

# *Superior Tribunal de Justiça*

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

## RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Recurso especial interposto em: 28/05/2020.

Concluso ao gabinete em: 18/01/2022.

Ação: declaratória de nulidade de duplicatas e inexistência de débito ajuizada por SOCORRO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA em face da recorrente. Alega, em síntese, que a recorrente emitiu fatura e notas fiscais de compra realizada em 27/02/2018 e, com base nela, emitiu duplicatas de R\$ 18.189,36 e R\$ 6.776,13, mas não recebeu nenhum produto nessa data. Aduz tratar-se, assim, de duplicatas simuladas.

Sentença: julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que o contrato celebrado entre as partes prevê o fornecimento, pela recorrente à recorrida, de gás e, quando cabível, o aluguel de equipamentos e serviços técnicos correspondentes. Há cláusula contratual prevendo consumo mínimo, a qual foi considerada válida. Assim, concluiu-se ser possível a emissão de duplicatas.

Acórdão: deu provimento ao recurso de apelação da recorrida para declarar a nulidade das duplicatas, julgando prejudicada a apelação da recorrente,

nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO - AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE CRÉDITO - Pretensão à declaração de nulidade de duplicatas emitidas pela segunda apelante - Sentença de improcedência - Pleitos de reforma da sentença para julgá-la procedente e para fixar honorários advocatícios nos termos do art. 85, §2º, do CPC - Cabimento daquele - Duplicata que somente pode ser sacada nas hipóteses de compra e venda ou de prestação de serviços, consoante disposição dos arts. 1º e 20, ambos da Lei Fed. nº 5.474, de 18/07/1.968 - Cláusula que prevê a possibilidade de cobrança de consumo mínimo de gases que não se confunde com compra e venda, não permitindo a emissão dos títulos de crédito em comento - Acolhimento do recurso da primeira apelante que implica prejuízo à apreciação do recurso da segunda apelante - Sentença reformada - APELAÇÃO da segunda apelante prejudicada e APELAÇÃO da primeira apelante provida, para declarar a nulidade das duplicatas, com a condenação da segunda apelante ao ônus sucumbencial.

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados pela Corte local.

Recurso especial: aduz ofensa aos arts. 2º e 20, § 3º da Lei nº 5.474/68 e aos arts. 489, §1º, IV e 1.022, ambos do CPC/2015, ao argumento de que o acórdão recorrido é omissivo quanto ao pedido formulado pela recorrida de declaração de inexigibilidade dos débitos e as duplicatas são válidas, porque emitidas com base no contrato de compra e venda de gases pactuado com a recorrida.

Decisão de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial, determinando a remessa dos autos a esta Corte.

É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

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.

# Superior Tribunal de Justiça

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

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

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*.

Considerando o disposto no art. 6º do CPC/2015, que consagra o princípio da primazia do mérito, bem como o fato de que pedido de reconhecimento de negativa de prestação jurisdicional foi formulado de forma subsidiária, passa-se ao exame, inicialmente, da alegação de violação dos arts. 1º e 20 da Lei nº 5.474/68.

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

1. 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.

2. Essa modalidade de disposição negocial não está regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido importada dos

países algo-saxões. Nada obstante, segundo a doutrina, ela é socialmente típica, pois é comumente inserida em contratos de fornecimento de produtos que exigem do fornecedor a manutenção de uma estrutura complexa, como é o caso, por exemplo, dos contratos de compra e venda de gases, de combustíveis e de energia elétrica (SILVEIRA, Vitor Vieira. A cláusula de *take or pay* no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*. Vol. 106/2020, out.-dez/2020, p. 104).

3. São duas as principais finalidades da cláusula *take or pay*: (i) a alocação de riscos entre as partes – o vendedor assume o risco do preço, enquanto o adquirente assume o risco da demanda – e (ii) a garantia de fluxo de receitas para o vendedor (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](https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica), p. 3). Do ponto de vista do fornecedor, a disposição negocial ora tratada tem o propósito, sobretudo, de assegurar os investimentos em infraestrutura realizados para atender à demanda dos adquirentes. Por outro lado, o comprador também se beneficia dessa espécie de cláusula, à medida em que ela garante um fornecimento mínimo, bem como reduz as incertezas do fornecedor, circunstância que viabiliza uma menor precificação.

4. No que concerne, especificamente, aos contratos de fornecimento de gás, os quais, em regra, são duradouros, a cláusula *take or pay* também busca fazer frente aos riscos relacionados às flutuações de produção e demanda. É imprescindível manter a correspondência entre produção e demanda, para evitar que o gás produzido se dissipe e seja perdido (SILVEIRA, Vitor Vieira. *Op. Cit.*, p. 104).

5. Considerando que a cláusula *take or pay* está atrelada a um

consumo mínimo, a sua eficácia "*está condicionada à eficácia da obrigação principal, ou seja, ela apenas produzirá efeitos quando não ocorrer o consumo mínimo estabelecido contratualmente*" (COSTA, José Augusto Fontoura; Leopoldino, Lucy Helaine. Noções e características das cláusulas *take or pay* na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte, ano 16, n. 1, jan.-abr./2019, p. 198). Vale dizer, se houver aquisição da quantidade mínima estipulada ou de quantidade superior a ela, o preço a ser pago corresponderá à demanda efetivamente consumida, não se aplicando a cláusula *take or pay*.

6. Uma das principais divergências sobre o assunto refere-se à natureza jurídica da cláusula *take or pay*. O enquadramento jurídico tem relevância para fins de definir o regime jurídico aplicável, ou seja, se incidem as normas gerais do direito das obrigações ou o regramento jurídico concernente à cláusula penal.

7. Uma primeira corrente defende tratar-se de uma obrigação contratual, enquanto uma segunda corrente qualifica-a como cláusula penal.

8. Consabidamente, a cláusula penal constitui pacto acessório, de natureza pessoal, por meio do qual as partes contratantes, com o objetivo de estimular o integral cumprimento da avença, determinam previamente uma penalidade a ser imposta ao devedor na hipótese de inexecução total ou parcial da obrigação, ou de cumprimento desta em tempo e modo diverso do pactuado.

9. A cláusula penal pode ser classificada em compensatória, que se refere à inexecução da obrigação, no todo ou em parte, ou moratória, a qual se destina a evitar retardamento no cumprimento da obrigação, ou o seu cumprimento de forma diversa da convencionada, quando a obrigação ainda for possível e útil ao credor. Independentemente da espécie, a cláusula penal pode ter por escopo a prefixação das perdas e danos decorrentes da mora ou do inadimplemento total ou apenas punir o dever pelo descumprimento do contrato

# Superior Tribunal de Justiça

(PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto Monteiro. *Cláusula Penal e Indemnização*. Almedina, 1990, p. 608).

10. Nesse contexto, e tendo em conta as finalidades da estipulação da cláusula *take or pay* acima mencionadas, não se vislumbra correspondência com a figura da cláusula penal.

11. A cláusula *take or pay* diz respeito à própria obrigação principal, porquanto contempla obrigação de pagar quantia. Não ostenta "*nem feição indenizatória, nem coercitiva. Ao contrário, compõem o preço do contrato*" (MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de *take or pay*. uma análise à luz do direito inglês e nacional. *Revista de Direito Privado*. Vol. 98, ano 20. São Paulo: RT, mar.-abr./2019, p. 207). 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 ou serviços.

12. O objetivo das partes com a cláusula de *take or pay* "é de prever contraprestação fixa em relação a nível mínimo de prestação, restando irrelevante o consumo ou utilização do bem ou serviço. Trata-se de obrigação contratual; não penalidade. Caso contrário, fosse caracterizada como penalidade, o contrato e a cláusula acabariam desnaturados, pois não seria atendida a finalidade precípua de possibilitar investimentos" (SILVEIRA, Vitor Vieira. *Op. Cit.*, p. 105).

13. A propósito, são esclarecedoras as lições colacionadas a seguir:

Enquanto obrigações de *take-or-pay* ostentam natureza independente, integrando o conjunto de prestações que formam o objeto do negócio contratado, cláusulas penais são obrigações acessórias de formação sucessiva, sujeitas ao requisito legal do inadimplemento. Não poderia ser diferente porque: em primeiro lugar, cada instituto é sujeito à



disciplina diversa segundo o ordenamento brasileiro; e, em segundo, porque vai de encontro à finalidade econômica do instrumento do *take-or-pay* como mecanismo de alocação de riscos entre os contratantes. (MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. *Op. Cit.*, p. 214).

14. 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*", mas tratar-se, em verdade, de uma cláusula penal.

2. Da emissão de duplicata com base em contrato de fornecimento de gases com cláusula de *take or pay*.

15. A duplicata, título de crédito genuinamente criado pelo direito brasileiro, possui contornos que podem ser qualificados como peculiares.

16. A principal distinção em relação aos títulos tradicionais decorre, com efeito, de sua natureza causal, a partir da qual parte da doutrina a classifica como um documento meramente assimilado a título de crédito, para fins de circulação. Isso porque, a duplicata "*visa a documentar o saque fundado sobre o crédito decorrente de compra e venda mercantil ou prestação de serviços, assimilada aos títulos cambiários por lei, e que tem como seu pressuposto a extração da fatura*" (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 650).

17. Os arts. 1º e 20 da Lei nº 5.474/1968, a qual dispõe sobre duplicatas, não deixa dúvidas quanto ao fato de que a duplicata é espécie de título

de crédito causal, tendo em vista que a sua emissão está fundada em uma compra e venda mercantil ou em uma prestação de serviços.

18. 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).

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

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

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

### 3. Da hipótese dos autos.

22. Na espécie, o Tribunal *a quo* reformou a sentença de improcedência, para declarar a nulidade das duplicatas emitidas pela recorrente.

Para aquela Corte, apesar de haver um contrato de compra e venda de gases entre as partes, não é possível a emissão de duplicata com base na cláusula de *take or pay*, porque ela estabelece um consumo mínimo e não representa uma efetiva compra e venda.

23. No entanto, essa conclusão vai de encontro às considerações supra consignadas, no sentido de não haver 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 de *take or pay*.

24. Sendo assim, o acórdão recorrido violou o disposto nos arts. 1º e 20 da Lei nº 5.474/1968.

#### 4. Dispositivo.

25. Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, para restabelecer a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

26. Consequentemente, arcará a recorrida (autora) com as custas processuais e pagará honorários advocatícios ao patrono da recorrente (ré), que arbitro em 15% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015.