

Opinião: A cláusula de take or pay e o contrato de fornecimento

Em conhecida crítica, Genaro Carrió afirma que, por muitas vezes, o excesso de zelo do jurista em procurar classificações de institutos jurídicos constitui verdadeira "*enfermidad profesional de nuestro gremio*" [1]. Porém, em muitos casos, a correta identificação da natureza jurídica de um determinado instituto trará consigo consequências práticas relevantes, à exemplo da determinação do regime jurídico — especialmente uma dessas situações.



A estrutura obrigacional criada mediante uma cláusula de

take or pay é socialmente típica. É possível concebê-la da seguinte forma: de um lado, o fornecedor assegura a disponibilidade de determinado produto; de outro, o adquirente se vincula à ou adquirir uma quantidade mínima, ou pagar um valor pré-estabelecido no cenário em que não vier a adquirir o *quantum* pactuado. Entretanto, sendo mais um transplante jurídico de instituto estrangeiro, fundamental questionar a qualificação à luz do direito brasileiro, evitando incoerências e impropriedades técnicas.

São duas as principais tentativas de qualificação da cláusula de *take or pay* à luz do Código Civil. Há quem considere ser uma obrigação alternativa; outros sustentam a natureza de cláusula penal indenizatória [2]. A partir daí, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de dois regimes jurídicos distintos — especialmente no que se tange à modificação da cláusula: enquanto o 413 do Código Civil traz regime relativamente flexível para a adaptação equitativa de cláusulas penais e outras sanções privadas [3], a regra geral do artigo 478 encampa requisitos muito mais estreitos e de difícil verificação para a resolução ou adaptação dos contratos.

Entretanto, nenhuma das duas qualificações parece ser plenamente aderente à cláusula *take or pay*.

Em primeiro lugar, não há alternatividade entre duas possíveis prestações. Não se pode considerar haver uma opção entre "adquirir determinada quantidade" ou "pagar um preço" no mesmo sentido da alternatividade entre pagar um certo valor e entregar um bem ao credor.

Na realidade, uma das principais características de uma obrigação alternativa é o fato da prestação ainda não está completamente determinada. Até o devedor, o credor ou um terceiro escolher qual conteúdo se deseja dar à prestação, há apenas um campo circunscrito de interesses e condutas passíveis de se tornar o objeto da obrigação. Após a escolha, define-se a prestação: qual interesse e qual conduta tendente a satisfazê-lo formam o núcleo duro de uma relação obrigacional [4].

Olhando por essa perspectiva, é difícil compreender as duas opções práticas postas diante do comprador enquanto alternativas no sentido técnico-jurídico. Não se está avaliando duas condutas ou dois interesses distintos do fornecedor, para que o consumidor possa escolher o que mais lhe convém prestar. Ao falar em pagar o preço ou consumir o mínimo, aponta-se exatamente para os efeitos práticos de uma forma de construir as prestações típicas desses contratos de fornecimento (pagar o preço, disponibilizar o produto), não a uma prestação com o conteúdo a definir.

Caso se considere que a alternatividade no conteúdo da prestação explica o mecanismo do *take or pay*, forçoso admitir que toda obrigação — em última instância — é alternativa: o devedor ou realiza a prestação devida ou paga o equivalente pecuniário. A ideia, obviamente, é incompatível com o Direito contemporâneo. Em termos sintéticos, a inexistência de duas prestações possíveis impossibilita a classificação enquanto "obrigação alternativa".

Em segundo, o afastamento da qualificação enquanto cláusula penal também ocorre por razão semelhante. Não se compreende como a cláusula de *take or pay* estaria vinculado a um dever apartado dos deveres principais do contrato [5]: em vez de assumir que comprador se obriga: 1) a pagar o preço; e 2) consumir uma certa quantidade, tomando o preço mínimo como uma pré-fixação dos danos causados ao fornecedor em caso de violação da segunda obrigação, a operação econômica subjacente pode ser melhor explicada supondo que o preço pago — de natureza variável, mas com um patamar mínimo — remunera *in totum* as atividades do fornecedor.[6]

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. Exemplo mais significativo dessa técnica reducionista é a leitura inicial da doutrina acerca do *leasing* [7], originalmente visto como cinco contratos juntos: um contrato preliminar de locação, um mandato, uma locação, uma "promessa unilateral" de venda e, por fim, uma compra e venda eventual. É necessário evoluir o entendimento para, de fato, explicar a realidade econômica subjacente e não tentar forçosamente enquadrar a realidade em conceitos jurídicos estanques.

Dessa forma, mister buscar outra qualificação. Nesse sentido, vislumbra-se que a cláusula de *take or pay* pode ser mais bem compreendida enquanto elemento integrante do preço. Em verdade, a *ratio* subjacente à inclusão dessa cláusula em um contrato é oferecer segurança para o fornecedor de que determinada quantidade de produto será adquirida. Assim, mostra-se como verdadeiro elemento de estabilidade da produção, assegurando de antemão uma demanda mínima que permite uma racionalização dos custos e planejamento das cadeias de produção internas. Por essa razão, possibilita uma melhor gestão dos riscos inerentes ao fornecimento de determinado bem.

A lógica do *take or pay* representa a evolução de um modo de contratação que remonta às bases do contrato de compra e venda, porém, com roupagem aderente às necessidades econômicas contemporâneas. Nesse sentido, a cláusula pode ser entendida como um aprofundamento dos contratos de fornecimento, trazendo para dentro da equação econômica do próprio contrato a expectativa legítima de reiteração da compra, internalizando-a no preço, em razão das necessidades específicas dos mercados em que ela é correntemente utilizada (energia elétrica, gás, outras *comodities*, entre outros).

Por essa razão, o mecanismo do *take or pay* é uma derivação da forma original da compra e venda, trazendo outros elementos para dentro do sinalagma contratual. O foco deixa de ser especificamente na transferência da propriedade da *res*, passando a residir na garantia da demanda e do fornecimento: o equilíbrio sinalagmático fundamental estabelece-se entre o dever do fornecedor de manter a estrutura necessária para fornecer o insumo dentro dos parâmetros acordados e fornecê-lo se demandado até o limite previsto, de um lado, e o preço pago, fixado a partir da expectativa de consumo, por outro [8]. Não por outro motivo, o preço varia junto com o consumo acima do limite mínimo, mas até um limite: o fornecedor não é obrigado atender todos os pedidos extraordinários do consumidor.

Em suma, a expectativa de um *quantum* mínimo de demanda, a estabilidade de oferta e a longevidade da relação comercial são internalizados, modificando a forma de compreensão da dinâmica contratual, alterando as prestações das partes.

Fenômeno semelhante acontece nos contratos *build to suit*, nos quais há agregação de elementos ao tradicional contrato de empreitada, dando origem a um novo tipo contratual. Do mesmo modo, a estabilidade é elemento inerente ao *build to suit*, pois os custos extras associados às particularidades da construção do empreendimento são econômica e juridicamente viabilizados pelo modo como o "aluguel" é pago enquanto contraprestação. Daí porque incabíveis as revisionais de aluguel nos termos da lei do inquilinato, como se o *build to suit* fosse uma simples locação comercial. Não é. Os elementos que lhe são agregados o distinguem do tipo contratual que lhe deu origem e do qual é derivado. Essa mesma lógica se replica com a cláusula de *take or pay*.

Em termos microeconômicos, a cláusula de *take or pay* atua na elasticidade da curva da demanda, diminuindo-a. A fixação prévia de uma quantidade mínima a ser adquirida se reflete na oferta do produto a ser fornecido. A depender do processo produtivo, os impactos poderão ser maiores ou menores, porém, traz implicação no preço a ser negociado. O contrato internaliza esse processo, e fornece a roupagem jurídica do *take or pay*.

Afastadas as outras possíveis qualificações da cláusula de *take or pay*, o governo é das regras gerais acerca da teoria geral das obrigações e dos contratos. Implicação relevante desse regime jurídico é a atração do artigo 478 do Código Civil no que toca a resolução por onerosidade excessiva. No entanto, a incidência desse regime é muito restrita em contratos cláusula de *take or pay*.

A razão para tal cautela é a necessidade de respeito à equação contratual pactuada pelas partes. Em um contexto de abastecimento (v.g., contrato de fornecimento de energia elétrica com cláusula de *take or pay*), deve-se ter em conta que o contrato se encontra dentro de uma intrincada cadeia de relações obrigacionais. Durante a análise de custos, a expectativa de fornecimento deve ser vista como um todo, permitindo-se uma melhor distribuição de riscos e maior racionalização dos processos internos, já que é com base no todo que o fornecedor faz a precificação, e não necessariamente com base em um contrato isolado com determinado adquirente. As economias de escala que beneficiam todos os compradores apenas são viabilizadas e sustentadas pela rede de relações contratuais existentes.

Dessa sorte, eventual pleito de modificação/não aplicação da cláusula de *take or pay* com fundamento no artigo 478 deve ser analisado com cuidado redobrado, atentando-se ao especial racional econômico a que visam tutelar. Particular atenção merece o requisito da extraordinariedade do evento, pois a inserção do *take or pay* modifica substancialmente a álea ordinária e extraordinária do contrato. Essa cláusula internaliza no contrato a maior parte dos riscos relacionados à variação dos preços, o que não ocorre em outros contratos de compra e venda. A partir daí eventos que outrora poderiam ser tidos por estranhos à álea passam a compor a própria matriz de risco. Por conseguinte, um fato a princípio extraordinário (v.g., pandemia de Covid-19) pode acabar alocado dentro da distribuição de riscos que surge em consequência da inclusão da cláusula de *take or pay*.

Ademais, importa destacar que o adquirente já é *ab initio* beneficiado pela existência de uma cadeia de produção, pois o fornecimento poderá ocorrer com preço que lhe é mais vantajoso. Não honrar a quantidade mínima pactuada em determinado contrato traz impactos externos à relação contratual existente entre fornecedor-consumidor, na medida em que pode acarretar repercussões ao longo de toda estrutura produtiva.

Por todo exposto, a cláusula de *take or pay* deve ser lida como integrante do próprio preço do contrato. E mais: deve ser analisada tendo-se em conta o contexto produtivo no qual está inserida, e o nexo de relações contratuais existente. Tais considerações são fundamentais para determinar a disciplina jurídica dessa cláusula. Dessa forma, a identificação da natureza jurídica nesse caso está longe de ser uma "*enfermedad profesional*" da que fala Carrió. É, na verdade, passo fundamental para identificar o regime aplicável, havendo consequências concretas para o seu adequado manejo jurídico.

[1] CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 100.

[2] Para uma visão ampla e crítica sobre a qualificação dessas cláusulas, cf. VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de Take or Pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de direito privado*, v. 106, p.101-150, out-dez/2020.

[3] Sobre limites do artigo 413, que não se restringe à cláusula penal, podendo ser aplicado v.g. aos arts. 939-940, cf. PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 107 ss.

[4] Sobre essa construção das obrigações alternativas, PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 2012, v. 22, §2.701, e, de forma exauriente, GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1989, p. 254 ss.

[5] E seria apartado o dever de consumir porque não se vincularia, numa relação de subordinação conceitual, ao de pagar o preço. Não é como, v.g., o dever de embalar a mercadoria a ser entregue. Cf. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 15 ss.

[6] Daí por que nos aliamos mais a leitura de BALERONI, Rafael. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e de fornecimento de gás natural. *RTDC*, vol. 27, pp. 247-264, jul-set/2006. Todavia, não o acompanhamos quando classifica o contrato como aleatório.

[7] Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 327. Sobre a insuficiência dessa forma de proceder, basta a observação de Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova: posso reduzir qualquer contrato envolvendo obrigações de dar em muitas doações autônomas, mas isso nada me diz sobre o fim que as partes buscavam ao celebrar o contrato, daí derivando a forma como cada obrigação se relaciona (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Tomo I. 3ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 87).

[8] Traçando um paralelo com seguros, é como a doutrina majoritária alemã conceber o dever da seguradora: além do dever de pagar a indenização se o sinistro ocorrer (obrigação condicionada), existe uma atividade prévia de preparar e estruturar a massa de prêmios na comunhão de riscos (*Gefahrgemeinschaft*), garantindo a existência de uma cobertura efetiva. (ARMBRÜSTER, Christian. *Privatversicherungsrecht*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 373). É essa atividade prévia que a cláusula de “*take or pay*” regula

Date Created

07/09/2021