemento, mas sim como obrigação principal (*debt*)⁴⁰.

No Brasil, diferentemente, é vedada a quebra eficiente do contrato, admitindo-se a estipulação de penalidades no intuito de compelir o devedor ao cumprimento do contrato, na forma de cláusula penal. Assim, a discussão quanto à qualificação da cláusula de *take or pay* como cláusula penal não tem por escopo verificar sua exigibilidade, mas sim a incidência de normas específicas atinentes ao regime das cláusulas penais⁴¹. Da mesma forma, importa a classificação dos contratos com cláusula de *take or pay* como aleatórios ou comutativos, sobretudo para a possibilidade de reconhecimento da onerosidade excessiva, objeto deste trabalho.

³⁸ BANDEIRA, O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual, p. 3.

³⁹ HOLLAND, Ben; ASHLEY, Phillip, Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, v. 26, n. 4, p. 610–617, 2008, p. 611.

⁴⁰ HOLLAND, Enforceability of take-or-pay provisions in English law contracts – resolved, p. 446.

⁴¹ VIEIRA, A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, p. 4.

2.2.1 A cláusula de *take or pay* como cláusula penal

No Brasil, distinguem-se duas espécies de cláusula penal, a compensatória, que tem por finalidade uma pré-estimação de danos e a moratória, que visa a impelir o devedor ao cumprimento do contrato, sendo, neste caso, exigível em conjunto com a obrigação principal.

Caso se considere que a cláusula de *take or pay* possui natureza de cláusula penal, incidiria sobre ela o art. 413 do Código Civil, que permite ao juiz reduzir equitativamente a multa caso a obrigação principal tenha sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, considerando a natureza e a finalidade do negócio. Ademais, nessa hipótese, deveria ser afastada a cobrança de multa por inadimplemento contratual, já que constituiria *bis in idem* a cumulação entre valores devidos em decorrência da cláusula de *take or pay* e aqueles advindos de cláusula penal.

A função da cláusula penal é de incentivar o adimplemento ou pré-liquidar danos. A cláusula de *take or pay*, diferentemente, possui como finalidade precípua a garantia de um fluxo de caixa mínimo para retorno dos investimentos⁴². Além da diferença na função, outro indício de que a cláusula de *take or pay* não é cláusula penal pode ser obtido a partir da análise dos requisitos para incidência da cláusula penal. Um dos requisitos para legitimar a cobrança de valores previstos em cláusula penal é o descumprimento da obrigação. Para que a cláusula de *take or pay* fosse classificada como uma cláusula penal, portanto, seria necessário o prévio inadimplemento de uma obrigação⁴³.

Caso se considerasse que a cláusula de *take or pay* possui natureza de cláusula penal, estar-se-ia reconhecendo que há uma obrigação de adquirir quantia mínima e, não sendo esta obrigação cumprida, incidiria a obrigação de pagar o valor determinado pela cláusula da *take or pay*⁴⁴. Entretanto, conforme explicitado anteriormente, a cláusula de *take or pay* serve como garantia de remuneração mínima, de modo que o interesse do vendedor reside, preponderantemente, na

⁴² BALERONI, Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural, p. 263.

⁴³ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 189–225, 2019, p. 10.

⁴⁴ HOLLAND; ASHLEY, Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts, p. 612.

contraprestação pecuniária. Não havendo obrigação de consumo mínimo, não há, também, inexecução na hipótese de não retirada da quantidade de gás correspondente ao valor mínimo fixado na cláusula de *take or pay*⁴⁵.

Pedro Lins de Conceição Medeiros sugere que a sistemática das cláusulas penais indenizatórias pode ser utilizada quando não houver investimento específico a ser remunerado, hipótese em que a cláusula não terá caráter de contraprestação, mas de pré-estimativa de danos⁴⁶. Nada obstante essa possibilidade, o autor aponta que a caracterização da cláusula de *take or pay* como cláusula penal no Judiciário brasileiro se dá somente em casos isolados, preponderando as decisões em que se reconhece o caráter de contraprestação das obrigações estipuladas pela cláusula de *take or pay*⁴⁷. Da mesma forma, ao analisar o sistema norte-americano, Michael J. Medina concluiu que os tribunais não aceitavam a tese que conferia à cláusula de *take or pay* o caráter de penalidade por inadimplemento⁴⁸.

Afastada a caracterização como cláusula penal, tem-se que não caberá ao julgador reduzir o montante fixado a título de *take or pay*⁴⁹. Da mesma forma, não se vislumbra *bis in idem* na cobrança de valores devidos a título de *take or pay* e na cobrança de multa em decorrência de mora ou inadimplemento total da obrigação.

2.2.2 A cláusula de *take or pay* e os contratos aleatórios

Outra possível classificação é a de que contratos com cláusula de *take or pay* seriam contratos aleatórios. Nos contratos aleatórios, há uma incerteza quanto ao cumprimento das obrigações por uma ou por ambas as partes, mas esse risco foi assumido pelas partes como sendo o próprio objeto do contrato. O risco pode dizer respeito à existência da prestação (*emptio spei*) ou quanto à sua quantidade (*emptio rei speratae*).

⁴⁵ VIEIRA, A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, p. 5.

⁴⁶ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 189–225, 2019, p. 4–5.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁸ MEDINA, The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future, p. 295.

⁴⁹ MEDEIROS, A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional, p. 11.

Rafael Baptista Baleroni defende que a existência de cláusula de *take or pay* tornaria o contrato aleatório, já que a contraprestação poderia não vir a ocorrer⁵⁰. Conforme a redação da cláusula, a depender da previsão ou não de obrigação de retirar uma quantia mínima, o contrato poderia ser aleatório sobre coisas futuras na modalidade *emptio spei* ou *emptio rei speratae*⁵¹. Contudo, o autor destaca que, embora seja tecnicamente possível que se tenha *emptio rei speratae* em contratos com cláusula de *take or pay*, tal previsão não se coadunaria com as razões econômicas para a inclusão de uma cláusula de *take or pay* em um contrato, constituindo uma cláusula socialmente atípica⁵².

Contudo, no âmbito dos contratos com cláusula de *take or pay*, não há incerteza quanto à prestação devida pelo vendedor. A incerteza residiria tão somente na escolha do comprador quanto à quantidade do produto a ser retirada⁵³. Pelo contrário, o que a cláusula de *take or pay* parece buscar é justamente a mitigação de riscos, garantindo previsibilidade às partes em relação às obrigações decorrentes do contrato, sobretudo por meio da garantia de um fluxo de caixa mínimo ao vendedor.

2.2.3 A cláusula de *take or pay* e os contratos comutativos

Diferentemente dos contratos aleatórios, nos contratos comutativos há certeza quanto às prestações. Isso não quer dizer que, nos contratos comutativos, as partes estejam isentas de qualquer risco, mas sim que esses riscos integram a álea normal do contrato⁵⁴.

Destaca-se que, nos contratos comutativos, as prestações devem ser somente subjetivamente equivalentes, não havendo, necessariamente, equivalência objetiva entre a vantagem obtida por uma das partes e o sacrifício por ela realizado⁵⁵. Sob essa perspectiva, a cláusula de *take or pay* estabeleceria o pagamento de valor

⁵⁰ BALERONI, Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural, p. 256.

⁵¹ *Ibid.*, p. 259.

⁵² *Ibid.*, p. 259–260.

⁵³ VIEIRA, A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, p. 7.

⁵⁴ GOMES, Orlando, **Contratos**, 28. ed. Rio de Janeiro: [s.n., s.d.], p. 108.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 107.

mínimo como contraprestação à simples disponibilização dos bens ou serviços pelo fornecedor⁵⁶.

Esse entendimento, inclusive, foi referendado em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial n. 1.984.655/SP, cuja ementa se transcreve abaixo⁵⁷, a Terceira Turma do STJ analisou a possibilidade de emissão de duplicatas com base em cláusula de *take or pay*.

EMENTA RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DUPLICATAS E DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL. CLÁUSULA TAKE OR PAY. NATUREZA OBRIGACIONAL. EMISSÃO DE DUPLICATAS. VALOR CALCULADO COM BASE NO CONSUMO MÍNIMO. POSSIBILIDADE.

1. Ação declaratória de nulidade de duplicatas e de inexigibilidade de débitos ajuizada em 06/04/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 28/05/2020 e concluso ao gabinete em 18/01/2022.

2. O propósito recursal consiste em dizer se houve negativa de prestação jurisdicional e se é possível a emissão de duplicata fundada em contrato de compra e venda, cujo valor indicado no título tenha sido calculado com base na cláusula de *take or pay*.

3. A cláusula *take or pay* consiste em disposição contratual por meio da qual o comprador se obriga a pagar por uma quantidade mínima especificada no contrato, ainda que o insumo não seja entregue ou consumido. Isto é, uma das partes assume a obrigação de pagar pela quantidade mínima de bens ou serviços disponibilizada, independentemente da flutuação da sua demanda. São duas as principais finalidades dessa cláusula: alocar riscos entre as partes e garantir o fluxo de receitas para o vendedor.

4. A cláusula *take or pay* diz respeito à própria obrigação principal, porquanto contempla obrigação de pagar quantia. Diversamente da cláusula penal, a cláusula *take or pay* não pressupõe a inexecução da obrigação principal, mas compõe a própria obrigação, já que define o valor a ser pago pela disponibilização de um volume específico de produtos e serviços. Portanto, a cláusula de *take or pay* tem natureza obrigacional e não de cláusula penal, motivo pelo qual está sujeita ao regime geral do direito das obrigações. É importante consignar, todavia, a necessidade de avaliar-se, em cada hipótese, a finalidade dos contratantes na estipulação da cláusula (art. 112 do CC/02). Afinal, não se pode descartar a possibilidade de as partes denominarem determinada disposição contratual de “cláusula de *take or pay*” e tratar-se, em verdade de uma cláusula penal.

5. A duplicata é um título de crédito causal, porquanto somente pode ser emitida em razão de uma compra e venda mercantil ou de um contrato de prestação de serviços (arts. 1º e 20 da Lei nº 5.474/1968). É certo que o contrato de fornecimento de gases é um contrato de compra e venda, à medida em que um dos contratantes se obriga a fornecer certa quantidade de gás e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro (art. 481 do CC/02). Nessa linha e levando-se em conta a natureza obrigacional da cláusula de *take or pay*, conforme assentado no item antecedente, tem-se que a inserção dessa espécie de disposição negocial em um contrato de compra e venda de gases não desnaturaliza o negócio jurídico, o qual não deixa de ser uma compra e venda.

⁵⁶ MEDEIROS, A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional, p. 2.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.984.655/SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 29 nov. 2022.

6. O cálculo do montante devido com base na cláusula *take or pay* não quer dizer que não houve uma efetiva compra e venda. Na realidade, existe um contrato de compra e venda, mas, em determinada época, em razão de o consumo de produto ou serviço ter sido inferior ao mínimo disponibilizado, o preço devido foi calculado nos moldes do previsto na cláusula *take or pay*. Assim, é possível emitir duplicata fundada em contrato de compra e venda, ainda que o valor constante do título tenha sido calculado com base na cláusula *take or pay*.

7. Recurso especial conhecido e provido.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, destacou que se, de um lado, o fornecedor tem assegurado um retorno pelos seus investimentos em infraestrutura, de outro, é garantido ao comprador um fornecimento mínimo e um preço inferior. A decisão destaca, com isso, a existência de um sinalagma. Com base nisso, destacou que a cláusula de *take or pay* não pressupõe a inexecução da obrigação principal, mas compõe a própria obrigação. Assim, embora a duplicata seja um título de crédito causal, existe uma operação de compra e venda subjacente, sendo irrelevante que a duplicata tenha sido emitida com base na cláusula de *take or pay*. Embora a decisão não tenha sido proferida em sistemática que autorize a concessão de caráter vinculante, não se pode ignorar a importância de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria hermenêutica.

19. Nessa linha de ideias e levando-se em conta a natureza obrigacional da cláusula de *take or pay*, conforme assentado no item antecedente, tem-se que a inserção dessa espécie de disposição negocial em um contrato de compra e venda de gases não desnatura o negócio jurídico, o qual não deixa de ser uma compra e venda. Isso significa que o contrato de compra e venda com cláusula de *take or pay* continua regido pelas normas do direito das obrigações e pelas regras específicas relativas a essa modalidade contratual.

20. O cálculo do montante devido com base na cláusula *take or pay* não quer dizer que não houve uma efetiva compra e venda. Na realidade, existe um contrato de compra e venda, mas, em determinada época, em razão de a quantidade de produto ou serviço adquirido ter sido inferior ao mínimo convencionado, o preço devido foi calculado não de acordo com o quantum efetivamente consumido e sim nos moldes do previsto na cláusula *take or pay*.

21. Desse modo, não há óbice à emissão de duplicata fundada em contrato de compra e venda de fornecimento de gases inadimplido, ainda que o valor constante do título tenha sido calculado com base na cláusula de *take or pay* (grifo nosso)⁵⁸.

Não se desconhece que o debate acerca da natureza jurídica da cláusula de *take or pay* não está completamente superado na doutrina e na jurisprudência.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.984.655/SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 29 nov. 2022.

Contudo, os desenvolvimentos mais recentes no campo apontam para uma pacificação de entendimentos, tanto a nível nacional quanto internacional. Assim, utiliza-se como premissa deste trabalho que a cláusula de *take or pay* constitui obrigação principal no âmbito dos contratos nos quais se insere. Desse modo, uma cláusula não poderá ser considerada como *take or pay* quando for estipulada como penalidade por não performance, bem como não se aplicam às cláusulas de *take or pay* o regime próprio dos contratos aleatórios.

Ainda que fixada a premissa do caráter comutativo da cláusula de *take or pay*, outros aspectos com relação à sua natureza jurídica permanecem objeto de discussão. Uma das possíveis qualificações das obrigações advindas de cláusula de *take or pay* é a de que seriam obrigações alternativas. A obrigação alternativa compreende dois ou mais objetos, mas somente uma obrigação, que se extingue com a prestação de qualquer deles⁵⁹. Como consequência dessa caracterização, tem-se que, na impossibilidade de uma das prestações, subsistirá o débito quanto às demais, nos termos do art. 253 do Código Civil⁶⁰.

Essa linha é adotada por Pedro Lins Conceição de Medeiros, que fundamenta a classificação com base no fato de que retirar ou não os bens ou serviços é escolha a ser exercida pelo devedor⁶¹. Tal posicionamento está em consonância com parcela significativa da doutrina estrangeira. De acordo com Medina, “*Courts, however, universally held that take-or-pay clauses do not provide a punishment for breach, rather an alternative method of performance*”⁶².⁶³

Contudo, tal classificação não é isenta de críticas. Vitor Silveira Vieira aponta para a inexistência de alternatividade, visto que a prestação seria uma só, e sempre

⁵⁹ CARLOS ROBERTO GONÇALVES, **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações.**, 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 101.

⁶⁰ Código Civil Brasileiro. Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutável, subsistirá o débito quanto à outra.

⁶¹ MEDEIROS, A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional, p. 12.

⁶² MEDINA, The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future, p. 295.

⁶³ No mesmo sentido: TERKI, Nour-Eddine. Penalty clauses and “take or pay” clauses in international long-term contracts. **International Business Law Journal**, v. 2014, n. 2, p. 109-130, 2014. p. 116: “*Examples of the “take or pay” clauses that are part of our survey sampling reveal that it is an alternative obligation - either to take delivery or to pay - which is incumbent on the purchaser*”. COFFEY, Rodrick J. Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-or-Pay Provisions. **Brigham Young University Journal of Public Law**, v. 14, n. 1, p. 151–171, 1999, p. 161: “*However, as the court in Chemco correctly asserted, “the payments made pursuant to a take-or-pay provision are not payments for the sale of gas.” Instead, those payments should be properly categorized as simply one of two alternative contract performance options.*”

a mesma, qual seja, a de pagar quantia. Dado que não há obrigação de retirar o produto ou serviço, não haveria prestação alternativa à opção do devedor⁶⁴. Ainda que se reconheça que há uma obrigação de retirar o produto ou serviço, tal obrigação não é alternativa à obrigação pecuniária, ou seja, o devedor não pode prestar uma ou outra. Assim, para fins desse trabalho, será considerado que a cláusula de *take or pay* constitui obrigação simples.

2.3 Perspectiva prática: análise de cláusulas de *take or pay*

Para melhor elucidar as questões aventadas e estreitar os vínculos com a prática, propõe-se a análise de algumas cláusulas denominadas de “*take or pay*”. Busca-se, assim, verificar se as cláusulas atuam efetivamente como mecanismos de *take or pay*, no sentido socialmente típico e em consonância com a função econômica que lhe é inerente.

A cláusula a seguir estabelece uma obrigação de adquirir quantia mínima. Note-se, inclusive, que a cláusula menciona expressamente a existência de um descumprimento da obrigação, que enseja o pagamento da diferença entre a quantidade mínima e a quantidade efetivamente adquirida:

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.⁶⁵

No caso, portanto, não se trata de cláusula de *take or pay* socialmente típica, mas de cláusula penal, ainda que seus mecanismos sejam muito próximos de uma cláusula de *take or pay*. Vitor Silveira Vieira destaca que, nesses casos, haverá uma função de pré-liquidação de danos, por meio de uma cláusula chamada de *take or pay* que não detém tipicidade social⁶⁶. O mesmo pode ser observado no exemplo abaixo:

⁶⁴ VIEIRA, A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, p. 6.

⁶⁵ MARQUEZ, Rafael Batista, **CLÁUSULA TAKE OR PAY EM CONTRATOS DE LONGO PRAZO**, Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018, p. 21.

⁶⁶ VIEIRA, A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, p. 3.

During each contractual year the Seller will sell and deliver to the Buyer who will purchase, deliver and pay for the volumes of LNG equivalent to 40 billion thermal units.

In the event of the failure to take delivery by the purchaser, during the contractual year, of the quantities which he is obliged to accept in conformity with the previous paragraph, it shall be obliged to pay at the price provided for in Article 4, the quantities of which delivery was not taken.⁶⁷

Diferentemente, na cláusula a seguir, é possível verificar que a obrigação de pagar quantia independe de a quantidade de produto equivalente ao preço fixado ter ou não sido retirada:

The Buyer will have the right to choose whether or not to take delivery of all or part of the potential production of the Factory, in which case it should pay to the Seller the price for the water calculated in conformity with Article 10 of the present Agreement.⁶⁸

Da mesma forma, na cláusula abaixo, a redação é explícita no sentido de que é devido o pagamento por uma quantia mínima de produto independentemente de os compradores terem ou não solicitado a retirada dos produtos:

'Article 5: Stock Level and minimum purchase

[...]

5.3. During the term of this Agreement the Buyer will order the following minimum quantities of Products

[...]

5.5 Take-or-pay: the Buyers collectively will pay for the minimum quantities of Products as indicated in this Article at 5.3 ... **even if they together have not ordered the indicated quantities during the relevant monthly period.**' (grifo nosso)⁶⁹

A cláusula acima, portanto, é uma cláusula de *take or pay* típica. Ainda assim, foi a partir dela que se aventou a discussão, no judiciário inglês, de que cláusulas de *take or pay* poderiam ter a natureza de penalidade⁷⁰. Em razão disso, com vistas a reforçar a natureza de obrigação principal da cláusula, Holland e Ashley sugerem a adoção de duas medidas: (i) a redação do contrato deve deixar claro que não há uma obrigação de retirar quantia mínima, tratando-se, em vez disso, de uma faculdade, e (ii) sendo viável, podem ser inseridas no contrato cláusulas que permitam ao comprador retirar a quantia já paga em momento posterior, pois, nesse caso, não há

⁶⁷ TERKI, Penalty clauses and “take or pay” clauses in international long-term contracts, p. 117.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ HOLLAND; ASHLEY, Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts, p. 611.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 613.

dúvidas de que a cláusula de *take or pay* estaria estabelecendo uma contraprestação⁷¹.

3 ANÁLISE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA À LUZ DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY

Com a fixação das premissas, passa-se à análise da onerosidade excessiva à luz das características da cláusula de *take or pay* destacadas na primeira parte deste trabalho. Como corolário do método escolhido, os resultados ora apresentados ficam restritos à lógica das premissas estabelecidas⁷².

Os requisitos para caracterização da onerosidade excessiva podem ser obtidos a partir do art. 478 do Código Civil, sendo possível destacar que (i) deve se tratar de um contrato de execução continuada ou diferida; (ii) a prestação deve tornar-se excessivamente onerosa para uma das partes; (iii) deve haver extrema vantagem para a outra parte e (iv) essas circunstâncias devem decorrer de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis⁷³. Também é possível apontar para a existência de pressupostos implícitos, cujo fundamento de exigibilidade se encontra não na lei, mas em outras fontes do direito positivo⁷⁴.

A análise, portanto, será feita a partir de cada um dos requisitos, separadamente, excluindo-se somente a questão da caracterização do contrato como de execução continuada ou diferida, que não suscita maiores dúvidas. Contratos de execução diferida são aqueles em que a execução é protraída no tempo em relação ao momento da conclusão. Entretanto, de acordo com Orlando Gomes, sua execução será instantânea, ainda que em momento posterior⁷⁵. Já os contratos de execução continuada podem ser definidos como aqueles nos quais o pagamento não extingue a obrigação⁷⁶. Anderson Schreiber aponta que, ao se referir a contratos de execução continuada ou diferida no âmbito do art. 478, o Código Civil visa a abarcar todos os

⁷¹ *Ibid.*, p. 615–616.

⁷² MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZARROBA, Orides, **Manual de metodologia da pesquisa no direito**, 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 87.

⁷³ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁷⁴ SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 3.

⁷⁵ GOMES, **Contratos**, p. 113.

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson, **Equilíbrio contratual e dever de renegociar.**, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 208.

contratos cujo cumprimento se estende no tempo⁷⁷. Os contratos com cláusula de *take or pay*, de regra, serão de trato sucessivo, visto que se executam mediante prestações relativamente autônomas, periodicamente repetidas⁷⁸.

3.1 Prestação excessivamente onerosa

Para averiguar a existência de uma onerosidade superveniente, é necessário analisar quais vantagens e sacrifícios o contrato estabelece para cada uma das partes. Conforme observado por Paula Greco Bandeira, não existe, no direito brasileiro, princípio de proteção ao negócio lucrativo, devendo a parte que geriu mal os riscos arcar com os prejuízos daí decorrentes, sem que seja possível invocar a onerosidade excessiva sem a presença dos requisitos estabelecidos em lei⁷⁹.

Ainda que se considere a premissa, fixada na primeira parte deste trabalho, de que a cláusula de *take or pay* constitui obrigação principal, estabelecendo uma contraprestação para a disponibilização dos bens ou serviços pelo fornecedor⁸⁰, no âmbito de um contrato comutativo, não se pode olvidar que a equivalência das prestações não é, necessariamente, objetiva⁸¹. Assim, deve-se observar a equivalência das prestações estabelecida pelas partes, já que é na destruição da equivalência das prestações que reside o fundamento da resolução do contrato por onerosidade excessiva⁸².

A relação de reciprocidade fixada no momento de celebração do contrato, ou sinalagma genético, deve ser mantida ao longo de sua execução, com base na ideia de um sinalagma funcional, que encontra suporte na causa do negócio jurídico⁸³. Somente quando perdido o sinalagma estabelecido no início da relação contratual é que se pode cogitar estar diante de onerosidade excessiva⁸⁴. Há de se ter em conta

⁷⁷ *Ibid.*, p. 209.

⁷⁸ GOMES, **Contratos**, p. 112.

⁷⁹ BANDEIRA, O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual, p. 6.

⁸⁰ MEDEIROS, A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional, p. 2.

⁸¹ GOMES, **Contratos**, p. 107.

⁸² RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.**, 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 195.

⁸³ SILVA, **Reciprocidade e contrato**: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais. p. 76.

⁸⁴ SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 5.

que os riscos foram alocados pelas partes e representam o equilíbrio intrínseco do negócio, concretamente considerado⁸⁵.

A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelas partes contratantes e mediante o qual as partes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-individual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos in concreto, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível⁸⁶.

Não se verificando a existência de lesão ou qualquer outro vício capaz de gerar invalidade, presume-se, nas relações interempresariais, a paridade dos contratantes⁸⁷. Em relações paritárias, a equação econômica estabelecida deve ser mantida no decorrer de todo o contrato, uma vez que os riscos distribuídos pelas partes estão cobertos pela álea normal⁸⁸. Dessarte, além de não serem riscos imprevisíveis, não poderá ser arguida vantagem excessiva quando tal vantagem respeitar a alocação de riscos realizada pelas partes.

Nesse sentido, não se vislumbra onerosidade excessiva na ausência de correspondência, em contratos de *take or pay*, entre a quantidade paga de um determinado bem ou serviço e aquela efetivamente utilizada. Isso porque tal fato encontra fundamento no que Paula Greco Bandeira define como “gestão positiva da álea normal”, e ocorre, sobretudo, em razão da flutuação da demanda que integra o cenário econômico subjacente às operações de *take or pay*. Essa flutuação faz com que seja necessário assegurar ao fornecedor uma receita mínima para amortizar os investimentos realizados⁸⁹. A correspondência que deve ser mantida no âmbito de um

⁸⁵ BANDEIRA, O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual, p. 2.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Embora isso já fosse aplicado na prática, as modificações trazidas pela Lei n. 13.874/2019 no Código Civil por meio da inserção do art. 421-A reforçam que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos e que, portanto, as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para sua interpretação, revisão ou resolução, a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e a revisão contratual será aplicada de forma excepcional.

⁸⁸ BANDEIRA, O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual, p. 2.

⁸⁹ GAILLE, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, p. 651–653.

contrato de *take or pay*, é, na verdade, aquela entre a quantidade pela qual se pagou e a quantidade disponibilizada, pois é esta relação que compõe o sinalagma⁹⁰.

Ainda, destaca-se que, embora se deva respeitar o sinalagma estabelecido pelas partes, esse equilíbrio não é, necessariamente, estático, mas dinâmico. Desse modo, na linha do exposto, é natural e esperado que, em períodos de menor demanda, o adquirente pague por uma quantidade de produto ou serviço não usufruída. Nos períodos de maior demanda, de maneira diversa, é esperado que o fornecedor, que arca com o risco do preço, esteja recebendo, pelo contrato, preço menor do que está sendo praticado no mercado. A onerosidade excessiva ocorrerá quando o equilíbrio se perder permanentemente, em benefício de somente um dos contratantes⁹¹.

Nesse sentido, ao enfrentar alegação de onerosidade excessiva em decorrência de diferença significativa entre o valor por metro cúbico de oxigênio líquido cobrado pelo fornecedor e por concorrente, a 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a possibilidade de que eventuais divergências de preços praticados por concorrentes se prestem a respaldar a tese de onerosidade excessiva, consignando que, abstratamente considerada, a previsão de consumo mínimo mensal, por meio de cláusula de *take or pay* não representa onerosidade excessiva.

APELAÇÃO. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO LÍQUIDO, GASOSO E EQUIPAMENTOS. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇA DE CONSUMO MÍNIMO E CLÁUSULA PENAL. DISCUSSÃO ACERCA DA VALIDADE DAS CLÁUSULAS DE CONSUMO MÍNIMO E DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. Sentença de parcial procedência do pedido inicial, condenando a ré ao pagamento das quantias pretendidas, apenas com redução da cláusula penal, porquanto reputada desproporcional. Apelos recíprocos. Relação jurídica não submetida às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Considerações em torno da particular ênfase conferida ao princípio da força obrigatória dos contratos nas relações de natureza empresarial. Dinâmica da relação contratual não compatível com questionamento das cláusulas contratuais de consumo mínimo de renovação automática, sendo incontroverso o descumprimento de ambas por parte da ré. **Eventuais divergências de preços praticados por concorrentes que, malgrado sequer minimamente evidenciadas, nem de longe se prestam a respaldar a tese de onerosidade excessiva.** Redução equitativa da cláusula penal, observado o próprio balizamento contratual ao qual vinculadas as partes, fixando piso mínimo de incidência da multa punitiva, em conformidade com as diretrizes da proporcionalidade e vedação do excesso. Exegese do artigo 413 do Código Civil. Sucumbência exclusiva da ré

⁹⁰ MEDEIROS, A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional, p. 2.

⁹¹ SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 5.

reconhecida. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré desprovido, provido em parte o apelo das autoras (grifo nosso).⁹²

3.2 Extrema vantagem para a outra parte

A exigência de extrema vantagem para a outra parte é alvo de críticas pela doutrina, uma vez que restringe sobremaneira a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva. Ruy Rosado de Aguiar Júnior define o requisito como “absolutamente inadequado”, reputando suficiente que o acontecimento extraordinário gere onerosidade para uma das partes, pouco importando se há ou não vantagem para a outra⁹³.

Com frequência, fatos que dificultam o adimplemento por uma das partes, não geram locupletamento para a outra⁹⁴. Isso é particularmente relevante nos contratos com cláusula de *take or pay*. Nesses casos, a comprovação de extrema vantagem para a outra parte é particularmente difícil, mormente nas hipóteses em que a onerosidade excessiva é invocada pelo adquirente. Isso porque, considerando os vultuosos investimentos realizados que justificam a existência da cláusula de *take or pay*, ainda que o adquirente esteja amargando severos prejuízos, dificilmente isso corresponderá, de outro lado, à percepção de uma vantagem excessiva por parte do vendedor.

Nessa senda, Luís Renato Ferreira da Silva aponta para a necessidade de se buscar a intenção comum das partes, averiguando se, nas condições atuais, as partes celebrariam um contrato nos mesmos termos. Para ilustrar, o autor utiliza como exemplo contratos firmados em dólar, no contexto de um câmbio estável. Nesses casos, é da natureza do câmbio suas variações, e estas estão dentro do campo de previsibilidade das partes. Contudo, uma variação extraordinária do câmbio não era cogitada por nenhuma das partes no momento da contratação⁹⁵. De maneira muito similar, a racionalidade econômica subjacente às cláusulas de *take or pay* permite inferir que é de sua natureza uma certa variação na demanda. Desse modo, somente

⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1107236-92.2017.8.26.0100. Relator Des. AIRTON PINHEIRO DE CASTRO. São Paulo, 25 fev. 2021.

⁹³ RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.**, p. 152.

⁹⁴ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil: Reflexões para a sistematização de suas causas à luz da intenção comum dos contratantes, *in*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.), **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 393.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 393–394.

se essa variação puder ser reputada extraordinária é que se poderá presumir que a manutenção do contrato propicia à outra parte vantagem excessiva.

Além da presunção *iuris tantum* de obtenção de vantagem por uma das partes, outra possível interpretação diz respeito à análise do que a parte está obtendo de forma injustificada em relação ao mercado⁹⁶. Contudo, tratando-se de *take or pay*, a aplicação de tal interpretação deve ser feita com especial parcimônia, atentando-se para o requisito de que a obtenção da vantagem deve se dar de forma injustificada. Não se pode, com isso, inferir que há onerosidade excessiva em razão da fixação de preço, no contrato, em montante significativamente inferior ou superior ao preço de mercado. Isso porque a cláusula de *take or pay* é estipulada com uma função específica, que decorre da necessidade de realização de investimentos vultuosos⁹⁷. Assim, não se pode dizer, de pronto, que o fato de o preço do contrato não corresponder ao preço de mercado representaria vantagem excessiva para uma das partes.

Destaca-se que, ressalvadas as hipóteses de lesão, pressupõe-se regular a equação inicialmente estabelecida pelas partes⁹⁸. Assim, não cabe ao juiz averiguar se o valor fixado traduz, efetivamente, aquele necessário para remunerar o investimento.

3.3 Ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível

Para que seja possível a resolução do contrato, o acontecimento que deu causa à onerosidade excessiva deve ser extraordinário e imprevisível. Contudo, conforme aponta Luís Renato Ferreira da Silva, a imprevisibilidade não pode ser vista de um ponto de vista absoluto, sob pena de se concluir que praticamente nada é, de fato, imprevisível⁹⁹. Nesse ponto, destacam-se as lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

A imprevisibilidade deve acompanhar a ideia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará eficientemente sobre o contrato, devendo o

⁹⁶ SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 6.

⁹⁷ GAILLE, The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements, p. 645.

⁹⁸ SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 6.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 4.

conhecimento das partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato.¹⁰⁰

Com base nisso, é possível estabelecer um paralelo com as relações contratuais amparadas por cláusula de *take or pay*, mormente no âmbito do fornecimento de gás. De um lado, o aumento do consumo de gás em determinados períodos do ano, como no inverno, com o conseqüente aumento dos preços de mercado e, de outro, a redução dos preços de mercado e do consumo em estações amenas, são fatos previsíveis, pois as partes conseguem prever, de antemão, a forma como eles atuarão sobre o contrato. Mais do que isso, as partes alocaram riscos considerando estes fatos, com base em um juízo de experiência. O fato previsto, assim, exclui a possibilidade de se arguir onerosidade excessiva¹⁰¹.

Luiz Gastão Paes de Barros Lemes define como extraordinários os eventos que ultrapassam a evolução regular dos fatos, enquanto imprevisíveis seriam aqueles que exorbitam a álea normal do contrato. Observa-se, assim, que enquanto um acontecimento imprevisível é, necessariamente, extraordinário, um acontecimento extraordinário não é, necessariamente, imprevisível¹⁰². Exemplo disso pode ser observado no julgamento da Apelação Cível nº 1052477-42.2021.8.26.0100 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é abaixo transcrita. Na ocasião, definiu-se que, embora não se negue a situação extraordinária vivenciada durante a pandemia do coronavírus, a celebração de aditivo com aumento do volume mínimo garantido impede a arguição de imprevisibilidade dos efeitos da pandemia no contrato.

Ementa: APELAÇÃO -COBRANÇA - CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO E MOVIMENTAÇÃO PORTUÁRIA - CLÁUSULAS "TAKE OR PAY" E "FRETE E PORTO" - PANDEMIA DE COVID-19 - TEORIA DA IMPREVISÃO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO DA MINERADORA REQUERIDA. 1. PRELIMINARES - CERCEAMENTO DE DEFESA – Não ocorrência - Contexto fático bem delineado nos autos, pela completude das provas produzidas e das narrativas deduzidas das partes - INOVAÇÃO RECURSAL - Documentos novos – Não conhecimento das peças acostadas pela apelante nesta sede, por não se justificar sua juntada tardia no processo - Documentação não se enquadra na hipótese prevista no artigo 435, caput e parágrafo único, do CPC. 2. MÉRITO - Contrato de transporte de minérios – Relação contratual paritária (artigo 421-A do Código Civil), com estreita margem para a eventual flexibilização dos princípios da força obrigatória dos

¹⁰⁰ RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.**, p. 155.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 156.

¹⁰² SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 5.

contratos ("pacta sunt servanda"), da autonomia de vontades e da conservação dos contratos - Pretensão da aplicabilidade excepcional da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva exigiria a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível e extraordinário, que comprometam o valor da prestação (artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil) - Doutrina e jurisprudência - Hipótese concreta em que inviável a pretendida revisão - Ação de cobrança não tem caráter dúplice - Pretensão revisional da parte requerida deveria ter sido objeto de reconvenção - Jurisprudência - Cláusula "take or pay" - **Elevação do patamar mínimo a ser transportado ocorreu em aditivo contratual assinado em junho de 2020, quando já decorridos seis meses desde o início da pandemia global - Contratante tinha meios para analisar e considerar os riscos envolvidos no negócio, os quais parece ter ignorado ao majorar em quase 100% o volume mínimo até então vigente** – Contrato vigente previa rito procedimental específico para os casos de possível aplicação da excludente de caso fortuito e força maior (Cláusula 11.6), o que não foi observado pela mineradora recorrente quanto a prazo e forma - Não obstante sejam inegáveis os impactos da emergência sanitária sobre a economia global e local, não há nos autos prova específica e indiscutível dos eventuais prejuízos sofridos pela mineradora - Ausência de prova, ainda, de que as atividades da mina foram suspensas pelo poder público - Ônus do artigo 373, inciso II, do CPC não satisfeito pela requerida - Cobrança por "take or pay" permanece incólume, inclusive no tocante à multa de 5% - Jurisprudência - Cobrança por "frete e porto", ademais, não adequadamente impugnada, afigurando-se suficiente a documentação trazida pela parte autora para justificar o débito apurado - Discreta ressalva no tocante à Carta Fiança pois, uma vez executada a garantia, no importe de R\$ 2.500.000,00, tal valor deve ser abatido/amortizado do montante devido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (grifo nosso)¹⁰³.

Estabelecida a distinção entre acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a interpretação que se apresenta mais adequada, conforme apontado por Luís Renato Ferreira da Silva, é de que, embora um fato possa ser previsível, se as suas consequências no contrato forem imprevisíveis, caracteriza-se o pressuposto para resolução com fundamento na onerosidade excessiva¹⁰⁴.

A rigor, quer-me parecer que o elemento da extraordinariedade serve de complemento à interpretação do elemento imprevisível. O que é imprevisível é aquilo que não está na linha do horizonte dos contratantes (por isso já se vê que não pode, sendo o contrato um negócio contextual, exigir uma visão de futuro de todos que não aqueles que estão contratando) e aquilo que não está passível de ser previsto pode ser ordinário na vida, mas extraordinário no contrato. Assim, é o elemento extraordinário que permite que se entenda como cabível não só o fato imprevisível, mas o previsível de consequências imprevisíveis, *rectius*, extraordinário. Um fato previsível em si (a existência de inflação) torna-se extraordinário e, deixa de ser, portanto, previsível, quando excede as consequências ordinárias (a disparada excessiva e não progressiva da taxa inflacionária, a "inflação galopante"). A

¹⁰³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1052477-42.2021.8.26.0100. Relator Des. SERGIO GOMES. São Paulo, 07 fev. 2023.

¹⁰⁴ SILVA, Revisão de contratos no Código Civil: Reflexões para a sistematização de suas causas à luz da intenção comum dos contratantes, p. 392.

extraordinariedade determina a imprevisibilidade de fatos por si só previsíveis.

Cabe, então, buscar o que seria a álea normal do contrato no âmbito do *take or pay*. Luiz Gastão Paes de Barros Leães destaca três fatores a serem considerados para verificação da álea normal do contrato: (i) o tipo do negócio; (ii) as circunstâncias de fato e (iii) os interesses concretamente regulados, de acordo com a intenção consubstanciada na declaração de vontade, a boa-fé e os usos do local de celebração¹⁰⁵.

As flutuações da demanda no decorrer de um ano, ainda quando significativas, constituem as circunstâncias de fato que justificam a própria existência da cláusula de *take or pay*. Caso essas flutuações fossem insignificantes, sequer haveria razão para a pactuação da cláusula de *take or pay*. Assim, o que se deve observar é se os acontecimentos apontados como geradores da onerosidade excessiva ferem a lógica do mercado no qual o contrato está inserido ou seja, se, diante das circunstâncias do mercado, podem ser considerados extraordinários.

A título ilustrativo, traz-se decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a matéria, cuja ementa se colaciona abaixo. Ao afastar a incidência de onerosidade excessiva de contrato de fornecimento de gás com cláusula de *take or pay*, a 34ª Câmara de Direito Privado consignou que “a redução do custo de emissão do gás, além de não caracterizar fato extraordinário, não era tampouco imprevisível, mormente em se tratando de sociedades empresárias, com ampla possibilidade de avaliação de riscos e tendências do mercado”¹⁰⁶.

Contrato de fornecimento de gases. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, com pedido de rescisão e de indenização. Tratando-se de contrato interempresarial são cabíveis intervenção mínima estatal e revisão contratual apenas em caráter excepcional. Exegese dos artigos 421 e 421-A, parágrafo único, do CC. Embora o instrumento do contrato preveja a revisão, a autora não comprovou qual seria o fato extraordinário a ensejar a redução dos custos do fornecimento do gás pela ré. Não se cogita tampouco de onerosidade excessiva, nos termos do artigo 478, do CC, porque a redução do custo de emissão do gás, além de não caracterizar fato extraordinário, não era tampouco imprevisível. Além disso, estando incontroverso que a autora não consumiu nem pagou o valor relativo à quantidade mínima de gás a que estava contratualmente obrigada, é de rigor o acolhimento total do pedido reconventional de rescisão por sua culpa. Inexistência de abusividade da cláusula que prevê consumo mínimo, porque

¹⁰⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, p. 12–24, 2006, p. 7.

¹⁰⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1006795-29.2015.8.26.0309. Relator Des. GOMES VARJÃO. São Paulo, 13 fev. 2023.

livremente pactuada de acordo com as necessidades dos contratantes, exigindo investimentos da fornecedora. Recurso provido

De outro lado, decisão da 30ª Câmara de Direito Privado do mesmo tribunal admitiu a revisão do contrato com cláusula de *take or pay* com fundamento na onerosidade excessiva, porquanto foi comprovado que a queda abrupta no consumo coincidiu com o advento da pandemia. Neste caso, concluiu-se que a variação da demanda não corresponderia à variação que se insere na álea normal do contrato com cláusula de *take or pay*.

Apelação – Ação revisional de contrato – Fornecimento de energia elétrica – Shopping – Queda no faturamento – Pandemia (Covid-19) – Pleito de cobrança pelo consumo efetivo e suspensão dos efeitos da mora – Sentença parcialmente procedente – Teoria da imprevisão – Cabimento – Sentença mantida. É perfeitamente aplicável ao caso sob exame a teoria da imprevisão, ou da onerosidade excessiva, pois notório que a pandemia atual (Covid-19), fato que é extraordinário, imprevisível, e inevitável, afetou as atividades comerciais que, em decorrência de medidas sanitárias para contenção da transmissão do vírus, ficaram impedidas de funcionar. - A previsão legal dos artigos 478 a 480, do Código Civil, permite a resolução ou revisão dos contratos em casos como esse, em que a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em razão de acontecimentos extraordinários, imprevisíveis e inevitáveis. **Logo, não se vislumbra razão para permitir a cobrança da forma prevista contratualmente, com base na "demanda contratada" que garante valor mínimo a ser auferido pela fornecedora de energia, sobretudo porque a autora demonstrou nos autos que o consumo no local teve decréscimo constante desde março/2020, sendo certo de que as medidas restritivas entraram em vigor no Estado de São Paulo desde março de 2020.** - Permitir que a ré continuasse a cobrança nos mesmos moldes contratados, mesmo com a queda acentuada do consumo, seria permitir o seu enriquecimento ilícito. Apelação desprovida, com observação (grifo nosso)¹⁰⁷.

3.4 Pressupostos implícitos

Além dos pressupostos previstos na lei, já explorados, a doutrina aponta para a existência de pressupostos implícitos. Os pressupostos implícitos são, sobretudo, pressupostos negativos, ou seja, fatores que devem estar ausentes para que se possa admitir a resolução com base na onerosidade excessiva. Já os pressupostos previstos na lei possuem a característica de pressupostos positivos, uma vez que estabelecem requisitos indispensáveis para a incidência do regime atinente à onerosidade excessiva¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1062751-02.2020.8.26.0100. Relator Des. LINO MACHADO. São Paulo, 30 jun. 2021.

¹⁰⁸ SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 3.

Ao sistematizar os pressupostos implícitos, Luís Renato Ferreira da Silva destaca, em primeiro lugar, que o fato que ensejou a onerosidade excessiva não pode ser imputado a uma das partes. Isso se aplica, por exemplo, à hipótese em que a mora do devedor faz com que a prestação seja atingida por fato superveniente que a torna excessivamente onerosa¹⁰⁹.

Em segundo lugar, para a incidência do regime da onerosidade excessiva, de regra, o contrato não poderá ser aleatório. Isso porque os contratos aleatórios incorporam o risco de imprevisibilidade da prestação na álea contratual¹¹⁰. Desse modo, evidencia-se a importância do estudo da natureza jurídica da cláusula de *take or pay*. Caso se adotasse a classificação dos contratos de *take or pay* como contratos aleatórios, não se admitiria, como regra, a resolução do contrato por onerosidade excessiva, já que seria de sua essência a possibilidade de desproporção das prestações¹¹¹. Entretanto, ao reconhecer sua natureza comutativa, não se vislumbra, na natureza jurídica, nenhum empecilho para que o contrato possa ser resolvido em caso de onerosidade excessiva, ainda que essa resolução tenha sempre caráter excepcional.

O terceiro requisito implícito é que o acontecimento extraordinário e imprevisível deve conduzir a prestação à esfera da álea extracontratual¹¹². Embora a questão da álea tenha permeado todo o desenvolvimento deste trabalho, são cabíveis algumas considerações adicionais, sobretudo para destacar o papel da tipicidade social da cláusula de *take or pay* na fixação da álea contratual, com reflexos para a implementação dos requisitos da resolução por onerosidade excessiva.

[...] se o evento faz com que a onerosidade recaia fora da normalidade prevista e assumida, o que se cria é o que a doutrina chama de álea extracontratual. Essa modalidade está intimamente ligada ao conhecimento ou projeção que as partes fazem dos referidos riscos e é a maneira de incorporar dentro do projeto contratual o que é passível de influenciá-lo ou não.

Dentro dessa ótica, todo o contrato que conte com algum grau de tipicidade, seja o máximo, traduzido na tipicidade legal, seja o menos intenso, representado pela tipicidade social, terá uma distribuição padrão de riscos. Essa distribuição padrão, uma vez eleito o contrato dentro

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 7–8.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹¹¹ BALERONI, Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural, p. 261.

¹¹² SILVA, Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade., p. 9.

da sua tipicidade, acaba por traduzir uma álea convencional, minimamente, implícita. (grifo nosso)¹¹³

Nessa senda, o fato de a cláusula de *take or pay* ter adquirido tipicidade social faz com que haja uma previsibilidade em relação à distribuição de riscos, deslocando os riscos da demanda para o comprador, enquanto o vendedor arca, sobretudo, com os riscos do preço¹¹⁴.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo verificar a possibilidade e a existência de particularidades na aplicação do regramento atinente à onerosidade excessiva às cláusulas de *take or pay*. Inicialmente, explorou-se as características da cláusula de *take or pay*, levando em consideração as operações econômicas subjacentes. A partir da exploração do contexto no qual se inserem as cláusulas de *take or pay*, sobretudo no que diz respeito à flutuação da demanda e à necessidade de remunerar os investimentos realizados, foi possível extrair uma série de premissas.

A partir de uma perspectiva operacional relacionada ao comércio de gás, campo de origem e maior disseminação da cláusula de *take or pay*, foi possível estabelecer que a cláusula de *take or pay* tem por objetivo primordial a garantia de uma remuneração mínima ao vendedor, como contrapartida à disponibilização de uma quantidade pré-determinada de produtos ou serviços. Ao estabelecê-la, as partes realocam os riscos do contrato, transferindo ao adquirente o risco da demanda.

Explorou-se, ainda, a natureza jurídica da cláusula de *take or pay*, adotando-se, para os fins deste trabalho, a concepção segundo a qual a cláusula de *take or pay* estabelece um sinalagma, composto, de um lado, pelo pagamento do preço e, de outro, pela disponibilização dos produtos ou serviços. O aspecto mais relevante nesse ponto, é de que, nas cláusulas de *take or pay* socialmente típicas, não há obrigação de retirar ou utilizar efetivamente a mercadoria ou serviço objeto do contrato.

A partir dessas premissas foi possível constatar que não há, *a priori*, impedimentos para resolução do contrato com cláusula de *take or pay* por onerosidade excessiva. Contudo, as particularidades da cláusula de *take or pay*

¹¹³ *Ibid.*, p. 10.

¹¹⁴ MEDEIROS, A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional, p. 3.

impõem um cuidado específico na análise dos requisitos para caracterização da onerosidade excessiva, o que pode restringir seu âmbito de aplicação.

A primeira das características da cláusula de *take or pay* relevante para a análise da incidência da onerosidade excessiva é a flutuação na demanda e, como consequência, a possível ausência de equivalência objetiva entre o preço pago e a quantidade retirada. A compreensão de que se tratam de características inerentes aos contratos com cláusula de *take or pay* pode afastar o requisito da excessiva onerosidade da prestação, tendo em vista que não se verificaria alteração no sinalagma genético estipulado pelas partes.

Ademais, a flutuação na demanda também reflete na verificação da existência de extrema vantagem para a outra parte. Isso porque, observada a sazonalidade própria do mercado, a flutuação da demanda é esperada e, portanto, está acobertada pela intenção comum das partes, bem como não constitui acontecimento extraordinário e imprevisível. Tem-se, portanto, que flutuações na quantidade demandada, ainda que por vezes bastante significativas, são inerentes aos contratos com cláusula de *take or pay* e, por si só, não justificam a incidência do regramento atinente à onerosidade excessiva.

Também é possível apontar a relevância do contexto econômico em que está inserida a cláusula de *take or pay*, sobretudo em razão da necessidade de realização de investimentos expressivos. Em virtude disso, certas discrepâncias entre o valor do bem ou do serviço no mercado e aquele fixado no contrato não podem ser consideradas injustificadas e, portanto, aptas a representar uma extrema vantagem para o fornecedor.

Por fim, destaca-se que a tipicidade social da cláusula de *take or pay* implica em uma previsibilidade no tocante à distribuição dos riscos. A distribuição dos riscos na cláusula de *take or pay* se dá, sobretudo, com a transferência dos riscos da demanda para o comprador, enquanto o fornecedor arca com os riscos do preço. A constatação da existência de uma álea convencional permite ao julgador verificar, com maior precisão, se determinado acontecimento desloca a prestação para a esfera da álea extracontratual ou se está abarcado pela distribuição dos riscos.

Os resultados obtidos permitem auxiliar no avanço do campo na medida em que ampliam a compreensão do potencial e das limitações da cláusula de *take or pay*. Ao estabelecer uma ponte entre as características próprias da cláusula de *take or pay* e os requisitos para aplicação da onerosidade excessiva, este trabalho possibilita

maior segurança aos aplicadores do direito em sua atuação, seja em possíveis litígios ou de forma preventiva, no momento da redação de contratos.

É possível apontar como uma das limitações do método adotado e, portanto, também deste trabalho, o fato de que a validade dos resultados está condicionada à validade das premissas estabelecidas. Com isso, as conclusões não podem ultrapassar o conteúdo das premissas¹¹⁵. Indica-se, então, a realização de futuras investigações com base em outros métodos, como o método hipotético-dedutivo, a fim de verificar a validade dos resultados obtidos por meio de tentativas de falseamento. Sugere-se, ainda, a realização de estudos que relacionem a cláusula de *take or pay* a outros institutos de direito privado, como é o caso da *supressio* e da impossibilidade temporária.

¹¹⁵ MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 87.

REFERÊNCIAS

BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 27, p. 247–264, 2003.

BANDEIRA, Paula Greco. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. **Revista de Direito Privado**, v. 65, p. 195–208, 2016.

BRASIL. Código Civil. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.984.655/SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 29 nov. 2022.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COFFEY, Rodrick J. Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-or-Pay Provisions. **Brigham Young University Journal of Public Law**, v. 14, n. 1, p. 151–171, 1999.

ENZO ROPPO. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

GAILLE, S. Scott. The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales & Purchase Agreements. **Energy Law Journal**, v. 29, n. 2, p. 645–666, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRIFFIN, Paul. Take-or-Pay Contracts in Liberalized Markets. **Natural Gas**, 1999.

HOLLAND, Ben. Enforceability of take-or-pay provisions in English law contracts – resolved. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, v. 34, n. 4, p. 443–453, 2016.

HOLLAND, Ben; ASHLEY, Phillip. Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, v. 26, n. 4, p. 610–617, 2008.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no código civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, p. 12–24, 2006.

MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 189–225, 2019.

MEDINA, J Michael. The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future. **Tulsa Law Journal**, v. 27, n. 2, p. 283–312, 1991.

MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZAROBÀ, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011.

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1107236-92.2017.8.26.0100. Relator Des. AIRTON PINHEIRO DE CASTRO. São Paulo, 25 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1062751-02.2020.8.26.0100. Relator Des. LINO MACHADO. São Paulo, 30 jun. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1052477-42.2021.8.26.0100. Relator Des. SERGIO GOMES. São Paulo, 07 fev. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1006795-29.2015.8.26.0309. Relator Des. GOMES VARJÃO. São Paulo, 13 fev. 2023.

SAVE Gas for a Safe Winter: Commission proposes gas demand reduction plan to prepare EU for supply cuts. **EUROPEAN COMMISSION**. Bruxelas, 22 jul. 2022. Press release. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4608. Acesso em 24 fev. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, p. 61–86, 2019.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil: Reflexões para a sistematização de suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 378–400.

STROHL, Paul. Settling the Take-or-Pay Claim: The Producer's Perspective. **Natural Resources & Environment**, v. 3, n. 4, p. 11–13, 51–53, 1989.

TERKI, Nour-Eddine. Penalty clauses and “take or pay” clauses in international long-term contracts. **International Business Law Journal**, v. 2014, n. 2, p. 109–130, 2014.

VAZQUEZ, Miguel; HALLACK, Michelle. Representing the Valuation of Take-or-Pay Provisions in Gas Markets With Limited Liquidity. **IEEE Transactions on Power Systems**, v. 31, n. 4, p. 3152–3159, 2016.

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