

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



STJ – Recurso Especial 1.984.655/SP – 3ª T. – j. 29.11.2022 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 01.12.2022 – Área do Direito: Civil.



São válidas duplicatas fundadas em contrato de compra e venda emitidas com base no valor mínimo previsto em cláusula *take or pay*.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJRS, ApCiv 7006188552, j. 05.11.2015; e
- TJMG, ApCiv 1.0000.21.096752-7/001, j. 10.11.2021, DJe 11.11.2021.

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A cláusula de *take or pay* no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação, de Vitor Silveira Vieira – *RDPriv* 106/101-150.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.984.655 - SP (2021/0331872-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ FROSSARD DOS REIS ALBUQUERQUE - SP302001
YASMIN COTAIT E SILVA - SP330370
AUGUSTO DE OLIVEIRA FRANCESCHI - SP449396
RECORRIDO : SOCORRO INDUSTRIA DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO VERZANI - SP071223

EMENTA

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

1. Ação declaratória de nulidade de duplicatas e de inexigibilidade de débitos ajuizada em 06/04/2018, da qual foi extraído o presente recurso

especial interposto em 28/05/2020 e concluso ao gabinete em 18/01/2022.

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

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

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

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

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

7. Recurso especial conhecido e provido.

COMENTÁRIO

REsp 1.984.655/SP: A NATUREZA
JURÍDICA DA CLÁUSULA TAKE OR PAY*A COMMENTARY ON SPECIAL APPEAL 1,984,655/S:
THE LEGAL NATURE OF TAKE-OR-PAY PROVISIONS*

INTRODUÇÃO

Este comentário tem por objeto a decisão da 3ª T. do STJ no REsp 1.984.655/SP. A Corte reformou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de modo a declarar a validade de duplicatas emitidas por fornecedora de gases industriais com base no valor mínimo previsto em cláusula *take or pay*.

A principal questão enfrentada pelo Tribunal Superior foi a natureza jurídica da referida cláusula, bem como a forma pela qual isso repercutiria sobre a compra e venda celebrada pelas partes, a saber, com possíveis efeitos sobre a validade das duplicatas sacadas pela fornecedora.

O comentário foi elaborado a partir dos fundamentos desenvolvidos no voto da Relatora, Ministra Nancy Andrichi, e problematizado à luz da doutrina e jurisprudência nacional.

1. A SÍNTESE DO CASO

Cuida-se, inicialmente, de indústria do ramo de fabricação de bebidas e empresa fornecedora de gases industriais que vieram a celebrar contrato pelo qual a segunda se comprometeu a fornecer gases à primeira mediante o pagamento do respectivo preço.

As partes pactuaram, ainda, uma cláusula *take or pay*, por meio da qual a compradora se obrigou a adquirir determinado volume do produto a cada trimestre. A fornecedora, em contrapartida, teria o direito de cobrar a diferença entre o consumo estabelecido em contrato e o volume efetivamente consumido multiplicado pelo preço vigente à época, quando o mínimo não fosse alcançado. A mencionada cláusula foi assim redigida:

"CLÁUSULA QUINTA – CONSUMO MÍNIMO

5.1 – A COMPRADORA fica obrigada a um consumo mínimo trimestral equivalente a três vezes o volume mensal indicado no item [...] do Anexo.

[...]

5.3 – Caso o consumo mínimo trimestral da COMPRADORA seja inferior ao indicado na cláusula 5.1, a FORNECEDORA terá o direito de cobrar da COMPRADORA a qualquer tempo o valor obtido da diferença entre o consumo mínimo estabelecido e o volume efetivamente consumido multiplicado pelo preço vigente a época."¹

Em determinado ponto da relação contratual, a fornecedora emitiu fatura e notas fiscais de compra supostamente realizada no dia 27.2.2018, sacando duplicatas nos valores de R\$ 18.189,36 (dezoito

1. Cláusula extraída de f. 26-39 dos Autos 1000485-96.2018.8.26.0601.

mil, cento e oitenta e nove reais e trinta e seis centavos) e R\$ 6.776,13 (seis mil, setecentos e setenta e seis reais e treze centavos), com vencimento para 6.4.2018.

A fabricante de bebidas, irresignada, questionou a cobrança, afirmando que não teria havido compra e venda mercantil e muito menos a entrega de produtos que justificasse a emissão dos títulos. Ato contínuo, ajuizou ação visando à declaração de nulidade das duplicatas e a consequente inexistência da dívida.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente ao fundamento de que a cobrança era devida porque baseada na cláusula *take or pay*.

Após apelação pela fornecedora de gases, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, consignando que, apesar de a cláusula *take or pay* ser admitida e possibilitar a cobrança da diferença pela fornecedora, ela não autorizaria a emissão das duplicatas porque não teria havido efetiva compra e venda (causa do título):

"Em que pese ser possível a previsão contratual de consumo mínimo de gases pela primeira apelante, entendo que a cláusula não permite a emissão de duplicatas, que podem ser sacadas nas hipóteses de compra e venda e de prestação de serviços, conforme disposição dos artigos 1º e 20, ambos da Lei Federal 5.474, de 18/07/1.968. No caso dos autos, apesar de a segunda apelante entender que a cláusula de consumo mínimo do 'contrato de fornecimento de produtos e outros pactos' estabelece uma compra e venda, entendo que não houve o referido negócio jurídico entre as partes a ensejar a emissão das duplicatas. Em outras palavras, as duplicatas não representam a efetiva compra e venda dos gases fornecidos pela segunda apelante à primeira apelante, razão pela qual não poderiam ter sido emitidas por aquela. Não se olvida da previsão contratual que estabelece o consumo mínimo de produtos pela primeira apelante, entretanto a referida cláusula não tem o condão de possibilitar a emissão dos títulos de crédito em comento, pois estes somente poderiam ter sido emitidos caso houvesse a compra e venda, situação que não se confunde com a possibilidade de cobrança por consumo mínimo de gases."

A questão ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça pela via do REsp 1.984.655/SP. Voto da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, seguido à unanimidade pelos Ministros integrantes da 3ª T., deu provimento ao Recurso Especial interposto pela empresa fornecedora de gases industriais para restabelecer a sentença de improcedência da ação, ao entendimento de que não haveria "[...] óbice à emissão de duplicata fundada em contrato de compra e venda de gases, ainda que o valor cobrado tenha sido calculado com base na cláusula *take or pay*."

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA CLÁUSULA TAKE OR PAY

A cláusula *take or pay* consiste em disposição contratual pela qual o comprador se obriga a pagar o preço correspondente a uma quantidade mínima e pré-fixada pela disponibilização de determinado bem ou serviço pelo fornecedor, mesmo que o consumo não necessariamente ocorra.

Originariamente, referida cláusula começou a ser utilizada na década de 1960 na tradição da *common law* – em particular, nos Estados Unidos da América –, sendo prevista em contratos de longo prazo de fornecimento de gás natural. O desenvolvimento deu-se como reação a dificuldades econômicas enfrentadas pelos produtores em décadas anteriores, resultantes da inconstância da demanda e das limitações impostas por contratos de compra e venda mercantil com cláusulas de exclusividade².

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

No inverno, a demanda por gás natural era enorme, e toda a produção era comprada e consumida. Nos períodos de baixa demanda, todavia, a demanda pelo insumo caía drasticamente, mas os produtores – vinculados à exclusividade pactuada para assegurar a demanda de gás natural – viam-se impossibilitados de vender o gás no mercado, o que dificultava a recuperação de seus custos de produção³.

A cláusula *take or pay* endereça justamente esse problema, visando a uma melhor alocação de riscos entre as partes. De um lado, ela confere ao produtor o direito ao recebimento de um valor mínimo, necessário para garantir o retorno do investimento ou, quando muito, a manutenção de sua complexa infraestrutura, e, de outro, assegura ao comprador a capacidade de disponibilização do insumo⁴.

A cláusula também coíbe comportamentos tidos como oportunistas pelo adquirente. Veja-se que, em se estipulando preço fixo ou fórmula matemática para reajustar o preço periodicamente, o risco do preço recai exclusivamente sobre o vendedor. Mesmo que o preço de mercado suba, o gás será vendido de acordo com o valor fixado em contrato. Nessas circunstâncias, na falta de cláusula *take or pay*, o comprador poderia simplesmente não comprar o gás do fornecedor ou comprá-lo em menor volume⁵.

Do mesmo modo, ciente dos altos custos associados à interrupção da produção, na ausência da cláusula *take or pay*, o comprador poderia ameaçar suspender a compra do insumo para aumentar seu poder de barganha e, assim, renegociar os parâmetros definidos no contrato primitivo. O fornecedor fica à mercê do adquirente, vendo-se compelido a ceder ao achaque⁶.

No Brasil, o mercado de gás natural começou a ser estruturado a partir da década de 1990, na esteira dos investimentos realizados pela Petrobras. Marco desse processo é o gasoduto Brasil-Bolívia ("Gasbol"), projeto que teve por base a celebração de contrato de fornecimento entre a empresa boliviana YFFB (*Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos*) e a Petrobras, pelo qual a YFFB se comprometeu a vender, e a Petrobras, a comprar, em regime de *take or pay*, volumes pré-definidos e crescentes de gás natural⁷.

Nesse contexto, a Lei 10.132/2001, que disciplinou "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", aportou conceito específico para a cláusula de *take or pay*, no § 4º de seu art. 1º:

"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

3. MARQUEZ, Rafael Batista. *Cláusula take or pay em contratos de longo prazo*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.
4. MEDINA, J. Michael; MCKENZIE, GREGORY A.; DANIEL, Bruce M. Take or litigate enforcing the plain meaning of take-or-pay clause in natural gas contracts. *Arkansas Law Review*, v. 40, n. 185, p. 185-260, 1986.
5. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020.
6. BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006.
7. FONTOURA COSTA, José Augusto; LEOPOLDINO, Lucy Helaine. Noções e características das cláusulas *take or pay* na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Empresarial*, ano 16, n. 1, p. 195-217, jan.-abr. 2019.

gás natural canalizado, sendo este obrigado a pagar pela quantidade de gás que se compromete a adquirir, mesmo que não a utilize."

Despacho do Diretor Geral da ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), datado de 11.06.2008, reafirmou o conceito legal e atestou, para os devidos fins, que as cláusulas de *take or pay*, *make-up gas* e *ship or pay* seriam práticas usuais na indústria do gás natural, tanto no Brasil quanto no exterior⁸, fato bastante relevante ao se considerar o art. 113, § 1º, II, do Código Civil (CC), que estabelece a interpretação do negócio jurídico conforme o sentido que melhor corresponda "aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio."

Pelo menos no âmbito da compra e venda de gases, essa percepção também é compartilhada na doutrina brasileira, identificando-se "[...] a existência de significado socialmente típico para a cláusula de *take or pay*, a partir da redação comumente determinada para cláusulas com essa nomenclatura e da sua função socialmente atribuída." Não que outros mercados não se valham de arranjos contratuais semelhantes, como, por exemplo, o setor de compra e venda de combustíveis, energia elétrica, mineração, transporte e logística e portuário. Mas é no mercado de gases que a cláusula de *take or pay* passou a ser adotada de modo praticamente unânime – efetivamente uma *prática de mercado*.⁹

Seu funcionamento, ao cabo, é bastante simplista. Trata-se de uma cláusula com eficácia condicionada, pois sujeita a evento futuro e incerto: se o volume consumido pelo adquirente for idêntico ou maior do que a quantidade mínima estabelecida em contrato para o período de apuração (trimestre, semestre ou ano), a cláusula não produzirá efeitos, e o comprador pagará o preço correspondente ao consumo efetivo. Se, todavia, não houver consumo ou se o consumo for inferior ao mínimo, o comprador deverá pagar ao fornecedor a diferença entre o valor consumido e o mínimo previsto em contrato¹⁰.

A cobrança dessa diferença, por sua vez, é algo passível de ajuste entre as partes, podendo ocorrer ao fim do período de apuração ou ao término do contrato, por exemplo.

Também é possível ajustar alguma flexibilização do regime de *take or pay*. Por meio dos chamados *make-up rights*, as partes podem convencionar que se o consumo mínimo contratual não for atingido durante o período de apuração, o comprador adquire o direito de, posteriormente ao pagamento do *take or pay*, dispor dos volumes pagos, mas não utilizados¹¹. Essa provisão, na prática, outorga um crédito ao comprador, tendo por objeto o bem ou serviço contratado, em conformidade às condições estipuladas no contrato¹².

Provisões do tipo *carry-forward*, a seu turno, autorizam ao comprador "que tenha utilizado e pago por quantidade superior ao volume mínimo a compensação do montante a maior com período

8. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Despacho do Diretor Geral n. 562/2008. Brasília: DOU, 12.06.2008.
9. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020. On-line.
10. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020.
11. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020.
12. HOLLAND, Ben. Enforceability of take-or-pay provisions in English law contracts – resolved. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 34, n. 4, p. 443-453, 2016.

posterior em que se tenha utilizado quantidade inferior à mínima."¹³ Visto de outro modo, a cláusula permite a redução dos quantitativos de consumo mínimo exigidos para o cumprimento do *take or pay*, desde que tenha havido consumo a maior em momento pretérito, dentro de certo lapso definido em contrato.

Importante, por fim, ter em mente que a cláusula de *take or pay* é uma das modalidades possíveis de ajuste de consumo mínimo, estipulada especialmente para a compra e venda de insumos. Há também o que se convencionou chamar de *ship or pay* (ou *delivery or pay*), cláusula que determina o pagamento, pelo contratante, do equivalente a uma quantidade mínima de capacidade de transporte, mesmo que não utilizada. E o estabelecimento de ambas somente faz sentido em contratos de longo prazo ou de duração razoável, de natureza essencialmente colaborativa¹⁴, considerando que em contratos *spot*, ou de intercâmbio, a relação das partes tende a se encerrar logo após a transação.¹⁵

3. NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE TAKE OR PAY

Esclarecidas as principais características sobre a cláusula de *take or pay*, pode-se avançar para o debate circundando sua natureza jurídica, questão central no voto da Ministra Nancy Andrighi.

Na literatura brasileira, existem duas visões sobre o tema. Parte minoritária da doutrina enxerga o *take or pay* como espécie de cláusula penal, pela qual as partes ajustam que, em havendo o descumprimento da obrigação de consumo mínimo pelo comprador, seria devido ao vendedor o pagamento de um valor pré-fixado a título de multa contratual. Como consequência, seria extensível à cláusula de *take or pay* o regime jurídico estabelecido nos arts. 408-416 do Código Civil para as cláusulas penais¹⁶.

A prosperar essa visão, os juízes, aplicando o art. 413 do Código Civil, poderiam proceder à redução equitativa dos valores devidos a título de consumo mínimo, até mesmo de ofício¹⁷. Além disso, não se poderia admitir a cumulação de cláusula penal com o regime do *take or pay*. Afinal, nessas circunstâncias, a cláusula de *take or pay* já seria, ela própria, representativa da multa contratual, não sendo possível a fixação de duas penalidades convencionais.

13. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020. On-line.

14. O termo é empregado na acepção presente em: FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

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

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

17. Note-se que discussão de natureza similar também ocorre na Itália: "*la riconduzione della clausola di 'take or pay' all'interno dello schema della clausola penale determinerebbe l'applicazione dell'art. 1384 c.c., e, perciò, condurrebbe alla possibilità, per il debitore, di invocare una riduzione della misura della penale*". Em tradução livre: "a inclusão da cláusula 'take or pay' no âmbito da disciplina da cláusula penal determinaria a aplicação do art. 1.384 do Código Civil, e, portanto, levaria à possibilidade de o devedor invocar a redução de seu valor." (RIZZI, Antonio. *La clausola take or pay*. In: CONFORTINI, Massimo. *Clausole negoziali*. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche. Torino: UTET, 2017. p. 1569).

Diferentemente, parcela majoritária da doutrina considera que a cláusula de *take or pay* estabelece uma *obrigação contratual* propriamente dita, consistente no pagamento de uma contraprestação pela disponibilização da capacidade de fornecimento de bens ou serviços quando o comprador não utiliza os quantitativos mínimos previstos em contrato¹⁸.

A qualificação jurídica dessa obrigação, todavia, é menos pacífica. Há quem defenda tratar-se de uma obrigação alternativa, sujeita ao regime dos arts. 252-256 do Código Civil, pressupondo-se que o comprador efetua uma escolha entre duas prestações possíveis, ambas igualmente admitidas pelo contrato: i) pagar pelo bem ou serviço e consumi-lo ou utilizá-lo; ou ii) pagar pela capacidade de disponibilização do bem ou serviço, sem consumi-lo ou utilizá-lo¹⁹.

Divergindo desse enquadramento, Vitor Silveira Vieira considera que a cláusula *take or pay* não retrata uma obrigação alternativa, mas uma *obrigação de garantia*, pactuada com a finalidade de se transferir ao comprador um risco predeterminado: a necessidade de se consumir o mínimo contratual haja o que houver, como contrapartida pela disponibilização da capacidade de fornecimento²⁰.

Dessa conclusão, inclusive, decorre um segundo pressuposto à eficácia da cláusula: que o fornecedor efetivamente coloque à disposição do comprador a capacidade de fornecimento de determinado bem ou serviço. Caso isso não ocorra, haverá então descumprimento de sua parte, e o comprador não poderá ser cobrado com base na cláusula de *take or pay*²¹.

No Judiciário brasileiro, até 2. 5.2020, havia 107 acórdãos provenientes de Tribunais de Justiça com alguma alusão à expressão *take or pay*, a maioria deles do Tribunal de Justiça de São Paulo. Constatou-se que, pelo menos até agora, a jurisprudência era cintilante, ora classificando a cláusula *take or pay* como cláusula penal, ora como obrigação contratual²².

18. Nesse sentido: BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006; FONTOURA COSTA, José Augusto; LEOPOLDINO, Lucy Helaine. Noções e características das cláusulas *take or pay* na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Empresarial*, ano 16, n. 1, p. 195-217, jan.-abr. 2019; MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias às obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. *Revista de Direito Privado*, v. 98, p. 189-225, mar.-abr., 2019; MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de *take or pay*: natureza jurídica. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica]; SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020; VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GREGOL, Sogia. Reflexões sobre o enquadramento da cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 9, n. 2, p. 710-739, 2023.

19. MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de *take or pay*: natureza jurídica. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica]; MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias às obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. *Revista de Direito Privado*, v. 98, p. 189-225, mar.-abr., 2019.

20. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020. On-line.

21. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020. On-line.

22. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020. On-line.

No STJ, até então, questão similar só havia sido enfrentada sob a perspectiva do Direito Público, tendo a Corte decidido pela legalidade da cobrança do serviço de fornecimento de água por tarifa mínima mesmo quando o volume consumido não corresponder à tarifa cobrada²³.

Antes do REsp 1.984.655/SP, a cláusula *take or pay* até chegou a ser objeto de outro arresto da Corte, mas de modo indireto. No AgInt no AREsp 952.300/SP, da Relatoria do Ministro Raul Araújo, a 4º T. julgou inexigível a cobrança dos quantitativos mínimos previstos em cláusula *take or pay* ao fundamento de que a fornecedora havia criado a legítima expectativa de que a obrigação de adquirir os volumes mínimos previstos em contrato encontrava-se extinta por não ter sido exercida. Dito de outro modo, o STJ aplicou a *supressio*: aos efeitos caducificante produzidos pelo não exercício de um direito, com fundamento na boa-fé objetiva²⁴.

Com efeito, a qualificação jurídica da cláusula *take or pay* somente veio a ser discutida quando do julgamento do REsp 1.984.655/SP, ora comentado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A ESCORREITA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Amparado em sólida doutrina, o voto da Ministra Nancy Andrighi retratou a cláusula penal como o pacto acessório, de natureza pessoal, pelo qual as partes convencionam antecipadamente um montante a ser pago pelo devedor na hipótese de este vir a descumprir total (cláusula penal compensatória) ou parcialmente (cláusula penal moratória) sua obrigação²⁵. A cláusula *take or pay*, a seu turno, seria componente da própria obrigação contratual, especificando o valor a ser pago pelo consumidor em contrapartida à disponibilização de um volume determinado de produtos ou serviços pelo fornecedor, não detendo, de modo algum, caráter ressarcitório ou punitivo.

O voto também identificou o inadimplemento contratual (absoluto ou relativo) como pressuposto para a eficácia da cláusula penal, consignando que a aquisição de insumo em montante inferior ao volume mínimo especificado na cláusula *take or pay* não implica – de modo algum – descumprimento do contrato pelo comprador, e, por conseguinte, não acarreta a aplicação de qualquer multa convencionalizada em contrato.

Como consequência, o Superior Tribunal de Justiça, de modo acertado, afastou qualquer sinal de correspondência entre o regime do *take or pay* e a figura jurídica da cláusula penal.

Recentemente, no julgamento do REsp 2.048.957/MG, a 3ª T. reafirmou sua jurisprudência e ainda esclareceu que, a despeito da inocorrência de consumo, a cobrança do volume mínimo pactuado na cláusula *take or pay* não confere ao devedor o direito ao recebimento do produto correspondente como uma contrapartida²⁶. Logicamente, isso não retira das partes o direito de, conforme melhor lhes convier, pactuar flexibilizações do *take or pay*, o que também deverá ser considerado pelo Judiciário (*make-up rights* e provisões do tipo *carry-forward*, abordadas acima).

23. STJ, REsp 1.166.561/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, j. 25.08.2010, DJe 05.10.2010.

24. STJ, AgInt no AREsp 952.300/SP, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., J. 11.02.2020, DJe 03.03.2020.

25. Sobre o tema, ver: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no direito romano. In: MIRANDA, Jorge; EDUARDO, Vera-Cruz Pinto (Coord.) *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 911-926.

26. STJ, REsp 2.048.957/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 18.04.2023, DJe 20.04.2023.

A partir dessas premissas, e tendo em conta a Lei 5.474/1968, a Corte admitiu a emissão de duplicata fundada em contrato de fornecimento pelo valor especificado na cláusula *take or pay*, considerando que a existência da cláusula de consumo mínimo não desnatura a compra e venda mercantil celebrada pelas partes. Antes disso, é componente da obrigação contratual. A propósito, a conclusão da Ministra Nancy Andrighi:

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

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

Ao cabo, a decisão tomada no REsp 1.984.655/SP, reafirmada no REsp 2.048.957/MG, é importante por evitar a extensão do regime jurídico das cláusulas penais para a cláusula *take or pay*. Além disso, a decisão prestigia os riscos alocados pelas partes, conforme estabelece o inc. II, do art. 421-A, do Código Civil, e confirma a licitude e validade da cláusula *take or pay* inserta em contratos entre partes empresárias, fornecendo relevante norte para a jurisprudência brasileira, até então cintilante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, p. 247-264, jul.-set. 2006.
- CONFORTINI, Massimo. *Clausole negoziali*. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche. Torino: UTET, 2017.
- FONTOURA COSTA, José Augusto; LEOPOLDINO, Lucy Helaine. Noções e características das cláusulas *take or pay* na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Empresarial*, v. 16, n. 1, p. 195-217, jan.-abr. 2019.
- FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- HOLLAND, Ben. Enforceability of take-or-pay provisions in English law contracts – resolved. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 34, n. 4, p. 443-453, 2016.
- MARQUEZ, Rafael Batista. *Cláusula take or pay em contratos de longo prazo*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.
- MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias às obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. *Revista de Direito Privado*, v. 98, p. 189-225, mar.-abr. 2019.
- MEDINA, J. Michael; McKENZIE, GREGORY A.; DANIEL, Bruce M. Take or litigate: enforcing the plain meaning of take-or-pay clause in natural gas contracts. *Arkansas Law Review*, v. 40, n. 185, p. 185-260, 1986.
- MELO, Leonardo de Campos. Cláusula de *take or pay*: natureza jurídica. Disponível em: [https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica].

- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no direito romano. In: MIRANDA, Jorge; EDUARDO, Vera-Cruz Pinto (Coord.) *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 911-926.
- VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula *take or pay* no direito privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 101-150, out.-dez. 2020.

JOÃO PEDRO KOSTIN FELIPE DE NATIVIDADE

*Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo – USP. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogado.
joao.pedronk@gmail.com*

LUIS FELIPE RASMUSS DE ALMEIDA

*Mestrando em Direito Civil e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito (Largo de São Francisco) da Universidade de São Paulo – USP. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo – RDCC.
luis@rasmuss.com.br*