

**FGV DIREITO SP**  
**MESTRADO PROFISSIONAL**

**A aplicabilidade da cláusula *take or pay* nos contratos administrativos e os critérios para reparação dos prejuízos causados aos contratados.**

Carlos Martins Souto Neto

Projeto de pesquisa apresentado ao  
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,  
sob orientação do Prof. Dr. Thiago Reis e Souza.  
Versão de 13.10.2021

**1. Tema, contexto, questão central de pesquisa**  
✓ **contextualização e delimitação de escopo**

Para fins de delimitação do objeto deste trabalho, é oportuno registrar que inúmeros contratos administrativos são firmados com base em estimativas de fornecimento obtidas através de estudos técnicos realizados pela própria administração pública, razão pela qual, conseqüentemente, as partes interessadas em contratar com o Poder Público apresentam suas propostas de preço com base em tal levantamento.

Caso a estimativa seja apresentada de forma imprecisa por parte da administração pública ou até mesmo em virtude de acontecimentos imprevisíveis por situações alheias à vontade do contratante, surge, em tese, a possibilidade de a solicitação de fornecimento ocorrer em quantidade inferior ao montante ajustado contratualmente.

Obviamente, em razão de apresentar a sua proposta contendo o menor preço possível e estimando o consumo da quantidade indicada pela administração pública em seus estudos técnicos, o contratado acaba sendo surpreendido com o consumo inferior da quantidade ajustada e conseqüentemente recebendo o pagamento em montante também bastante inferior ao esperado, ocasionando-lhe verdadeiro desequilíbrio na relação contratual.

Assim, o problema central da pesquisa consiste em analisar a possibilidade da inclusão da cláusula *take or pay* em contratos administrativos, a fim de estabelecer um consumo mínimo que garanta a preservação das condições negociais e que possibilite a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos sem prejuízos aos contratados, bem como a obtenção do lucro esperado por qualquer sociedade empresária, evitando-se, por conseguinte, que eventuais irresignações sejam dirimidas pelo Poder Judiciário.

Ademais, também será necessário analisar se a legislação e a jurisprudência pátria estabelecem critérios para fins de delimitar a reparação dos prejuízos causados aos contratados em caso de não ter sido consumido o montante ajustado contratualmente, nas situações em que não houver um consumo mínimo definido através da cláusula *take or pay*.

Objetiva-se, portanto, analisar a possibilidade de incorporação da cláusula *take or pay* aos contratos administrativos como forma de solucionar problemas de dimensionamento que acabe por ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, além de analisar os critérios a serem utilizados para fins de reparação dos prejuízos decorrentes da delimitação equivocada do quantitativo a ser contratado, nos casos em que não tenha havido a previsão da cláusula de consumo mínimo.

### ✓ **modelo de pesquisa predominante**

A pesquisa será realizada preponderantemente através de um trabalho exploratório de dissertação, abrangendo a análise de casos práticos vivenciados na atuação profissional do mestrando e também de outras situações semelhantes enfrentadas pelos Tribunais Pátrios, a fim de compreender como o tema vem sendo abordado em nosso ordenamento jurídico, bem como para o fim de apresentar sugestões para a resolução de problemas práticos da mesma natureza, inclusive através de proposição de eventuais modificações legislativas.

## **2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso**

**Quesito 1:** No que consiste a cláusula *take or pay*? Como ela é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro?

Fontes: Legislação, doutrina e matérias jornalísticas

**Quesito 2:** A cláusula *take or pay* é aplicada nos contratos firmados com a administração pública? Quais são/seriam os pontos positivos e negativos dessa aplicação?

Fontes: Legislação, doutrina, decisões judiciais e matérias jornalísticas

**Quesito 3:** Quais são as consequências decorrentes da não aplicação da cláusula *take or pay* no tocante aos contratados?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 4:** Quais seriam os critérios mais adequados para reparação dos prejuízos ocasionados aos contratados?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 5:** Qual a disciplina legal da questão atinente à cláusula *take or pay* no direito brasileiro? Há previsões semelhantes em outros ordenamentos jurídicos?

Fontes: Legislação e doutrina

**Quesito 6:** Quais são as lacunas na legislação e como elas podem ocasionar conflitos entre as partes e como elas podem ser superadas?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 7:** Como se dá a aplicação das regras de direito civil no âmbito dos contratos administrativos?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 8:** Quais as vantagens e desvantagens da inserção da cláusula *take or pay* nos contratos administrativos? Quais os principais riscos e como podem ser mitigados?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 9:** Quais são os critérios existentes para delimitação da reparação dos prejuízos ocasionados aos contratados em caso de inexistência da cláusula *take or pay*? Como podem ser melhorados?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 10:** Em quais situações é recomendada a utilização da cláusula *take or pay* nos contratos administrativos? Quais aspectos devem ser observados?

Fontes: Legislação, doutrina e decisões judiciais

**Quesito 11:** Os critérios eventualmente trazidos pela legislação são suficientes para delimitar a reparação dos prejuízos causados aos contratados em caso de contrato firmado sem a cláusula *take or pay*? Como podem ser melhorados para preservar as condições adequadas do negócio firmado?

Fontes: Legislação, doutrina, decisões judiciais e matérias jornalísticas

### **3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto**

#### **✓ por que o trabalho é relevante e como pode transformar a realidade**

Os contratos administrativos, pela sua própria natureza, possuem características bastante peculiares daquelas evidenciadas nos contratos firmados entre particulares, inclusive em razão da prevalência quase que absoluta do interesse público.

A proposta de pesquisa ora apresentada objetiva analisar se a cláusula *take or pay* pode ser aplicada nos contratos administrativos, bem como se a sua inserção poderá reduzir ou até mesmo eliminar futuros litígios entre as partes contratantes, uma vez que a ausência de delimitação de um consumo mínimo acaba desequilibrando a relação contratual e ocasionando o ajuizamento de demandas judiciais buscando a reparação dos prejuízos.

Assim, considerando que a legislação pátria aplicável à situação ora apresentada não tratou de abordar adequadamente a questão, a proposta de pesquisa ora apresentada objetiva analisar, de forma inovadora, quais seriam os benefícios de eventual aplicação da referida cláusula nos contratos firmados com o poder público, inclusive trazendo sugestões de caráter propositivo e de cunho legislativo.

Além da relevância dos aspectos delimitados acima, também será objeto da pesquisa a análise e a sugestão de melhoria dos critérios mais adequados para a reparação dos prejuízos causados aos contratados nas situações em que a cláusula não foi aplicada contratualmente, a fim de possibilitar a fixação de indenização justa e adequada.

Diante da ausência de produções doutrinárias acerca do tema em questão, bem como considerando a grande quantidade de situações que o pesquisador acabou tendo contato na sua atuação profissional, a proposta de pesquisa ora apresentada demonstra importante relevância prática e acadêmica, uma vez que poderá analisar e apresentar soluções propositivas que servirão para os operadores do direito e também para os agentes públicos.

#### 4. Familiaridade com objeto da pesquisa

##### ✓ detalhar experiência próprio do pesquisador

O pesquisador tem forte atuação como advogado em demandas consultivas/contenciosas, inclusive aquelas vivenciadas por pessoas jurídicas que se depararam com conflitos decorrentes da inexistência da cláusula *take or pay* nos contratos firmados com a administração pública, oportunidade em que constatou uma verdadeira lacuna legislativa nos critérios para reparação dos prejuízos causados em decorrência do desequilíbrio contratual ocasionado.

#### 5. Bibliografia preliminar

- BARROS, Márcio dos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos: lei nº 8.666, de 21.6.93, lei nº 10.520 de 17.6.2002*. 1ª ed. São Paulo: EDJ, 2005.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1987.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público "versus" igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993*. 16ª ed. São Paulo: 2014.
- LIMA, Paula Eppinghaus Cirne. *Perdas e Danos por Descumprimento de Contrato*. São Paulo: Almedina, 2020.
- LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MARQUEZ, Rafael Batista. *Cláusula take or pay em contratos de longo prazo*. Acesso em 01 de julho de 2021, disponível em <http://hdl.handle.net/10438/22992>.
- OLIVEIRA, CAROLINA ZAJA ALMADA CAMPANATE. *Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Acesso em 02 de julho de 2021, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27347>.
- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia Privada e Análise Econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual: licitações, contratos administrativos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STEINER, Renata Carlos. *Reparação de Danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TACITO, Caio. “O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos”. *Revista de direito administrativo*. 187, 1992, p. 90-93.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos públicos e direito privado: interpretação, princípios e inadimplemento*. São Paulo: Almedina, 2016. Acesso em 03 de julho de 2021, disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788584931606>.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos Públicos e Direito Privado: Interpretação, princípios e inadimplemento*. São Paulo: Almedina, 2016.

## 6. Cronograma de execução

Atividade	2021			2022												Horas
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
Revisão bibliográfica	■	■	■	■	■	■	■	■	■							90h
Leitura de julgados					■	■	■									30h
Organização								■	■	■						30h
Redação: Capítulo I									■	■	■					30h
Redação: Capítulo II										■	■	■				30h
Redação: Capítulo III											■	■	■			30h
Conclusão da redação													■	■		20h
Revisão															■	10h
Depósito															■	[...]