

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA SANTOS**

IPwk#76

**A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY***

**SÃO PAULO**

**2022**

**PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA SANTOS**

**A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY***

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Nussinkis Mac Cracken

**SÃO PAULO**

**2022**

**PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA SANTOS**

**A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY***

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Roberto Nussinkis Mac Cracken  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Roque Theóphilo Junior  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Ms. Nuncio Theóphilo Neto  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

*Aos meus pais, Antônio e Clau, por todo amor,  
incentivo e conforto constantes.*

## AGRADECIMENTOS

O primeiro e principal agradecimento devo ao meu pai, Antônio. Seu constante incentivo e apoio durante estes cinco anos de graduação foram essenciais e indispensáveis. Seu encorajamento e estímulo, presentes desde o momento em que decidi cursar Direito, fizeram com que eu pudesse enxergar um propósito nos meus estudos e carreira. Obrigado por ter sido meu guia com todos seus ensinamentos de vida, extraídos tanto da experiência pessoal, como dos livros. Sem você, nada disso teria sido possível.

Agradeço também à minha mãe, Clau, que sempre foi um grande pilar para as minhas tomadas de decisões, tanto acadêmicas, como profissionais e pessoais. Sempre guardarei grande estima por seu carinho e atenção maternos. À minha irmã, Julia, não poderia deixar de mencionar o imenso apoio emocional, sempre misturado com muito humor, amizade e honestidade. Obrigado por acreditar em meu potencial e, principalmente, por me fazer enxergar quando estive equivocado.

Aos amigos e amigas, sempre serei grato por terem fornecido os melhores momentos, por todo apoio, conselhos, companhia e risadas. Um agradecimento mais que especial aos meus amigos dos tempos de escola, Lucca, Caio, Murilão, e Julia, por todo suporte e amizade durante estes dez anos. Ao casal Massini e Vivian, também sou muito grato pela nossa amizade e pelos bons momentos que compartilhamos durante os últimos dois anos.

Aos amigos da faculdade, um agradecimento especial à Marina, Dudu e todos colegas de classe, sem o apoio e a amizade de vocês, provavelmente não teria concluído a graduação, e a todos integrantes do Grupo de Estudos e Competição de Arbitragem - em especial a todos participantes e orientadores da XII Edição da Competição de Arbitragem da CAMARB - grupo de estudos que proporcionou a minha melhor experiência acadêmica durante a graduação e que certamente trouxe um grande impacto na minha vida profissional.

Não poderia deixar de mencionar o Castro Barros Advogados, escritório que conclui meu primeiro estágio e que foi uma verdadeira escola de advocacia. Um agradecimento especial à Giovanna Tófoli e Bianca Mussolino por todos os ensinamentos e também a todos advogados e advogadas do Trench Rossi Watanabe que tanto contribuíram para meu crescimento profissional.

*“Começar a pensar é começar a ser atormentado”.*

- Albert Camus

## A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY*.

**Pedro Antonio de Oliveira Santos**

**Resumo:** A cláusula de *take-or-pay* é frequentemente utilizada em contratos de longo prazo de compra e venda de gás, óleo, energia elétrica e outros segmentos voltados para o fornecimento constante de *commodities*, matéria-prima e insumos, que geralmente sofrem com bruscas oscilações de preços. Referida cláusula traz grandes vantagens comerciais e jurídicas tanto para os vendedores destes insumos, como para os compradores, que buscam um fornecimento contínuo, a preço pré-estabelecido, com a finalidade de garantir segurança e previsibilidade. O mecanismo *take-or-pay* tem, portanto, indubitável importância no segmento empresarial, tendo sua utilização sido consolidada pelos agentes econômicos. A qualificação da natureza jurídica da cláusula, entretanto, não tem concordância unânime pela doutrina, que se divide em classificar a cláusula ou como obrigação de garantia, ou como obrigação alternativa, ou como cláusula penal, podendo gerar diferentes efeitos jurídico-econômicos a depender de sua qualificação. O presente trabalho propõe-se a analisar qual dos três referidos institutos melhor se encaixaria na definição do mecanismo *take-or-pay*, com o fim de estabelecer corretamente a qualificação jurídica do referido tipo clausular.

**Palavras-chave:** Cláusula *take-or-pay*. Compra e venda. Fornecimento. Natureza econômica. Natureza jurídica.

**Abstract:** The take-or-pay clause is often used in long-term contracts for the purchase and sale of gas, oil, electricity and other segments focused on the constant supply of commodities, raw materials and inputs, which usually suffer from sudden price fluctuations. This clause brings great commercial and legal advantages both for the sellers of these inputs and for the buyers, who seek a continuous supply, at a pre-established price, in order to ensure security and predictability. The take-or-pay mechanism has, therefore, undoubted importance in the business segment, and its use has been consolidated by the economic agents. The classification of the legal nature of the clause, however, is not unanimously agreed upon by the doctrine, which is divided into classifying the clause either as a guarantee obligation, or as an alternative obligation, or as a penalty clause, which may generate different legal-economic effects depending on its classification. This paper proposes to analyze which of the three mentioned

institutes would best fit the definition of the take-or-pay mechanism, in order to correctly establish the legal qualification of such type of clause.

**Keywords:** Take-or-pay clause. Purchase and sale. Supply. Economic nature. Legal nature.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A natureza econômica da cláusula de *take-or-pay*. 2.1. O funcionamento da cláusula de *take-or-pay*. 3. A tipicidade social. 4. O afastamento de cláusula puramente potestativa. 5. A natureza jurídica da cláusula de *take-or-pay*. 5.1. A qualificação como obrigação alternativa. 5.2. A qualificação como cláusula penal. 5.2.1. A problemática da aplicação do artigo 413 do Código Civil e a possibilidade de incidência de *bis in idem*. 5.3. A qualificação como obrigação de garantia. 6. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a sua recorribilidade prática em contratos de longo prazo em setores de relevância econômica, notavelmente em contratos de fornecimento de gás, energia elétrica e petróleo<sup>1</sup>, o estudo da cláusula de *take-or-pay* é de suma importância. O presente trabalho visa examinar sua correta delimitação e qualificação jurídica.

A cláusula de *take-or-pay* pode ser definida como a obrigação de um comprador pagar por uma quantidade mínima de determinado produto estabelecido contratualmente, ainda que a referida quantidade de insumo não seja utilizada. Ao comprador, à sua conveniência, escolherá entre pagar pelo produto e retirá-lo *ou* pagar pelo produto, sem retirá-lo<sup>2</sup>.

O artigo (art.) 1º, §4º, da Lei nº 10.312/2001, define a cláusula de *take-or-pay* como:

Art. 1º, §4º. Entende-se por cláusula take or pay a disposição contratual segundo a qual a pessoa jurídica vendedora compromete-se a fornecer, e o comprador compromete-se a adquirir, uma quantidade determinada de gás natural canalizado, sendo este obrigado a pagar pela quantidade de gás que se compromete a adquirir, mesmo que não a utilize.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> GONÇALVES, Bruno; TRAVASSOS, Cristiano. A Eficácia das Cláusulas de Take-Or-Pay nos Tribunais Brasileiros. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 15 a 18 de setembro de 2008, Rio de Janeiro. **Anais**. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdeweb/servlets/purl/21226271#:~:text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20abund%C3%A7%C3%A3o%20da%20m%C3%A1%2Df%C3%A9%20contratual>. Acesso em: 23 Jun. 2022. p. 01.

<sup>2</sup> MASTEN, Scott E.; CROCKER, Keith J. Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. **The American Economic Review**, v. 75, n. 05, pp. 1.083-1.093, Dec. 1985. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1818647>. Acesso em: 23 Jun. 2022. p. 1.083.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 10.312, de 27 de novembro de 2001. Dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural



Referido mecanismo foi pensado para partes envolvidas em contratos de trato sucessivo e de longo prazo, viabilizando a segurança e previsibilidade, especialmente em setores de *commodities* e de energia, em que a variação de preços é um fator constante<sup>4</sup>.

O vendedor tem a garantia de que o seu produto será adquirido e, o comprador, tem a segurança de ter o fornecimento constante daquele produto. A principal função da cláusula, portanto, é evitar a perda e inutilização do insumo pelo lado do vendedor – assim como a garantia de que receberá uma contraprestação pelos investimentos na cadeia de produção – e, pelo lado do comprador, garantir o fornecimento constante por um preço pré-estabelecido e não sujeito à bruscas oscilações de preço<sup>5</sup>.

Tendo a cláusula de *take-or-pay* a relevância prática em setores econômicos diversos, nasce a importância de investigar sua natureza jurídica, especialmente ao se considerar que não há uma concordância unânime na doutrina acerca da sua classificação<sup>6</sup>.

A doutrina se divide em classificar referida cláusula como, ou uma obrigação de garantia, ou uma obrigação alternativa, ou cláusula penal. A jurisprudência dos tribunais brasileiros (especialmente, do Tribunal de Justiça de São Paulo) têm o entendimento de que a cláusula de *take-or-pay* se enquadraria neste último<sup>7</sup>.

O presente trabalho visará apresentar, de forma objetiva, as principais características de cada instituto mencionado, com o fim de enquadrar qual definição melhor se encaixaria no conceito da cláusula de *take-or-pay*.

O estudo, portanto, não tem a pretensão de esgotar todas as questões jurídicas e econômicas da cláusula de *take-or-pay*, mas sim de trazer um panorama geral de sua utilização

---

e de carvão mineral. **DOU**, Brasília/DF, [2011]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110312.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110312.htm). Acesso em: 11 Jun. 2022. [Internet].

<sup>4</sup> ALVARENGA, Alexandre Andrade. **A ascensão dos recursos energéticos não convencionais de folhelho: mudanças e perspectivas dentro da geopolítica energética mundial**. 2015. Dissertação (Mestrado em Economia Política Internacional) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PEPI/disserta%C3%A7%C3%B5es/2015/Alexandre%20Andrade%20Alvarenga.pdf>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 03.

<sup>5</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 11.

<sup>6</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 104.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Bruno; TRAVASSOS, Cristiano. A Eficácia das Cláusulas de Take-Or-Pay nos Tribunais Brasileiros. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 15 a 18 de setembro de 2008, Rio de Janeiro. **Anais**. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdeweb/servlets/purl/21226271#:~:text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20abund%C3%A7%C3%A3o%20da%20m%C3%A1%2Df%C3%A9%20contratual>. Acesso em: 23 Jun. 2022. p. 04.

com enfoque na qualificação de sua natureza jurídica que, a depender de seu enquadramento, poderá ter diferentes efeitos práticos.

A metodologia do presente trabalho será feita da seguinte maneira: no segundo capítulo, será realizada uma exposição do racional da cláusula de *take-or-pay* e seus principais aspectos, breve desenvolvimento histórico, função econômica, determinação de riscos, periodicidade e os principais setores econômicos que é utilizada.

No terceiro capítulo, será analisada a tipicidade social da cláusula e, em seguida, no quarto capítulo, a exposição das razões pelas quais a cláusula não deve ser considerada como puramente potestativa. Finalmente, no quinto capítulo, será analisada a sua natureza jurídica, com a investigação de qual instituto a cláusula de *take-or-pay* melhor se encaixaria: obrigação de garantia, obrigação alternativa ou cláusula penal.

## 2 A NATUREZA ECONÔMICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY*

A cláusula de *take-or-pay* surge em um cenário em que a demanda por gás natural estava em ascensão, em meados de 1960 nos Estados Unidos (EUA), sobretudo para sua utilização nos mais variados ramos industriais, como indústrias metalúrgicas e automobilísticas<sup>8</sup>. Os investidores da indústria do gás natural enfrentavam, entretanto, um problema de financiamento para fomentação e expansão do mercado: a alta demanda por gás natural alargava em determinadas estações do ano, como o inverno, enquanto em estações mais quentes, como o verão, a sua demanda era escassa<sup>9</sup>.

Para se precaver da escassez e da brusca variação de preço em determinados períodos, foram pensadas disposições contratuais que estabelecessem um patamar mínimo de preço do produto, em que o pagamento pelo seu fornecimento fosse constante, com valor fixado e conhecido entre as partes, mitigando a escassez gerada pela falta de demanda em determinados estações do ano para os produtores e vendedores de gás e, ao mesmo tempo, diminuindo a exposição do comprador às flutuações de preço naturais do mercado<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> MEDINA, J. Michael. The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future. **Tulsa Law Review**, Tulsa, v. 27, issue 02, pp. 295-296, 1991. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. Acesso em: 11 Out. 2022. p. 286.

<sup>9</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 35.

<sup>10</sup> BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, pp. 247-264, Jul./Set. 2006. Disponível em: [https://www.academia.edu/423022/Aspecto\\_Econ%C3%B4micos\\_e\\_Jur%C3%ADdicos\\_das\\_Cl%C3%A1usulas\\_de\\_Ship\\_or\\_Pay\\_e\\_Take\\_or\\_Pay\\_nos\\_Contratos\\_de\\_Transporte\\_e\\_Fornecimento\\_de\\_G%C3%A1s\\_Natural#](https://www.academia.edu/423022/Aspecto_Econ%C3%B4micos_e_Jur%C3%ADdicos_das_Cl%C3%A1usulas_de_Ship_or_Pay_e_Take_or_Pay_nos_Contratos_de_Transporte_e_Fornecimento_de_G%C3%A1s_Natural#):



que o fornecimento de energia seja integralmente fornecido mensalmente (ou de forma anual, a depender do estipulado) e, ao mesmo tempo, procuram pagar por um preço justo, de acordo ou abaixo do mercado, de forma constante, periódica e que não sofra com grandes variações de preço.

Os vendedores de energia elétrica, por outro lado, buscam a garantia de que a energia gerada será paga por um valor mínimo, independentemente de uso ou não, a fim de não desperdiçar todos os gastos no empreendimento para construção de uma usina geradora de energia, intermediação com agentes distribuidores e todo o encadeamento da matriz energética. Buscam também, assim como os compradores, não ficar à margem de grandes oscilações de preço.

Quanto ao mercado de gás natural, a produção dos gases se inicia nos poços de petróleo (que já embarcam grandes investimentos exploratórios), em seguida o gás é transportado por gasodutos de alta pressão às regiões de consumo, sendo distribuída, por fim, aos consumidores finais<sup>16</sup>. Não se dispensa, no mesmo sentido, os gastos para pesquisa, extração, perfuração e construção para que o combustível acumulado no subsolo esteja disponível para combustão na usina<sup>17</sup>.

Por outro lado, indústrias que necessitam do fornecimento e consumo de gás natural, como a indústria automotiva<sup>18</sup>, demandam de seus fornecedores a garantia de que o insumo será entregue periodicamente, a fim de não ter a produção de sua mercadoria ou serviços inviabilizados.

Assim, a cláusula de *take-or-pay* foi pensada justamente para garantir segurança e estabilidade, tanto aos vendedores da matéria-prima, quanto aos compradores. Deste modo, pode-se nortear as funções da cláusula de *take-or-pay* no sentido que: (i) protege os investimentos efetuados pelo produtor, fornecedor e vendedor da matéria-prima; (ii) garante o suprimento periódico ao comprador, com preço conhecido e muitas vezes abaixo do mercado;

---

2014. Disponível em: <http://engeletrica.sites.ufms.br/files/2018/10/TCC-Fernanda-R.-de-Medeiros.pdf>. Acesso em: 10 Ago. 2022. p. 12.

<sup>16</sup> CARVALHINHO FILHO, José Carlos Lemos. **O valor da flexibilidade em cláusula de take or pay de contratos para fornecimento de gás natural industrial**. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-01102003-232151/publico/DissertacaoJoseCarlosCarvalhinho.PDF>. Acesso em: 07 Jul. 2022. p.01.

<sup>17</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 101.

<sup>18</sup> WOLKE, Verene. É hora de abrir o mercado de gás natural no Brasil. **Portal da Indústria**, [S.l.], 08 Maio. 2019. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/especiais/e-hora-de-abrir-o-mercado-de-gas-natural-no-brasil/>. Acesso em 10 Jul. 2022. [Internet].

(iii) aloca os riscos entre as partes, visando a proteção contra a variação de preços; (iv) repassa os custos de investimento ao longo da cadeia contratual; e (v) figura como mecanismo de segurança e previsibilidade ao contrato<sup>19</sup>.

## 2.1 O funcionamento da cláusula de *take-or-pay*

A cláusula de *take-or-pay* contém mecanismo próprio, em que podem ser destacadas algumas práticas recorrentes em sua formulação. A periodicidade do fornecimento do insumo é recorrentemente feita mensalmente, ou por período anual<sup>20</sup>. Isto é, um pagamento e fornecimento mensal ou um pagamento e fornecimento anual.

Como mencionado, o comprador é obrigado a pagar por um mínimo, independentemente de ter consumido ou não<sup>21</sup>. Desta forma, por exemplo, se o comprador contrata o fornecimento de 480.000 quilowatt-hora (kWh) de energia elétrica em um período mensal ao valor de R\$ 170.000,00, mesmo que a quantidade utilizada mensalmente pelo comprador seja inferior à quantidade contratada, o valor mensal ainda será devido. Aí está o *pegue ou leve* da cláusula.

O comprador tem a opção de pagar e consumir, ou pagar e não consumir pela quantidade de energia contratada. Para o melhor funcionamento dos contratos com previsão de *take-or-pay*, criaram-se mecanismos contratuais específicos que viabilizassem eventual

---

<sup>19</sup> GONÇALVES, Bruno; TRAVASSOS, Cristiano. A Eficácia das Cláusulas de Take-Or-Pay nos Tribunais Brasileiros. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 15 a 18 de setembro de 2008, Rio de Janeiro. **Anais**. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdeweb/servlets/purl/21226271#:~:text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20abund%C3%A7%C3%A3o%20da%20m%C3%A1%20Df%C3%A9%20contratual>. Acesso em: 23 Jun. 2022. p. 04.

<sup>20</sup> CARVALHINHO FILHO, José Carlos Lemos. **O valor da flexibilidade em cláusula de take or pay de contratos para fornecimento de gás natural industrial**. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-01102003-232151/publico/DissertacaoJoseCarlosCarvalhinho.PDF>. Acesso em: 07 Jul. 2022. p. 43

<sup>21</sup> Em definição pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A cláusula de *Take or Pay* determina a regra pela qual o comprador/importador assume a obrigação de pagar um percentual mínimo sobre a quantidade total contratada de gás natural, em um período de apuração especificado, independentemente do seu efetivo consumo ou da sua internalização neste íterim, objetivando-se assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados na exploração dos campos e tratamento do gás natural ao vendedor/fornecedor do energético”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 70047852520. 17ª Câmara Cível. Rel.: Des. Liege Puricelli Pires. J. em 16 Ago. 2012. **DJe 23 Ago. 2012**. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70047852520&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 10 Out. 2022. [Internet]).

consumo que foi desperdiçado, ou eventual consumo que tenha sido maior do que o contratado<sup>22</sup>.

A depender do mês, por exemplo, o comprador pode acabar utilizando menos do que o mínimo contratado. Esta situação foi recorrente durante a pandemia da Covid-19 com a paralisação das indústrias, em que diversas empresas acabaram por não utilizar integralmente os insumos contratados<sup>23</sup>. Ou seja, se uma fábrica destinada à produção de automóveis, por exemplo, utilizava integralmente o gás canalizado contratado, passou a utilizar metade com a superveniência da pandemia.

Para evitar, portanto, o prejuízo da não utilização da energia contratada, foram criadas disposições como as subcláusulas *make up right* e *carry forward right*<sup>24</sup>. O *make up right* consiste na possibilidade de o comprador adequar eventual consumo mensal em que não foi atingido o mínimo ao longo do próximo trimestre vindouro. Então, se em determinado mês se pagou por um mínimo que não foi integralmente consumido, seu preço poderá ser abatido ao longo dos próximos três meses<sup>25</sup>.

O *carry forward right* é, ao contrário, quando o comprador consome mais do que o mínimo contratado. Assim, no próximo ciclo de fornecimento, caso o comprador não tenha atingido seu consumo mínimo, poderá abater com o volume que consumiu a mais nos outros ciclos, equalizando o valor a ser pago.

As partes também podem pactuar dispositivos que determinem que o fornecedor possa vender o montante remanescente não adquirido pelo comprador<sup>26</sup>. É o que ocorre no âmbito do mercado de compra e venda de energia elétrica, intermediado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE): em contratos negociados no âmbito do Ambiente

---

<sup>22</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 14.

<sup>23</sup> VELLOSO, Carolina Kayat Avdad. Cláusula de take or pay em contratos de fornecimento de energia elétrica durante a pandemia de covid-19. **Migalhas**, [S.l.], 08 Maio. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346664/clausulas-de-take-or-pay-em-contratos-de-fornecimento-de-energia>. Acesso em 10 Jul. 2022. [Internet].

<sup>24</sup> MIRANDA, Rogério S. (2002). Contratos da Indústria de Gás Natural: Mitigação de Risco de Mercado – Financiamento Através de Project Finance. In: PIRES, Paulo Valois (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 261-272. p. 265.

<sup>25</sup> MEDINA, J. Michael; McKENZIE, Gregory A.; DANIEL, Bruce M. Take or Litigate: Enforcing the Plain Meaning of the Take-or-Pay Clause in Natural Gas Contracts. **Arkansas Law Review**, Fayetteville, v. 40, n. 185, pp. 185-260, 1986. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 10 Jul. 2022. p. 191.

<sup>26</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. Op. cit. p. 22.

de Contratação Livre (ACL), o fornecedor de energia elétrica pode vender a energia que foi contratada e não consumida à terceiros<sup>27</sup>.

Todas estas disposições que gravitam a cláusula de *take-or-pay* são relevantes para o entendimento de sua natureza plenamente econômica, e que deriva do amplo princípio da liberdade de contratar.

### 3 A TIPICIDADE SOCIAL DA CLÁUSULA DE TAKE-OR-PAY

A cláusula de *take-or-pay* carece de uma definição taxativa. Apesar da Lei nº 10.312/01, em seu artigo 1º, §4º, trazer uma definição do que se entende pela referida cláusula, o *take-or-pay* é fruto, antes de tudo, da liberdade contratual guiada pelo princípio da autonomia privada<sup>28</sup>.

O fato de existir uma disposição expressa na lei do que se entende por *take-or-pay*, não retira o seu caráter socialmente típico: a disposição contida na Lei nº 10.312/01, apenas se refere ao mercado de gases. Entretanto, como já mencionado, o *take-or-pay* está presente nos mais diversos setores do mercado de fornecimento, seja energético ou não, tendo como destaque a compra e venda de combustíveis fósseis, fornecimento energético, logística entre outros<sup>29</sup>.

Além do mais, a disposição contratual empreende outros mecanismos e disposições contratuais que não estão previstos no direito positivo, como o *make up right* e *carry forward right*, mencionados no capítulo anterior.

Apesar de não estar previsto (com exceção do mercado de fornecimento de gás) portanto, no ordenamento positivo, é de se observar que se trata de negócio jurídico socialmente típico<sup>30</sup>. Como descreve a jurista Paula Forgioni, as cláusulas socialmente típicas são utilizadas frequentemente pelos agentes econômicos, sendo “dispositivos que acabam apostos a vários

---

<sup>27</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Contratos de energia no ambiente livre de comercialização**. Rio de Janeiro: FGV CERJ, [2021?]. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-07/contratosdeenergianoacl.pdf>. Acesso em: 25 Jul. 2022. p. 03.

<sup>28</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 103.

<sup>29</sup> Ibid. p. 102.

<sup>30</sup> GIANNOTTI, Luca; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotundo. A cláusula de take or pay e a equação econômica do contrato de fornecimento. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 07 Set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniao-clausula-take-or-pay-contrato-fornecimento>, Acesso em: 25 Set. 2022. [Internet].

tipos de negócios jurídicos empresariais, repetindo-se”<sup>31</sup>, resultando a tipicidade social dos usos e costumes.

A recorribilidade da cláusula está amparada em sua ampla utilização por grandes agentes econômicos, tendo inclusive sido reconhecida pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), por meio do Despacho nº 562, de 2008<sup>32</sup>.

Os tribunais, no mesmo sentido, reconhecem a existência e a aplicabilidade da cláusula *de take-or-pay*. O Tribunal de Justiça de São Paulo conceitua a cláusula de *take-or-pay* como “a cláusula com obrigação '*take-or-pay*' (obrigação '*take-or-pay*' impõe ao comprador que pague pela energia que contratou, independentemente de seu consumo)”<sup>33</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende, no mesmo sentido, como um pagamento mínimo, independentemente do que foi consumido ou não<sup>34</sup>. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul atesta inclusive a legalidade da cláusula ao definir que o *take-or-pay*:

[...] estabelece a quantidade mínima a ser paga pelo Comprador pelo consumo anual de gás, eis que tal cláusula busca assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados pela empresa contratada para o fornecimento do gás natural à empresa contratante.<sup>35</sup>

Na visão de Maria Helena Barros de Brito<sup>36</sup>, a tipicidade social acaba por ser um instrumento de “racionalidade, economia e evolução”, ao passo que é facilitada a negociação entre os operadores econômicos; permite-se a simplificação da referência ao tipo social; simplifica a discussão sobre a validade e efeitos jurídicos no negócio jurídico em discussão; e prepara a absorção legal de novas realidades<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 53.

<sup>32</sup> Cf. a redação do dispositivo a seguir: “Art. 1º. É atestado, para os devidos fins, que as cláusulas de Take-or-Pay, Make-up Gas e Shipor-Pay representam práticas usuais adotadas no âmbito da indústria do gás natural, no Brasil e no exterior”. (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS – ANP. Despacho do Diretor Geral nº 562, de 11 de junho de 2008. **DOU**, Brasília/DF, [12 Jun. 2008?]. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/anp/despacho-n-562-2008?origin=instituicao>. Acesso em: 10 Jul. 2022. [Internet]).

<sup>33</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 2122340-14.2020.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Berenice Marcondes Cesar. J. em 21 Set. 2020. **DJe 21 Set. 2020**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13980371&cdForo=0>. Acesso em: 12 Set. 2022. p. 04.

<sup>34</sup> Cf. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0098286-10.2020.8.19.0001. 09ª Câmara Cível. Rel.: Des. Daniela Brandão Ferreira. J. em: 11 Maio. 2021. **DJe 13 Maio. 2021**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E77E7888D9BDC64C279263DE1A4126EDC50E553B4443>. Acesso em: 12 Set. 2022.

<sup>35</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 70061885521. 16ª Câmara Cível. Rel.: Des. Ergio Roque Menine. J. em 05 Nov. 2015. **DJe 10 Nov. 2015**. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70061885521&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 12 Set. 2022. [Internet].

<sup>36</sup> BRITO, Maria Helena de Barros. **O Contrato de Concessão Comercial**: Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico. Coimbra: Almedina, 1990. p. 169.

<sup>37</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 25.



A cláusula de *take-or-pay* se encaixa nos elementos acima descritos, ao passo que: (i) é amplamente utilizada pelos agentes econômicos, sobretudo nos setores de fornecimento energéticos; e (ii) as partes que estipulam tal dispositivo conhecem o conteúdo que está acordado: a aquisição de determinado volume mínimo, devendo o pagamento fixo ser respeitado, independentemente de ter havido consumo ou não<sup>38</sup>.

No caso concreto, portanto, o que é discutido entre as partes contratantes são os prazos de pagamento, quantidade mínima a ser adquirida, eventual flexibilização<sup>39</sup>, mas não o funcionamento, o racional da cláusula em si.

A tipicidade social pode ser identificada, no mesmo sentido, pela jurisprudência e pelo legislador por sua relevância no tráfico mercantil e econômico, convertendo-se, neste sentido, num tipo legal<sup>40</sup>.

Portanto, além do fato de que o uso da cláusula de *take-or-pay* ser recorrente pelos agentes econômicos<sup>41</sup>, as suas disposições são reconhecidas pelos tribunais brasileiros, o que importa no reconhecimento de que se trata de um negócio jurídico socialmente típico.

#### 4 O AFASTAMENTO DE CLÁUSULA PURAMENTE POTESTATIVA

Antes de adentrar na qualificação jurídica da cláusula de *take-or-pay*, vale discorrer acerca do afastamento de uma possível interpretação – errônea – de que se trataria de uma cláusula puramente potestativa, a ensejar um abuso de direito por uma das partes contratantes.

A cláusula puramente potestativa é prática vedada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da expressa redação do art. 122, do Código Civil<sup>42</sup>. A sua ilicitude visa o afastamento de negócio jurídico que esteja ao puro arbítrio de uma das partes, àquele negócio vinculado a uma condição *si voluero*, isto é, “se me aprouver”<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 26.

<sup>39</sup> Ibid. p. 26.

<sup>40</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 134.

<sup>41</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 23.

<sup>42</sup> Cf. a redação do dispositivo: “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília/DF, 11 Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 Ago. 2022. [Internet]).

<sup>43</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 653.

Assim, há cláusula puramente potestativa quando os efeitos de um contrato ficam ao puro e livre arbítrio de uma das partes, gerando a nulidade da estipulação ajustada<sup>44</sup>. O Professor Caio Mario Silva Pereira discorre no mesmo sentido:

A lei destaca (Código Civil, art. 115, segundo membro; Anteprojeto de código de Obrigações, art. 27), de entre as condições que invalidam o ato aquela que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada condição potestativa pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa: 'o si volam', ou 'si volueris', dos exemplos clássicos ('dar-te-ei 100 se eu quiser' ou 'dar-me-ás 100 se quiseres'), é uma cláusula que nega o próprio ato. Não há, com efeito, emissão válida de vontade, e a rigor não há mesmo emissão nenhuma, dès que fique o ato na dependência de lhe atribuir ou não o interessado qualquer eficácia.<sup>45</sup>

De outro lado, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, a cláusula simplesmente potestativa não é vedada pelo ordenamento jurídico, ou seja, aquela cláusula que transmite uma vontade intercalada de ambos os contratantes, não submetendo-se ao puro arbítrio de uma das partes:

As condições potestativas dividem-se em puramente potestativas e simplesmente potestativas. Somente as primeiras são consideradas ilícitas pelo art. 122 do Código Civil, que as inclui entre as “condições defesas” por sujeitarem todo o efeito do ato “ao puro arbítrio de uma das partes”, sem a influência de qualquer fator externo. É a cláusula *si voluero* (se me aprouver), muitas vezes sob a forma de “se eu quiser”, “se eu levantar o braço” e outras, que dependem de mero capricho.

As simplesmente ou meramente potestativas são admitidas por dependerem não só da manifestação de vontade de uma das partes como também de algum acontecimento ou circunstância exterior que escapa ao seu controle. Por exemplo: “Dar-te-ei este bem se fores a Roma”. Tal viagem não depende somente da vontade, mas também da obtenção de tempo e dinheiro.<sup>46</sup>

A associação do *take-or-pay* com o conceito de condição puramente potestativa poderia ser estabelecida pelo (suposto) puro e arbitrário poder do vendedor de energia elétrica, por exemplo, de cobrar pela quantidade estipulada contratualmente independentemente do consumo pelo comprador, assim configurando um abuso de direito e poder arbitrário por uma das partes<sup>47</sup>.

Assim, o vendedor estaria praticando o *si voluero*: mesmo que o comprador não consuma, a seu bem entender poderia cobrar pelo preço do insumo fornecido e não utilizado. Tal concepção é equivocada.

<sup>44</sup> Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 7.031.235-3. 24ª Câmara Cível. Rel.: Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken. J. em 29 Jun. 2006. **DJ [30 Jun. 2006?]**.

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil** – V. 01. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987. pp. 397-398.

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – V. 01: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 152.

<sup>47</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 101.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente a vontade das partes e a alocação de riscos: negócios jurídicos com estipulação do *take-or-pay* visam a realização de uma equação econômica<sup>48</sup>: ao mesmo passo que o comprador procura por um fornecimento constante, com preço fixo e muitas vezes abaixo do mercado, assume o risco de ter que pagar pelo bem fornecido sem o ter utilizado em sua integralidade<sup>49</sup>. Risco semelhante é observado ao vendedor: ao fornecer o insumo por um preço fixo que lhe garante segurança econômica, assume o risco de uma eventual alteração de preços a maior que possa lhe causar prejuízo.

Portanto, há vantagens e desvantagens que podem ser observadas tanto para o comprador, como para o vendedor, podendo-se observar uma verdadeira vontade intercalada de ambas as partes. Deste modo, não há que se falar em negócio puramente potestativo por parte do vendedor, já que o fornecimento do insumo será entregue, e o próprio comprador que estipulou que aquela quantidade a ser fornecida lhe seria suficiente, conhecia do risco de pagar mesmo na hipótese de não ter consumido a quantidade contratada, em troca de um fornecimento à preço fixo e abaixo do mercado<sup>50</sup>.

Em segundo lugar, o racional da cláusula está vinculado ao fornecimento do insumo, e não ao seu consumo<sup>51</sup>. Assim, incide-se a obrigação não por arbítrio do vendedor em cobrá-la mesmo que o comprador não tenha consumido, mas simplesmente pelo fato de que a quantidade contratada foi fornecida. Podemos tomar como exemplo corriqueiro os pacotes de telefonia: o consumidor paga pelo fornecimento do serviço, e independentemente do uso, terá de pagar ao final do período contratado.

Além disso, é fato que o mecanismo do *take-or-pay* é utilizado para negócios jurídicos empresariais de médio a grande porte, em que as partes são comumente assessoradas

<sup>48</sup> GIANNOTTI, Luca; SAYDELLES, Rodrigo Salton Roturno. A cláusula de take or pay e a equação econômica do contrato de fornecimento. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 07 Set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opinio-clausula-take-or-pay-e-contrato-fornecimento>, Acesso em: 25 Set. 2022. [Internet].

<sup>49</sup> GONÇALVES, Bruno; TRAVASSOS, Cristiano. A Eficácia das Cláusulas de Take-Or-Pay nos Tribunais Brasileiros. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 15 a 18 de setembro de 2008, Rio de Janeiro. **Anais**. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdweb/servlets/purl/21226271#:~:text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20abund%C3%A7%C3%A3o%20da%20m%C3%A1%20f%C3%A9%20contratual>. Acesso em: 23 Jun. 2022. p. 03.

<sup>50</sup> CARVALHINHO FILHO, José Carlos Lemos. **O valor da flexibilidade em cláusula de take or pay de contratos para fornecimento de gás natural industrial**. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-01102003-232151/publico/DissertacaoJoseCarlosCarvalhinho.PDF>. Acesso em: 07 Jul. 2022. p. 01.

<sup>51</sup> MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica. **LDCM Advogados**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acesso em: 12 Out. 2022. pp. 10-11.

juridicamente e conhecem dos riscos que estão sendo contratados<sup>52</sup>. Assim, afasta-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, bem como o enquadramento de que haveria alguma parte hipossuficiente na relação jurídica<sup>53</sup>, a ensejar um eventual abuso de direito por parte do vendedor.

Em terceiro lugar, a estipulação da cláusula – que já foi reputada pela jurisprudência dos tribunais estaduais como válida<sup>54</sup> – é centrada no conceito de que o pagamento é devido pelo comprador “haja o que houver”, não havendo dúvidas de que, mesmo que o consumo em determinado período contratado seja inferior, a contraprestação pecuniária é devida.

Por todas essas razões, a cláusula de *take-or-pay* não pode ser reputada como cláusula puramente potestativa.

## 5 A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY*

O estudo da natureza jurídica da cláusula de *take-or-pay* ganha importância principalmente em um cenário de aplicação prática, em que determinado contrato, por exemplo, seja submetido sob exame do poder jurisdicional, seja ele arbitral ou de juiz togado. Ademais, o fenômeno da aplicação “exige do jurista, inicialmente, uma identificação do que seja o direito a ser aplicado”<sup>55</sup>.

Assim, a natureza jurídica é instrumento essencial para explicar a origem dos institutos, seus princípios norteadores e as regras regentes, de modo a facilitar a interpretação dos atos jurídicos que, como ensina Carlos Maximiliano, podem sofrer ligeiras variantes a depender de sua natureza e aplicação<sup>56</sup>.

Como exposto anteriormente, a interpretação do mecanismo contratual não deve ser feita sem antes considerar o racional econômico da cláusula, e a verdadeira intenção das partes ao estipularem as mútuas obrigações<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> CARVALHINHO FILHO, José Carlos Lemos. **O valor da flexibilidade em cláusula de take or pay de contratos para fornecimento de gás natural industrial**. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-01102003-232151/publico/DissertacaoJoseCarlosCarvalhinho.PDF>. Acesso em: 07 Jul. 2022. p. 03.

<sup>53</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 111.

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 111.

<sup>55</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 66.

<sup>56</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 336.

<sup>57</sup> Aliás, a regra conforme o art. 112 do Código Civil torna obrigatório o atendimento privilegiado à intenção: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

O estudo dos tipos obrigacionais que será feito a seguir, portanto, não deve ser feito em separado da razão econômica e da intenção das partes pré-estabelecidas, os quais são essenciais para a delimitação correta da cláusula. Leciona Paula Forgioni que a interpretação dos contratos empresariais deve também considerar o comportamento das partes<sup>58</sup>, o que importa dizer que se o comprador de fornecimento de gás esteve ciente da variação de preços e da alocação de riscos combinada com o vendedor, esta deve ser respeitada a despeito de eventual alegação de onerosidade excessiva ou enquadramento do tipo contratual como cláusula penal, de modo a se evitar eventual alegação de que a cobrança de valores não consumidos seja desproporcional.

A seguir, veremos o enquadramento da cláusula de *take-or-pay* como obrigação alternativa, obrigação de garantia e de cláusula penal.

### 5.1 A qualificação como obrigação alternativa

A obrigação alternativa é a que compreende dois ou mais objetos, extinguindo-se com a prestação de apenas um. Deste modo, com a variedade de prestações, somente uma delas deve ser cumprida, mediante escolha do credor ou devedor<sup>59</sup>. Em exemplo prático, Sílvio de Salvo Venosa estabelece a classificação da obrigação alternativa quando há ligação com a partícula *ou*, assim “pagaremos um cavalo ou um automóvel”<sup>60</sup>. Em uma análise superficial, tal definição poderia se encaixar perfeitamente com o mecanismo da cláusula de *take-or-pay*: a alternativa entre pagar pelo bem e retirá-lo *ou* apenas pagar pelo bem, sem retirá-lo. Leonardo de Campos Melo argumenta neste sentido, importando a alternatividade em benefício do comprador, já que este tem a prerrogativa de retirar ou não o bem objeto da contraprestação pelo pagamento<sup>61</sup>.

Entre duas obrigações alternativas, portanto, restaria ao comprador dar o cumprimento efetivo da obrigação, definição que encontra inclusive amparo no direito privado Suíço, em que

---

(BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília/DF, 11 Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 Ago. 2022. [Internet]).

<sup>58</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 232

<sup>59</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – V. 02: teoria geral das obrigações**. 16. ed: São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 101.

<sup>60</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil – V. 02**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 93.

<sup>61</sup> MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica. **LDCM Advogados**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acesso em: 12 Out. 2022. pp. 10-11.

a doutrina se manifesta pela definição da cláusula como obrigação alternativa em benefício do comprador<sup>62</sup>. No mesmo sentido, decidiu a Suprema Corte do Estado de Oklahoma (EUA) ao ter firmado precedente no caso *Roye Realty & Developing, Inc. vs. Arkla, Inc.* acerca da caracterização da cláusula de *take-or-pay* como obrigação alternativa em contrato de fornecimento de gás<sup>63</sup>. Ainda na ótica do *common law*, há doutrinadores que entendem também pela classificação em obrigação alternativa, já que a estipulação contratual da cláusula de *take-or-pay* não pune o comprador pela utilização excedente ou inferior do bem fornecido, de modo a fornecer métodos alternativos, como o *make-up rights* visto no segundo capítulo, para dar cumprimento para obrigação<sup>64</sup>.

Entretanto, ao se analisar sobre a ótica do pagamento mínimo pelo comprador – haja a utilização do bem ou não – e da definição da obrigação alternativa sob a ótica do ordenamento pátrio, a natureza da cláusula como obrigação alternativa perde o sentido. Isto porque, ao comprador não há outra opção senão o pagamento do mínimo fornecido contratualmente, independentemente do efetivo uso ou não. Assim, no caso de uma empresa que em determinado período acabe por consumir uma quantidade de gás inferior àquela contratada, ainda assim restará a obrigação de pagar pelo volume mínimo. Neste sentido, em um clássico contrato com cláusula *take-or-pay*, a obrigação somente será satisfeita se, e somente se, o comprador pagar pelo mínimo contratado, não importando se houve a utilização do bem contratado ou não.

A partícula *ou* como caracterizadora da obrigação alternativa, como bem exposto por Sílvio de Salvo Venosa acaba, portanto, perdendo a semântica, ao passo que não há outra opção ao comprador para extinção da obrigação: apenas o pagamento será o meio necessário para satisfazer a estipulação contratual. Inclusive, o termo *take-or-pay* pode induzir à conclusão de que se trata de uma obrigação alternativa. Ora, em tradução literal “retire ou pague”, induz automaticamente a pensar em uma escolha, entre um ou outro<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> IYNEDJIAN, Marc. Gas Sale and Purchase Agreements under Swiss Law. **ASA Bulletin**, [S.l.], v. 30, issue 4, pp. 746-757, 2012. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/ASA+Bulletin/30.4/ASAB2012067>. Acesso em: 27 Set. 2022. pp. 748-751.

<sup>63</sup> Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of Oklahoma. **Roye Realty & Developing, Inc. vs. Arkla, Inc.** Case nº 77.693. Oklahoma City, 13 Jul. 1993. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1993/15759.html>. Acesso em: 27 Set. 2022.

<sup>64</sup> Sobre esta classificação, cf.: “*Courts, however, universally held that take-or-pay clauses do not provide a punishment for breach, rather an alternative method of performance. Under a typical take-or-pay clause, the buyer had the choice of taking and paying for the annual minimum volume during an accounting year or paying for the annual minimum volume during the accounting year and taking the gas paid for during a later accounting year*”. (MEDINA, J. Michael. The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future. **Tulsa Law Review**, Tulsa, v. 27, issue 02, pp. 295-296, 1991. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. Acesso em: 11 Out. 2022. p. 295).

<sup>65</sup> TORRES, Giovana Durlí. **A determinação da natureza jurídica da cláusula take-or-pay e seus efeitos no direito brasileiro**. Artigo científico. Porto Alegre: PUC/RS, [2021?]. Disponível em:

Entretanto, não existe uma escolha para o comprador cumprir com sua obrigação, já que a única alternativa para adimplir o contrato é o pagamento. A escolha do comprador reside, portanto, em utilizar ou não pelo bem contratado, que invariavelmente está atrelado à oferta e demanda de mercado, tendo em vista não ser comum que o comprador deseje ficar no prejuízo ao pagar por um mínimo contratado e não o utilizar. Deste modo, pode-se concluir que o mecanismo da cláusula de *take-or-pay*, na verdade, tem por objeto uma só uma prestação (i.e., pagar pelo volume contratado), classificando-se como obrigação simples<sup>66</sup>.

Vitor Silveira Vieira também partilha deste ponto de vista, asseverando que em qualquer exemplo de obrigação alternativa, existe a possibilidade de variação da prestação, enquanto no mecanismo do *take-or-pay*, não resta outra alternativa ao comprador senão a prestação pecuniária<sup>67</sup>.

Assim, libera-se o devedor com o simples pagamento da prestação, acarretando a classificação como uma obrigação simples conforme o entendimento do art. 313 do Código Civil<sup>68</sup>.

## 5.2 A qualificação como cláusula penal

No Brasil, a qualificação pelos Tribunais Estaduais do mecanismo *take-or-pay* como cláusula penal é comum. No Tribunal de Justiça de São Paulo, predomina o entendimento de que a referida cláusula seria uma penalidade por descumprimento contratual<sup>69</sup>.

---

[https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana\\_torres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf). Acesso em: 15 Jul. 2022. pp. 20-22.

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – V. 02: teoria geral das obrigações. 16. ed: São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 101.

<sup>67</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. pp. 101-150.

<sup>68</sup> Cf. a redação do dispositivo: “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília/DF, 11 Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 Ago. 2022. [Internet]).

<sup>69</sup> A 28ª Câmara deste Tribunal asseverou que “[o] consumo mínimo da cláusula *take-or-pay*, pegue ou pague, [...] não passa de cláusula penal, como ficou reconhecido em precedente desta Câmara”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0118469-21.2008.8.26.0100. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel. J. em 30 Jul. 2013; **DJe 01 Ago. 2013**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6894397&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022. p. 02).

Cf. outros precedentes paulistas que convergem com esta posição: Id. AC nº 0005092-31.2013.8.26.0348. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Jayme Queiroz Lopes. J. em 16 Jun. 2016. **DJe 21 Jun. 2016**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9534065&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022; Id. AC nº 0130636-02.2010.8.26.0100. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Manoel Justino Bezerra Filho. J. em 06 Ago. 2012. **DJe 08 Ago. 2012**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6083374&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022; e Id. AC nº

Veja-se, por exemplo, a ementa de julgado de tal Tribunal de Justiça, neste sentido:

Fornecimento de gases. Existência de relação comercial entre as partes. Impossibilidade de incidência do CDC. Cláusula que impõe o pagamento de valores correspondentes ao fornecimento de quantidades mensais mínimas. Admissibilidade. Vantagens comerciais traduzidas no preço. Impossibilidade de cobrança do equivalente ao valor do consumo mínimo, por ofensa à boa-fé objetiva. Cláusula penal equivalente a 50% do consumo mínimo por todo prazo contratual. Abusividade. Redução da multa para o correspondente a 30% do consumo mínimo pelos meses restantes. Recursos desprovidos.<sup>70</sup>

Infelizmente, os precedentes não discorrem a razão pela qual a cláusula penal seria a correta qualificação, não trazendo uma dialética ou aprofundamento necessários para encaixar o tipo jurídico do mecanismo contratual<sup>71</sup>. Como será demonstrado, há diversos motivos para se afastar a incidência do regramento da cláusula penal previstos nos artigos 408 a 416 do Código Civil.

Embora possam ser tracejadas algumas semelhanças, os dois institutos são distintos, com fundamentos e objetivos diferentes, que serão demonstrados a seguir.

Inicialmente, podemos destacar o fato de a cláusula *de take-or-pay* não ser uma obrigação acessória, enquadramento primordial para qualificação de uma cláusula penal<sup>72</sup>. Como leciona Carlos Roberto Gonçalves, a cláusula penal no direito brasileiro é obrigação acessória, no qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da obrigação principal, ou o retardamento de seu cumprimento<sup>73</sup>. No mesmo entendimento, Nelson Rosenvald conceitua cláusula penal como “uma convenção acessória que acopla uma pena privada ao inadimplemento de uma obrigação”<sup>74</sup>.

No sentido contrário, a cláusula de *take-or-pay* é a obrigação principal de um contrato de compra e venda, cláusula que centraliza a dinâmica contratual e a vontade das partes na celebração do negócio jurídico. De um lado, há a obrigação de pagar do comprador pelo insumo

---

990.10.208588-0. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel, J. em 09 Nov. 2010. **DJ [10 Nov. 2010?]**.

<sup>70</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445. 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel.: Des. Pedro Baccarat. J. em 30 Jan. 2017. **DJe 01 Fev. 2017**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10119613&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022. p. 02.

<sup>71</sup> TORRES, Giovana Durlí. **A determinação da natureza jurídica da cláusula take-or-pay e seus efeitos no direito brasileiro**. Artigo científico. Porto Alegre: PUC/RS, [2021?]. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana\\_torres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf). Acesso em: 15 Jul. 2022. pp. 14-19.

<sup>72</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 105.

<sup>73</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – V. 02: teoria geral das obrigações. 16. ed: São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 424.

<sup>74</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal**: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 35.



contratado, independentemente se houver ou não consumo em sua totalidade e, de outro, a obrigação constante do vendedor de fornecer o insumo contratado.

Outra característica que afasta a qualificação de cláusula penal é o fator de que a cláusula de *take-or-pay* não pressupõe inexecução, muito menos requer a presença de culpa para ser exigível se tratando, na verdade, de obrigação contratual e não de uma penalidade<sup>75</sup>. Ademais, a literalidade do art. 408 do Código Civil demonstra que a cláusula penal para ser exigível necessita do elemento da culpa ou da constituição em mora no cumprimento da obrigação<sup>76</sup>.

Não é outro o entendimento da doutrina, como ilustra Sílvio de Salvo Venosa, a cláusula penal é exigível quando a parte “deixar de dar cumprimento a uma, todas ou várias disposições de um contrato ou apenas o retardar”<sup>77</sup>. A obrigação do comprador de pagar pelo insumo, independentemente de ter havido consumo ou não, não se trata de uma multa, mas sim da obrigação principal do contrato.

A finalidade da cláusula penal também pode ser dividida em duas: coercitiva, como forma de impelir o devedor a cumprir com a obrigação principal, e indenizatória, prefixando perdas em danos em caso de inadimplemento<sup>78</sup>. Denota-se, portanto, que para verificação de uma cláusula como penal, faz-se necessário a verificação do caráter punitivo – coercitivo ou indenizatório – como também a distinção da obrigação principal, pelo fato da cláusula penal ser necessariamente obrigação acessória.

No mecanismo *take-or-pay* não se tem nenhum dos dois. Como mencionado anteriormente, não se trata de obrigação acessória, mas sim principal (compra e venda de insumos, energia etc.). No mesmo sentido, o racional da cláusula não tem função nem indenizatória nem coercitiva. Trata-se, em realidade, da obrigação de pagar pelo comprador e da obrigação de fornecimento pelo vendedor.

Para solucionar a problemática de que o *take-or-pay* deveria ser cláusula acessória – incidindo, assim, o instituto da cláusula penal, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro exarou entendimento de que a obrigação principal seria a de consumo mínimo e, a penalidade, o

<sup>75</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 104

<sup>76</sup> Cf. a redação do dispositivo: “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília/DF, 11 Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 Ago. 2022. [Internet]).

<sup>77</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil** – V. 02. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 333

<sup>78</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – V. 01: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 424.

pagamento se não houvesse referido consumo<sup>79</sup>. Seguindo esse raciocínio, incidiria a cláusula *take-or-pay* – cláusula supostamente acessória ao contrato - no caso do inadimplemento da (suposta) obrigação de utilização do volume mínimo contrato.

Tal entendimento não deve prosperar. Em primeiro lugar, não se trata de obrigação de consumo ou de utilização mínima do insumo, ao credor pouco importa se a parte devedora vai consumir ou não a totalidade do insumo fornecido, que aliás ficará à disposição do comprador para utilizá-lo ou não.

Em segundo lugar, o fornecimento é constante e poderá ser utilizado em outro período pelo comprador, se estiverem contidas no contrato as disposições de *make up right* ou *carry forward right*. Contratos que estejam registrados na CCEE possuem esta grande vantagem para o comprador – que prescinde da presença dos dois mecanismos citados - já que a energia contratada que não for utilizada ou se mostrar excedente, poderá ser revendida para terceiros ou realocada para utilização em outros períodos<sup>80</sup>.

O cerne da disposição contratual, portanto, não é uma obrigação de consumo mínimo, já que o credor está interessado na contraprestação pecuniária e não na utilização ou não do insumo fornecido. Não havendo obrigação de consumo mínimo, não há que se falar em inexecução para que a cláusula de *take-or-pay* seja exigível.

A obrigação nada mais estipula além da contraprestação *in pecunia* mínima, pelo mínimo volume mínimo a ser disponibilizado, tratando-se de obrigação principal de pagar quantia certa, e não de uma penalidade, acessória ao contrato, pela não utilização da energia ou do insumo contratado que, aliás, seria desprovido de qualquer lógica.

Há alguns autores brasileiros que afastam a qualificação da cláusula de *take-or-pay* como cláusula penal sob as mesmas razões aqui expostas, como destaca Vitor Silveira Vieira “a cláusula de *take-or-pay* não é qualificável como cláusula penal porque não pressupões

---

<sup>79</sup> Cf. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0000828-18.2010.8.19.0203. 23ª Câmara Cível. Rel.: Des. Marcelo Anátocles da Silva Ferreira. J. em 19 Mar. 2014. **DJe 24 Mar. 2014**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004158205696B64AB825007B5E8B9B7F517C50302102940>. Acesso em: 19 Set. 2022.

<sup>80</sup> Cf. a exigência legal: “Art. 2º. Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições: I - os agentes vendedores deverão apresentar lastro para a venda de energia para garantir cem por cento de seus contratos”; e “Art. 3º As obrigações de que tratam os incisos do caput do art. 2º serão aferidas mensalmente pela CCEE e, no caso de seu descumprimento, os agentes ficarão sujeitos à aplicação de penalidades, conforme o previsto na convenção, nas regras e nos procedimentos de comercialização”. (BRASIL. Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. **DOU**, Brasília/DF, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM). Acesso em: 20 Out. 2022. [Internet]).

inexecução nem requer a presença de culpa, conforme o requer, expressamente, a cláusula penal”<sup>81</sup>.

Leonardo Campos de Melo também converge no mesmo sentido, ao dispor que a cláusula “não ostenta elementos de *acessoriedade*, nem exsurge do inadimplemento do comprador. Afastados esses dois elementos essenciais, não se pode classificá-la como cláusula penal”<sup>82</sup>.

Neste sentido, senão pela literalidade da disposição contratual, deve-se rememorar a vontade e alocação de riscos estabelecidas entre as partes, assim como a finalidade econômica por trás dos negócios jurídicos que envolvem a cláusula de *take-or-pay*, como mais bem explorado no capítulo dois.

Um dos grandes objetivos é justamente a proteção da variação de preços constante, por exemplo, no mercado de fornecimento de gás, tanto para o vendedor como para o comprador. Aquele não se prejudicará quando da ocorrência de uma baixa demanda pelo insumo – em que o preço diminuirá - e este quando da alta demanda pelo insumo – em que o preço aumentará.

### 5.2.1 A problemática da aplicação do artigo 413 do Código Civil e a possibilidade de incidência de *bis in idem*

O enquadramento da cláusula de *take-or-pay* como cláusula penal também traz duas problemáticas. Em primeiro lugar, seria possibilitada a redução equitativa com base no artigo 413 do Código Civil<sup>83</sup> e, em segundo, o possível afastamento de eventuais penalidades previstas no contrato pelo descumprimento contratual, sob pena de dupla penalização decorrente da mesma inexecução (*bis in idem*).

Quanto ao primeiro ponto, dispõe o artigo 413 do Código Civil que o juiz deverá reduzir equitativamente a penalidade se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou

<sup>81</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. pp. 104-105.

<sup>82</sup> MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica. **LDCM Advogados**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/C1%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/43024513/C1%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica). Acesso em: 12 Out. 2022. pp. 09-11. (Grifos nossos).

<sup>83</sup> Cf. a redação do dispositivo: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília/DF, 11 Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 Ago. 2022. [Internet]).

se o montante se mostrar manifestamente excessivo. Considerando-se o mecanismo *take-or-pay* como cláusula penal, o juiz poderia reduzir de forma equitativa o montante devido, por exemplo se, em um contrato de compra e venda de gás natural, entendesse que a disposição é manifestamente excessiva, ou pelo mero fato da obrigação ter sido cumprida em parte.

Entretanto, como exposto anteriormente, o mercado de gás natural – assim como as mais variadas *commodities* que utilizam o mecanismo do *take-or-pay* – pode sofrer mudanças bruscas de oferta e demanda, influenciando diretamente nos preços. Mencionado fato é característico da natureza e das circunstâncias do negócio jurídico, de modo que o racional econômico e utilitário da cláusula de *take-or-pay* não pode ser posto de lado. Assim, supondo que um comprador de gás consuma um volume inferior ao contratado em determinado mês, e em seguida ajuíze ação visando reduzir a (suposta) multa por entender que a disposição contratual se trata de cláusula penal, ao se argumentar pela aplicação da redução equitativa, o juiz deveria reduzir o montante devido se parte da obrigação principal fora cumprida, ou se entender que o montante se revela manifestamente excessivo.

Tal entendimento é deveras prejudicial em um mercado especializado e técnico como o de compra e venda de energia elétrica, gás natural e muitos outros, em que há uma cadeia de geração, produção e distribuição do componente energético, e em que a cláusula de *take-or-pay* se tornaria desvirtuada. Ademais, uma das principais funções da cláusula é a segurança de que o pagamento não sofrerá com a oscilação constante dos preços. Assim, ao se estabelecer a forma do preço do insumo fornecido, já é levado em conta pelas partes a duração do contrato, o volume contratado, a alocação de riscos e a compensação do capital investido<sup>84</sup>.

A redução equitativa pelas razões do artigo 413 do Código Civil gerariam verdadeiro desvirtuamento de todo o racional econômico e da autonomia da vontade das partes contido em um contrato com cláusula de *take-or-pay*. Rafael Batista Marquez, autor que paradoxalmente converge para qualificação do *take-or-pay* como cláusula penal, inclusive pugna por uma moderação da aplicação do mencionado dispositivo, senão completo afastamento, expondo que “não há razão, realmente, para que a jurisprudência caminhe no sentido de reduzir a penalidade decorrente da cláusula *take or pay*”<sup>85</sup>, sob o argumento de que a redução do valor da penalidade impactaria na premissa central da cláusula.

---

<sup>84</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 23.

<sup>85</sup> Ibid. p. 50

Ainda, é prudente se observar que há vantagens comerciais em cláusulas estipuladas com *take-or-pay*, principalmente para o lado do comprador, que em troca do ônus de ter de pagar por um volume mínimo independentemente de consumo, acaba por adquiri-lo por um preço menor, sendo, portanto, inconcebível a redução equitativa do montante devido. Aliás, já foi trazido, neste trabalho, precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo neste sentido<sup>86</sup>.

Quanto ao segundo ponto, a qualificação do *take-or-pay* como cláusula penal importaria no reconhecimento de que, caso o contrato houvesse uma estipulação com função indenizatória ou coercitiva (i.e., uma cláusula penal) para o descumprimento contratual de pagar pelo volume mínimo fornecido, esta estipulação configuraria *bis in idem*.

O Tribunal de Justiça de São Paulo inclusive assinalou referido entendimento ao dispor que o acolhimento do *take-or-pay* como cláusula penal, se aplicado em conjunto com outra cláusula penal de função ressarcitória, poderia configurar em dupla penalidade à parte contratante:

[...] [N]a multa pretendida há evidente abuso e inadmissível duplicidade [...]. Afinal, contratando fornecimento mínimo, obrigou-se a ré a pagar pelo mínimo, mesmo que não recebesse o produto. Nisso, ficou dito, a autora já se garantiu contra eventual inadimplência e prefixou seus danos e seus lucros cessantes, fim mesmo da cláusula penal. Então, não se justificava outra cláusula penal fundada nos mesmos números para a hipótese de rescisão do contrato, que ficou ao exclusivo critério da própria autora.<sup>87</sup>

Ao revés, não se constata uma duplicidade exigir a cláusula de *take-or-pay* em conjunto com outra cláusula penal. O vendedor não se garante por meio do mecanismo contra eventual inadimplência<sup>88</sup>, a obrigação é devida justamente pelo serviço disponibilizado à parte contratada, e toda infraestrutura, principalmente, dos mercados de fornecimento de gás<sup>89</sup>. Ademais, como demonstrado no capítulo anterior, a cláusula *take-or-pay* é o mecanismo principal de um contrato, não pacto secundário, acessório e com finalidade punitiva, como exige

<sup>86</sup> Relembre-se do julgado: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445. 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel.: Des. Pedro Baccarat. J. em 30 Jan. 2017. **DJe 01 Fev. 2017**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10119613&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022.

<sup>87</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0196315-12.2011.8.26.0100. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel. J. em 06 Fev. 2018. **DJe 09 Fev. 2018**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11159420&cdForo=0>. Acesso em: 10 Out. 2022. pp. 03/04.

<sup>88</sup> Em outros dois precedentes, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o vendedor teria se garantido “contra eventual inadimplência” por meio da cláusula. Cf.: Id. AC nº 990.10.208588-0. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel, J. em 09 Nov. 2010. **DJ [10 Nov. 2010?]**; Id. AC nº 990.10.09319-5. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel. J. em 14 Set. 2010. **DJ [15 Set. 2010?]**.

<sup>89</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 110.

o enquadramento da cláusula penal, não se tratando de um reforço da obrigação principal, mas sim a própria obrigação principal<sup>90</sup>.

No mesmo sentido é entendimento exarado por Luca Giannotti e Rodrigo Saydelles:

Tomar “preço mínimo” como um dano pré-liquidado derivado de um dever principal de consumo mínimo é apagar a razão econômica por detrás da cláusula de take or pay. Substitui-se a positividade de uma estrutura econômica específica por uma decomposição jurídica que apaga o traço específico desse tipo de negócio em busca de uma maior aderência às categorias tradicionais.<sup>91</sup>

Assim, fica evidente que a qualificação do *take-or-pay* como cláusula penal gera consequências práticas quando a discussão é posta perante o Poder Judiciário, justamente pela incidência das regras do instituto que, em linhas gerais, ou podem levar a uma redução equitativa ou, quando em conjunto com uma cláusula que estipularia multa por descumprimento – esta sim, a cláusula penal do contrato – geraria *bis in idem*.

### 5.3 A qualificação como obrigação de garantia

Além da qualificação da cláusula *take-or-pay* como obrigação alternativa e cláusula penal, existe a defesa de sua qualificação como uma obrigação de garantia. No plano jurídico, a palavra “garantia” pode servir para conceitos diversos, entre eles as garantias reais e pessoais prestadas em negócios jurídicos, ou as garantias legais, como aquelas previstas no instituto da evicção e dos vícios redibitórios<sup>92</sup>. No presente trabalho, o conceito invocado é delimitado tão e somente para as *obrigações de garantia*.

Pode-se dividir o conceito de obrigação em três: obrigação de meio, obrigações de resultado e obrigações de garantia<sup>93</sup>; a distinção é crucial não somente pela simples qualificação das obrigações, mas justamente pelo resultado que pode ser gerado em termos de responsabilidade contratual.

<sup>90</sup> A cláusula penal, segundo Clóvis Beviláqua, consiste em “um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou, apenas, o retardar. O fim da cláusula penal é reforçar a obrigação, dando ao credor um meio mais pronto de coagir o devedor a cumpri-la, no tempo e pela forma devida. A sua utilidade é determinar, previamente, as perdas e danos”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao CC/1916**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 54).

<sup>91</sup> GIANNOTTI, Luca; SAYDELLES, Rodrigo Salton Roturno. A cláusula de take or pay e a equação econômica do contrato de fornecimento. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 07 Set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniao-clausula-take-or-pay-contrato-fornecimento>, Acesso em: 25 Set. 2022. [Internet].

<sup>92</sup> TORRES, Giovana Durlí. **A determinação da natureza jurídica da cláusula take-or-pay e seus efeitos no direito brasileiro**. Artigo científico. Porto Alegre: PUC/RS, [2021?]. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana\\_torres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf). Acesso em: 15 Jul. 2022. p. 22.

<sup>93</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial** - V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 74-76.

A distinção entre as duas primeiras é perfeitamente resumida por Orlando Gomes, em que a obrigação de meio é uma atividade concreta do devedor, por meio da qual este faz o possível para cumpri-las, enquanto a obrigação de resultado só é verificada quando, logicamente, o resultado pretendido é alcançado<sup>94</sup>. Como exemplo, podemos citar como exemplo para a primeira a atividade do advogado, e para segunda o contrato de empreitada<sup>95</sup>.

Deste modo, na obrigação de meio basta que o comportamento do devedor tenha sido suficientemente diligente para que o adimplemento seja observado, enquanto a obrigação de resultado, apenas a finalidade do ato importa, ou seja, se houve o resultado pretendido ou não<sup>96</sup>.

Por sua vez, a obrigação de garantia pode ser definida como a eliminação de “um risco que pesa sobre o credor, ou as suas consequências [...] que se destina a propiciar maior segurança ao credor, ou eliminar risco existente em sua posição”<sup>97</sup>. O adimplemento verifica-se, portanto, com a assunção do risco pelo devedor, mesmo que este não se concretize, e a eliminação deste risco representa o bem da vida que se traduz, geralmente, em valor econômico<sup>98</sup>.

Judith Martins-Costa inclusive diferencia a cláusula (obrigação) de garantia com a cláusula penal, traduzindo-se a similaridade dos dois institutos tão somente quanto à problemática do cumprimento obrigacional<sup>99</sup>. A cláusula penal, diferentemente da cláusula de garantia, aplica-se quando da inexecução do contrato com observação do elemento da culpa, enquanto esta examina o elemento do risco assumido:

Cláusulas ou convenções de garantia são aquelas em que se estipula uma obrigação de garantia, vale dizer: o devedor assegura ao credor determinado resultado, assumindo o risco da não-verificação do mesmo qualquer que seja a sua causa. Trata-se, em síntese, de uma promessa de indenização, caso o resultado não seja obtido, nem a impossibilidade objetiva exonerando o devedor, uma vez que esse, expressamente, assumiu o risco da não verificação do efeito ou resultado pretendido. Só por esses traços genericamente alinhados percebe-se a distinção relativamente à cláusula penal que exige a culpa (e não o risco) como elemento de incidência.<sup>100</sup>

<sup>94</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 16.

<sup>95</sup> FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil: contratos**. 6. ed. Salvador: 2021. p. 410.

<sup>96</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial** - V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

<sup>97</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – V. 02: teoria geral das obrigações. 16. ed: São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 197-198.

<sup>98</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 76.

<sup>99</sup> TORRES, Giovana Durlí. **A determinação da natureza jurídica da cláusula take-or-pay e seus efeitos no direito brasileiro**. Artigo científico. Porto Alegre: PUC/RS, [2021?]. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana\\_torres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf). Acesso em: 15 Jul. 2022. p. 23.

<sup>100</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** – Volume V, Tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 629.

Com a obrigação de garantia, o devedor assume o risco da não verificação do resultado pretendido, sendo inclusive uma subespécie da obrigação de resultado, já que – mesmo que não haja culpa sua – o devedor não se liberará em casos de força maior, por exemplo<sup>101</sup>. Assim, o racional das obrigações de garantia é justamente proporcionar maior segurança ao credor, ou eliminar o risco existente.

É justamente neste aspecto da obrigação de garantia que se encaixa a cláusula de *take-or-pay*, ao passo que coaduna com o racional econômico da cláusula e com a vontade negocial das partes<sup>102</sup>. Como visto nos capítulos anteriores, rememora-se que a finalidade da cláusula é justamente assegurar uma remuneração mínima de todo investimento feito pelo vendedor e, de outro lado, assegurar ao comprador um fornecimento seguro, constante e por um preço de mercado em média inferior.

O elo do risco, característico da obrigação de garantia, esta justamente para o comprador de não consumir todo o volume contratado e ainda sim ter de pagar pelo valor mínimo, como para o vendedor do risco de ver o preço do insumo fornecido aumentar e ainda sim estar obrigado a fornecer a quantidade estipulada pelo preço mínimo previamente acordado, assim como o risco de não fornecer por problemas logísticos, por exemplo. Portanto, observa-se que ambos os lados assumem riscos, como também se garantem contra eventuais oscilações de preço e riscos característicos das práticas negociais<sup>103</sup>.

Não se olvida que a cláusula visa proteger tanto o comprador como o vendedor contra as oscilações de preços<sup>104</sup>, que podem ser de grande margem em mercados de compra e venda de energia, *commodities* ou que envolvam um constante fornecimento.

O essencial é que não se trata apenas de obrigação de pagar pela disponibilidade do produto ou serviço, mas também pela obrigação de pagar independentemente da utilização ou não do bem. A obrigação de pagamento está garantida, deste modo, sob o risco da *não utilização* pelo lado do comprador, o que não retira o risco – assim como a obrigação – do vendedor de

<sup>101</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – V. 02: teoria geral das obrigações. 16. ed: São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 198.

<sup>102</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. p. 109.

<sup>103</sup> MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022. pp. 01-15.

<sup>104</sup> GONÇALVES, Bruno; TRAVASSOS, Cristiano. A Eficácia das Cláusulas de Take-Or-Pay nos Tribunais Brasileiros. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 15 a 18 de setembro de 2008, Rio de Janeiro. **Anais**. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdeweb/servlets/purl/21226271#:~:text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20abund%C3%A7%C3%A3o%20da%20m%C3%A1%20f%C3%A9%20contratual>. Acesso em: 23 Jun. 2022. p. 02.



fornecer o bem ou produto contratado, que na hipótese de não honrar com a obrigação, é tido como inadimplente<sup>105</sup>.

Deste modo, o comprador não pode a seu bem entender deixar de pagar pelo valor mínimo mesmo que não o tenha consumido, sob argumento de que se trata de uma penalidade ou que se afigura hipótese de força maior: houve assunção do risco de não consumo, em troca de um fornecimento periódico, por preço fixo e abaixo do mercado, ou seja, uma obrigação de garantia, já que “o compromisso de *take-or-pay* funciona [...] como uma garantia de retorno para todos os ativos físicos específicos, investidos pelos agentes ao longo da cadeia de fornecimento”<sup>106</sup>.

A alocação de riscos, portanto, orienta o sinalagma das prestações em contrato com cláusula de *take-or-pay*, de modo que sua classificação como uma obrigação de garantia harmoniza com o racional econômico e negocial, assim, a intervenção no sentido de classificá-la como uma penalidade, por exemplo, geraria verdadeira desalocação de riscos<sup>107</sup>, caso em que “um empresário suportará o risco que não assumiu, ao mesmo tempo que outro será liberado daquele que havia assumido”<sup>108</sup>.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se que, a despeito de sua grande utilização pelos agentes econômicos e sua recorribilidade prática nos mais diversos setores de indústria, não há entendimento unânime, seja pela doutrina nacional como internacional, acerca da qualificação jurídica da cláusula de *take-or-pay*.

<sup>105</sup> VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022. pp. 108-109.

<sup>106</sup> CARVALHINHO FILHO, José Carlos Lemos. **O valor da flexibilidade em cláusula de take or pay de contratos para fornecimento de gás natural industrial**. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-01102003-232151/publico/DissertacaoJoseCarlosCarvalho.PDF>. Acesso em: 07 Jul. 2022. p. 25.

<sup>107</sup> TORRES, Giovana Durlí. **A determinação da natureza jurídica da cláusula take-or-pay e seus efeitos no direito brasileiro**. Artigo científico. Porto Alegre: PUC/RS, [2021?]. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana\\_torres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf). Acesso em: 15 Jul. 2022. p. 24.

Ainda, o termo é definido por Fábio Coelho: “Desalocação ocorre quando um empresário suporta risco que não assumiu, simultaneamente à liberação, pelo juiz, de outro empresário de suportar risco que havia assumido. São duas faces indissociáveis da mesma equação. Não é possível poupar um empresário de qualquer risco assumido sem necessária e concomitantemente o transferir a outro, que não o assumira”. (COELHO, Fábio Ulhoa. A Alocação de Riscos e a Segurança Jurídica na Proteção do Investimento Privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 07, pp. 291 – 304. Jan./Abr. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/3107/2821>. Acesso em: 06 Ago. 2022. p. 296).

<sup>108</sup> TORRES, Giovana Durlí. Op. cit. p. 24.

O estudo pormenorizado do racional econômico, da vontade das partes, da alocação de riscos do mecanismo, do contexto fático e histórico de seu desenvolvimento são fatores fundamentais e essenciais para determinar sua qualificação jurídica. Assim, a partir destes fatores, analisou-se a existência de três teses - obrigação alternativa, cláusula penal e obrigação de garantia - que são predominantes para a sua qualificação.

É de se observar, entretanto, que na típica estipulação contratual em que há cláusula de *take-or-pay*, o mecanismo não é posto como uma obrigação acessória ao contrato, muito menos estipula uma pena convencional. Pelo contrário, a cláusula é o pano de fundo e a razão de ser do contrato, ostentando a classificação de obrigação principal.

A qualificação como obrigação alternativa também se demonstrou não ser cabível ao moldes do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a liberação da obrigação somente ocorre com o pagamento, cingindo o objeto contratual não no consumo, mas sim no fornecimento do bem.

Por fim, observou-se que a tese que mais compatibiliza com a qualificação jurídica da cláusula de *take-or-pay* seria a obrigação de garantia, considerando que harmoniza com o racional do mecanismo e a alocação de riscos e a vontade negocial estabelecida entre as partes.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS – ANP. Despacho do Diretor Geral nº 562, de 11 de junho de 2008. **DOU**, Brasília/DF, [12 Jun. 2008?]. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/anp/despacho-n-562-2008?origin=instituicao>. Acesso em: 10 Jul. 2022.

ALVARENGA, Alexandre Andrade. **A ascensão dos recursos energéticos não convencionais de folhelho**: mudanças e perspectivas dentro da geopolítica energética mundial. 2015. Dissertação (Mestrado em Economia Política Internacional) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PEPI/disserta%C3%A7%C3%B5es/2015/Alexandre%20Andrade%20Alvarenga.pdf>. Acesso em: 13 Jun. 2022.

AMARAL, Amanda. Petróleo e gás: 8,1 bilhões em investimentos até 2025. **Esbrasil**, [S.l.]. 29. Abr. 2022. Disponível em: <https://esbrasil.com.br/petroleo-e-gas-81-bilhoes-em-investimentos-ate-2025/>. Acesso em 10 Jul. 2022.

BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, pp. 247-264, Jul./Set. 2006. Disponível em: [https://www.academia.edu/423022/Aspecto\\_Econ%C3%B4micos\\_e\\_Jur%C3%ADdicos\\_das\\_Cl%C3%A1usulas\\_de\\_Ship\\_or\\_Pay\\_e\\_Take\\_or\\_Pay\\_nos\\_Contratos\\_de\\_Transporte\\_e\\_Forn](https://www.academia.edu/423022/Aspecto_Econ%C3%B4micos_e_Jur%C3%ADdicos_das_Cl%C3%A1usulas_de_Ship_or_Pay_e_Take_or_Pay_nos_Contratos_de_Transporte_e_Forn)

ecimento\_de\_G%C3%A1s\_Natural#:~:text=Frise%2Dse%2C%20entao%2C%20que,ao%20T ransportador%20ou%20ao%20vendedor%20(. Acesso em: 17 Jun. 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao CC/1916**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 09, pp. 105-121, Jun. 1998. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/11922#:~:text=O%20objetivo%20deste%20trabalho%20C3%A9,e%20aos%20agentes%20financeiros%20p%C3%ABlicos>. Acesso em: 07 Jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.312, de 27 de novembro de 2001. Dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral. **DOU**, Brasília/DF, [2011]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110312.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110312.htm). Acesso em: 11 Jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília/DF, 11 Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 Ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. **DOU**, Brasília/DF, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM). Acesso em: 20 Out. 2022.

BRITO, Maria Helena de Barros. **O Contrato de Concessão Comercial**: Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico. Coimbra: Almedina, 1990.

CARVALHINHO FILHO, José Carlos Lemos. **O valor da flexibilidade em cláusula de take or pay de contratos para fornecimento de gás natural industrial**. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-01102003-232151/publico/DissertacaoJoseCarlosCarvalhinho.PDF>. Acesso em: 07 Jul. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. A Alocação de Riscos e a Segurança Jurídica na Proteção do Investimento Privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 07, pp. 291 – 304. Jan./Abr. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/3107/2821>. Acesso em: 06 Ago. 2022.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil: contratos**. 6. ed. Salvador: 2021.

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

GIANNOTTI, Luca; SAYDELLES, Rodrigo Salton Roturno. A cláusula de take or pay e a equação econômica do contrato de fornecimento. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 07 Set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniao-clausula-take-or-pay-e-contrato-fornecimento>, Acesso em: 25 Set. 2022. [Internet].

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Bruno; TRAVASSOS, Cristiano. A Eficácia das Cláusulas de Take-Or-Pay nos Tribunais Brasileiros. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 15 a 18 de setembro de 2008, Rio de Janeiro. **Anais**. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdweb/servlets/purl/21226271#:~:text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20abusividade%20das,configura%C3%A7%C3%A3o%20da%20m%C3%A1%20Df%C3%A9%20contratual>. Acesso em: 23 Jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – V. 01: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – V. 02: teoria geral das obrigações**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

IYNEDJIAN, Marc. Gas Sale and Purchase Agreements under Swiss Law. **ASA Bulletin**, [S.l.], v. 30, issue 4, pp. 746-757, 2012. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/ASA+Bulletin/30.4/ASAB2012067>. Acesso em: 27 Set. 2022.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Contratos de energia no ambiente livre de comercialização**. Rio de Janeiro: FGV CERi, [2021?]. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-07/contratosdeenergianoacl.pdf>. Acesso em: 25 Jul. 2022.

MARQUEZ, Rafael Batista. **Cláusula take or pay em contratos de longo prazo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/22992>. Acesso em: 13 Jun. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil – Volume V, Tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MASTEN, Scott E.; CROCKER, Keith J. Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. **The American Economic Review**, v. 75, n. 05, pp. 1.083-1.093, Dec. 1985. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1818647>. Acesso em: 23 Jun. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEDEIROS, Fernanda Ruppel de. **Análise da eficiência energética de um shopping center: estudo de caso.** 2014. Monografia (Graduação em Economia) - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul, 2014. Disponível em:

<http://engeletrica.sites.ufms.br/files/2018/10/TCC-Fernanda-R.-de-Medeiros.pdf>. Acesso em: 10 Ago. 2022.

MEDINA, J. Michael; McKENZIE, Gregory A.; DANIEL, Bruce M. Take or Litigate: Enforcing the Plain Meaning of the Take-or-Pay Clause in Natural Gas Contracts. **Arkansas Law Review**, Fayetteville, v. 40, n. 185, pp. 185-260, 1986. Disponível em:

<http://heinonline.org>. Acesso em: 10 Jul. 2022.

MEDINA, J. Michael. The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future. **Tulsa Law Review**, Tulsa, v. 27, issue 02, pp. 295-296, 1991. Disponível em:

<https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. Acesso em: 11 Out. 2022.

MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica. **LDCM Advogados**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em:

[https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula\\_Take\\_or\\_Pay\\_Natureza\\_Jur%C3%AAdica](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%AAdica). Acesso em: 12 Out. 2022.

MIRANDA, Rogério S. (2002). Contratos da Indústria de Gás Natural: Mitigação de Risco de Mercado – Financiamento Através de Project Finance. In: PIRES, Paulo Valois (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil** – V. 01. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

PETROBRAS e Yinson firmam acordo de fpso no valor de mais de US\$ 5 bilhões. **Revista Digital Oil & Gas Brasil**, [S.l.], 2022. Disponível em:

<https://revistaolegasbrasil.com.br/petrobras-e-yinson-firmam-acordo-de-fpso-no-valor-de-mais-de-us-5-bilhoes/>. Acesso em 16 Out.2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0000828-18.2010.8.19.0203. 23ª Câmara Cível. Rel.: Des. Marcelo Anátocles da Silva Ferreira. J. em 19 Mar. 2014. **DJe 24 Mar. 2014**. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004158205696B64AB825007B5E8B9B7F517C50302102940>. Acesso em: 19 Set. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0098286-10.2020.8.19.0001. 09ª Câmara Cível. Rel.: Des. Daniela Brandão Ferreira. J. em: 11 Maio. 2021. **DJe 13 Maio. 2021**. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E77E7888D9BDC64C279263DE1A4126EDC50E553B4443>. Acesso em: 12 Set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 70047852520. 17ª Câmara Cível. Rel.: Des. Liege Puricelli Pires. J. em 16 Ago. 2012. **DJe 23 Ago. 2012**. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70047852520&codComarca=700&perfil=0>.

Acesso em: 10 Out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 70061885521. 16ª Câmara Cível. Rel.: Des. Ergio Roque Menine. J. em 05 Nov. 2015. **DJe 10 Nov. 2015**. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70061885521&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 12 Set. 2022.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVOLD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 7.031.235-3. 24ª Câmara Cível. Rel.: Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken. J. em 29 Jun. 2006. **DJ [30 Jun. 2006?]**.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 990.10.09319-5. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel. J. em 14 Set. 2010. **DJ [15 Set. 2010?]**.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 990.10.208588-0. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel, J. em 09 Nov. 2010. **DJ [10 Nov. 2010?]**.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0130636-02.2010.8.26.0100. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Manoel Justino Bezerra Filho. J. em 06 Ago. 2012. **DJe 08 Ago. 2012**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6083374&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0118469-21.2008.8.26.0100. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel. J. em 30 Jul. 2013; **DJe 01 Ago. 2013**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6894397&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0005092-31.2013.8.26.0348. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Jayme Queiroz Lopes. J. em 16 Jun. 2016. **DJe 21 Jun. 2016**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9534065&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445. 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel.: Des. Pedro Baccarat. J. em 30 Jan. 2017. **DJe 01 Fev. 2017**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10119613&cdForo=0>. Acesso em: 15 Set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 0196315-12.2011.8.26.0100. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Des. Celso Pimentel. J. em 06 Fev. 2018. **DJe 09 Fev. 2018**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11159420&cdForo=0>. Acesso em: 10 Out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. AC nº 2122340-14.2020.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado Rel.: Des. Berenice Marcondes Cesar. J. em 21 Set. 2020. **DJe 21 Set. 2020**. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13980371&cdForo=0>. Acesso em: 12 Set. 2022.

TORRES, Giovana Durlí. **A determinação da natureza jurídica da cláusula take-or-pay e seus efeitos no direito brasileiro**. Artigo científico. Porto Alegre: PUC/RS, [2021?].

Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana\\_torres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf). Acesso em: 15 Jul. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of Oklahoma. **Roye Realty & Developing, Inc. vs. Arkla, Inc.** Case nº 77.693. Oklahoma City, 13 Jul. 1993. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1993/15759.html>. Acesso em: 27 Set. 2022.

VELLOSO, Carolina Kayat Avdad. Cláusula de take or pay em contratos de fornecimento de energia elétrica durante a pandemia de covid-19. **Migalhas**, [S.l.], 08 Maio. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346664/clausulas-de-take-or-pay-em-contratos-de-fornecimento-de-energia>. Acesso em 10 Jul. 2022

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil – V. 02**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 106, pp. 101-150, Out./Dez. 2020. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7336>. Acesso em: 13 Jun. 2022.

WOLKE, Verene. É hora de abrir o mercado de gás natural no Brasil. **Portal da Indústria**, [S.l.], 08 Maio. 2019. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/especiais/e-hora-de-abrir-o-mercado-de-gas-natural-no-brasil/>. Acesso em 10 Jul. 2022.

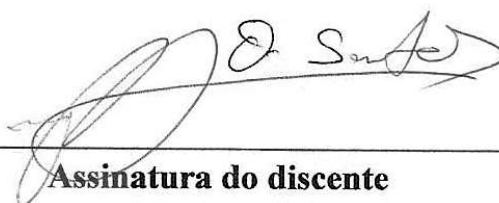


## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Pedro Antonio de Oliveira Santos, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31856111, período matutino, turma 10E, tendo realizado o TCC com o título: “A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE-OR-PAY*” sob a orientação do(a) Professor(a) Roberto Roberto Nussinkis Mac Cracken, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.



---

**Assinatura do discente**