FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A cláusula de *take or pay* em contratos de fornecimento de longa duração

Diego Alvarino Britto

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 31.10.2023

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

A cláusula de *take or pay*, mecanismo contratual importado de países anglo saxões e amplamente utilizado no Brasil em contratos de fornecimento de longa duração, especialmente no mercado de óleo e gás, tem a finalidade de garantir o pagamento de volume mínimo, independentemente da efetiva aquisição do produto, proporcionando segurança e previsibilidade para a relação. O arranjo serve, portanto, para a alocação de riscos em um determinado negócio jurídico.

Apesar da ampla utilização da cláusula na prática empresarial brasileira, com validade e eficácia reconhecidas, percebe-se determinadas limitações e desafios ao seu cumprimento. Ainda há divergência na doutrina e jurisprudência nacionais acerca da qualificação jurídica do arranjo contratual, o que acarreta interpretações e aplicações equivocadas. Além disso, fatores como a ocorrência de fatos supervenientes, redação da cláusula, ausência de liquidez do valor devido à título de *take or pay*, o poder de barganha ou até mesmo o oportunismo de uma das partes podem prejudicar o cumprimento da cláusula de *take or pay*.

Nesse contexto, a pesquisa propõe investigar a qualificação jurídica da cláusula de *take or pay*, assim como os principais elementos que limitam ou dificultam o cumprimento da convenção em contratos de fornecimento de longo prazo regidos pela legislação brasileira. Ao final dessa investigação, como resultado do estudo, pretende-se propor aprimoramento aos arranjos atuais e fornecer modelo(s) de cláusula(s) que reflita(m) corretamente a alocação de riscos pretendida pelas partes e o enquadramento jurídico aplicável, bem como que afaste(m)

ou pelo menos minimize(m) o impacto dos eventos e fatores que dificultam o seu cumprimento.

Nesse contexto, por meio do modelo de trabalho exploratório, pretende-se responder as seguintes questões centrais de pesquisa: Qual é a qualificação jurídica da cláusula de *take or pay*? Quais são os principais eventos e fatores que dificultam o seu cumprimento em contratos de fornecimento de longa duração regidos pela legislação brasileira e como mitigá-los por meio de design contratual?

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

A partir das questões centrais de pesquisa apresentadas acima, desdobram-se os seguintes quesitos a serem investigados na seguinte sequência lógica de exposição:

Contextualização fática

Qual a origem da cláusula de *take or pay* e como ela é utilizada atualmente nos contratos de fornecimento de longa duração no Brasil?

- Descrever a origem da cláusula de take or pay nos países de *common law*;
- Investigar a aplicação do arranjo em contratos de fornecimento no Brasil, especialmente no mercado de óleo e gás.
- Estudar a literatura disponível sobre o tema, além de utilizar a própria experiência do pesquisador.

Quais são as principais limitações e desafios práticos ao cumprimento da cláusula de *take or pay* no Brasil?

- Investigar sobre os principais fatores e desafios práticos (jurídicos e negociais) que limitam ou dificultam o cumprimento da cláusula, especialmente o impacto de fatos supervenientes.
- Estudar a literatura disponível sobre o tema, além de utilizar a própria experiência do pesquisador.

Referencial teórico-normativo

Qual o fundamento teórico-normativo da cláusula de *take or pay* no ordenamento jurídico brasileiro?

- Investigar sobre a validade, eficácia e qualificação jurídica da cláusula de *take or pay*.
- Estudar a legislação e literatura sobre o tema, além explorar as decisões mais recentes e relevantes sobre o tema, com base em critérios de pesquisa pré-definidos e limitação temporal para fins de amostragem.

Qual o fundamento teórico-normativo da responsabilidade civil contratual e o impacto de fatos supervenientes no contexto do ordenamento jurídico brasileiro?

- Investigar sobre a regra geral de responsabilidade civil contratual e impactos de fatos supervenientes, especialmente as hipóteses de caso fortuito, força maior e onerosidade excessiva.
- Investigar sobre os efeitos da ocorrência de caso fortuito, força maior e onerosidade excessiva no cumprimento da cláusula de *take or pay*.
- Estudar a legislação e literatura sobre o tema, além explorar as decisões mais recentes e relevantes sobre o tema, com base em critérios de pesquisa pré-definidos e limitação temporal para fins de amostragem.

Abordagem analítica

Quais as consequências práticas decorrentes do descumprimento da cláusula de *take or pay*, considerando a qualificação jurídica aplicável?

- Investigar literatura sobre o tema, além de utilizar a própria experiência do pesquisador.

Há outros arranjos contratuais que podem ser incorporados ao contrato para mitigar os impactos de fatos supervenientes e potencializar o cumprimento da cláusula de *take or pay*?

- Investigar figuras afins e práticas de mercado similares.

Quais são os métodos adotados pelo mercado para cobrança do valor devido à título de *take or pay*?

- Investigar práticas de mercado.
- Investigar regramento tributário e eventuais consultas ao fisco.

Recomendações finais

Qual o melhor design para a cláusula de *take or pay* a fim de refletir corretamente a alocação de riscos pretendida pelas partes e o enquadramento jurídico aplicável, bem como afastar ou pelo menos minimizar o impacto dos fatores que dificultam o seu cumprimento.

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

A experiência profissional mostra a relevância desse arranjo contratual como ferramenta para viabilizar segurança jurídica e previsibilidade em contratos de fornecimento de longo prazo. Por outro lado, a experiência também revela alguns fatores que dificultam o cumprimento da cláusula, especialmente a ocorrência de fatos supervenientes. A investigação sobre a qualificação jurídica da cláusula de *take or pay*, os impactos de fatos supervenientes sobre o seu cumprimento, assim como a identificação de formas de mitigá-los, é fundamental para que os riscos contratuais sejam alocados corretamente e contingências sejam evitadas nas relações empresariais que fazem uso desse arranjo contratual.

Embora haja muita literatura disponível sobre a cláusula de *take or pay*, a investigação sobre a sua qualificação e cumprimento da cláusula pareceu ser algo ainda pouco explorado (componente de inovação) e com potencial de transformar a prática atual e equalizar contingências relacionadas ao tema.

Nesse contexto, a pesquisa sobre o tema é relevante e possui utilidade para o mercado de modo geral, especialmente para os empresários e advogados que utilizam a cláusula de *take or pay* nos contratos em que estão envolvidos.

4. **Familiaridade com objeto da pesquisa**

O pesquisador tem atuação profissional em escritórios de advocacia e departamentos jurídicos, com experiência concentrada em consultoria societária e contratual. Desde 2018 é integrante do departamento jurídico da Braskem S.A., companhia brasileira de capital aberto com atuação no mercado petroquímico global, onde atua na negociação de contratos complexos que possuem cláusula de *take or pay*. A experiência com a prática contratual, conectado à familiaridade com a cláusula de *take or pay* e outros arranjos contratuais complexos, qualificam o pesquisador para a investigação proposta nesse trabalho.

5. **Bibliografia preliminar**

BALERONI, R. B. (Jul/Set de 2006). Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas shipor-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. Revista Trimestral de Direito Civil, 27, Ano 7

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). Fundamentos e princípios dos contratos empresariais

FERNANDES, W., & Rodriguez, C. F. (2011). Aspectos Contratuais da "Aliança" em Empreendimentos de Infraestrutura. Em Vários autores, Contratos Empresarias: contratos de organização da atividade econômica. Coord. Wanderley Fernandes (pp. 135-178). São Paulo: Saraiva (Série GVlaw)

FILHO, Osny da Silva, Fundamentos do direito contratual: doutrina, teoria e empiria, São Paulo: Almedina, 2022.

FORGIONI, Paula. "Interpretação dos negócios empresariais". In: Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro.

GOLDBERG, V. P. (2001-2002). Discretion in Long-Term Open Quantity Contracts: Reinig in Good Faith. University of California, Davis. Disponível em http://heinonline.org

HILLMAN, Robert. Court adjustment of long-term contracts: an analysis under modern contract law. Duke Law Journal, nº 1, February 1987.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). Fundamentos e princípios dos contratos empresariais

MARTINS-COSTA, Judith. "O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil". In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. “Usos e abusos da função punitiva. Punitive damages e o Direito brasileiro”. CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar. 2005. (https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf)

MARTINS-COSTA, Judith (2004). A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista Brasileira de Direito Comparado (25 (2º semestre 2003))

MASTEN, S. E., & Crocker, K. J. (December de 1985). Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. The American Economic Review, 75(5). Disponível em http://www.jstor.org/stable/181864

MEDINA, J. M. (1991-1992). The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future. Tulsa Law Journal, 27. Disponível em HeinOnline: http://heinonline.or

MEDINA, J. M., McKenzie, G. A., & Daniel, B. M. (1986-1987). Take or Litigate: Enforcing the Plain Meaning of the Take-or-Pay Clause in Natural Gas 65 Contracts. Arkansas Law Review, 40. Disponível em http://heinonline.or

MICHAUD, Anne. Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract (https:// https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1900-v1-n1-rgd04555/1059553ar.pdf)

MIRANDA, P. d. (2012). Tratado de Direito Privado. Direito das Obrigações (Vol. Tomo XXVI). São Paulo: Revista dos Tribunais.

MIRANDA, R. S. (2002). Contratos da Indústria de Gás Natural. Mitigação de Risco de Mercado. Financiamento Através de Project Finance. Em P. V. Coord. Pires, Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

NITSCHKE, Guilherme, “Revisão, Resolução, Reindexação, Renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração” Revista Trimestral de Direito Civil, São Paulo, n. 50, 2012.

PARGENDLER, Mariana. On contract drafting and innovation: the role of contract types in the civil law tradition. Working paper.

PARGENDLER, Mariana. “The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide”, THE YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW [Vol. 43], Issue 1, 2018 (https://bpb-us-w2.wpmucdn.com/campuspress.yale.edu/dist/8/1581/files/2018/02/143_The-Role-of-the-State-in-Contract-Law-2416e28.pdf)

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Obrigações e contratos: pareceres de acordo com o Código Civil de 2002. “Parecer 4” e “Parecer 14”. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RAMOS, F. A. (2005). Da cláusula "take or pay" nos contratos de compra e venda de gás natural. Em Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás, Coordenadora Marilda Rosado. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renoar.

REA, JR., Samuel. Efficiency implications of penalties and liquidated damages. The Journal of Legal Studies, vol. 13, n. 1 (Jan., 1984)

SALAMA, Bruno Meyerhof; FILHO, Osny da Silva. “Análise econômica do direito e responsabilidade contratual”, in Ana Frazão, Rodrigo R. Monteiro de Castro e Sérgio Campinho (org.), Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho, vol. 4, São Paulo: Quartier Latin, 2022

SCHLECHTRIEM, Peter. The functions of general clauses, exemplified by regarding germanic laws and deuth law. In: GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis (org.) General clauses and standards in European contract law

SCHUNCK, G. B. (2016). Contratos de longo prazo e dever de cooperação. São Paulo: Almedina.

6. **Cronograma de execução**

	2023					2024												
Atividade	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Horas
Revisão bibliográfica																		90h
Investigação de mercado																		30h

Coleta de dados (decisões e legislação)																		30h
Redação do texto																		150h
Revisão do texto																		50h
Reuniões com o orientador																		20h
Revisão final																		30h
																		400 (total)
[...]																		[...]