

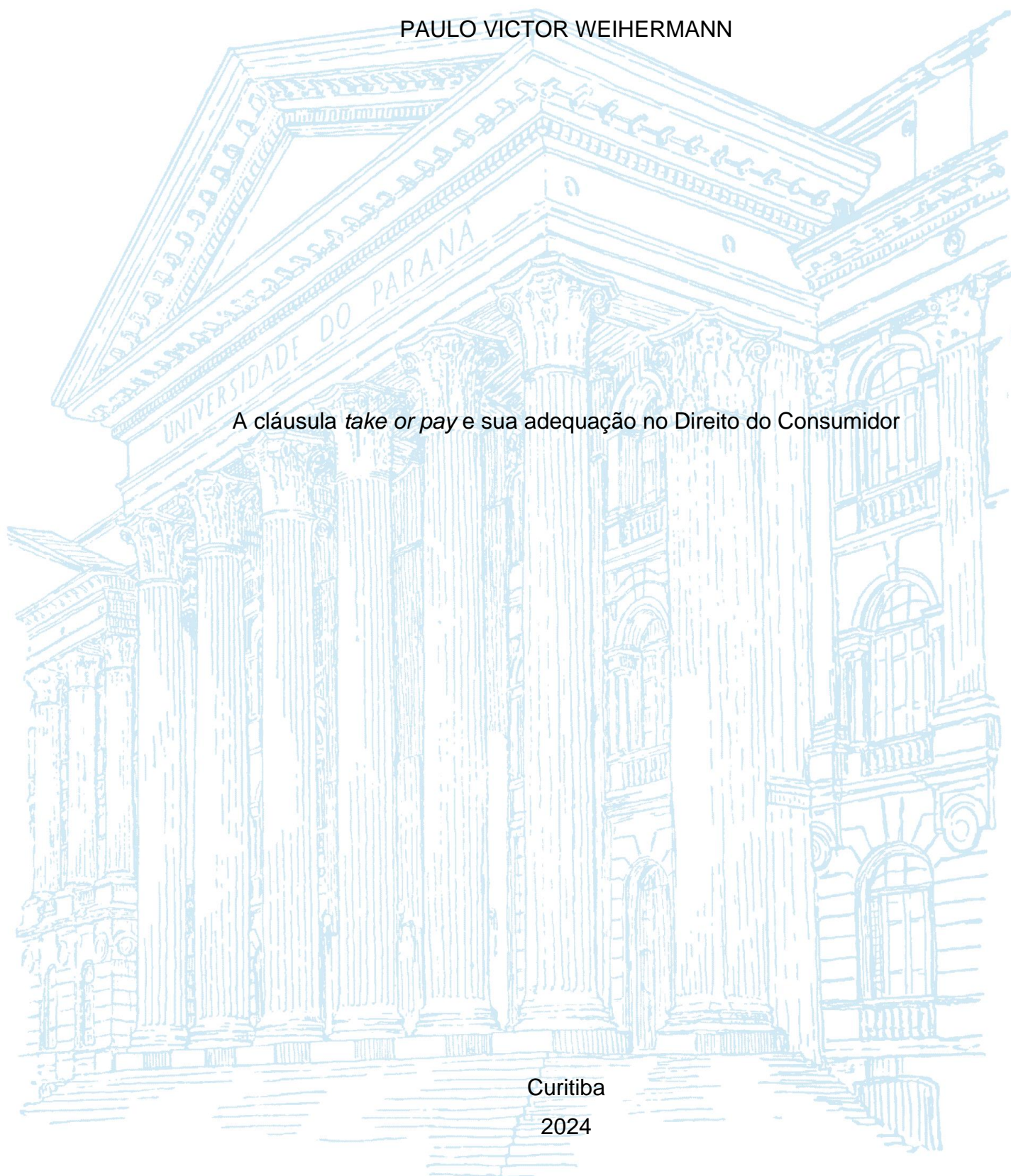
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO VICTOR WEIHERMANN

A cláusula *take or pay* e sua adequação no Direito do Consumidor

Curitiba

2024



Paulo Victor Weihermann

A cláusula *take or pay* e sua adequação no Direito do Consumidor

Artigo apresentado ao curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito do Estado.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

A cláusula take or pay e sua adequação no Direito do Consumidor

[PAULO VICTOR WEIHERMANN](#)

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Documento assinado digitalmente
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO
Data: 10/12/2024 18:11:44-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Orientador

Coorientador



Documento assinado digitalmente
FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ
Data: 11/12/2024 13:27:33-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Frederico Glitz 1º Membro



Documento assinado digitalmente
GLENDA GONCALVES GONDIM QUEIROZ
Data: 11/12/2024 06:27:31-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Glenda Gonçalves Gondim Queiroz

2º Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Lauro Arthur Guimarães de Sá Ribeiro, que a mim tudo ensinou sobre o Direito. Agradeço ao Lauro, ainda, por ter oportunizado, através do trabalho, uma melhora na minha vida material, fato que me permitiu ter sonhos maiores e me alforriar das privações que me acompanharam durante a vida.

Há falta de oxigênio e sol
dentro do mundo jurídico
O direito não amanhece.
Não Chove.
Dentro do direito não transitam nuvens
e nem sopram ventos.
As entidades do mundo jurídico não têm carne
e nem temperatura.
Jamais foi escutado canto de pássaro
dentro do Código Florestal
ou vislumbrado peixe no Código das Águas.
Da lei brotam artigos, parágrafos, alíneas, remissões.
Sequer uma flor ou ramo verde.
A vida do animal humano é muito curta
e eu só tenho uma.
Entre o direito e a abóbora
eu optei pela abóbora.

- *Alfredo Augusto Becker*

RESUMO

Este artigo analisa a cláusula contratual "*take or pay*" e sua aplicação no Direito brasileiro, com foco em dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), os REsp 1.984.655/SP e REsp 2.048.957/MG. A cláusula, comum em contratos empresariais, assegura pagamentos ou consumo mínimos, independentemente do uso efetivo. Inicialmente, o estudo discute sua controvertida natureza jurídica, abordando classificações como cláusula penal, obrigação alternativa, obrigação de garantia e parte integrante da obrigação principal. O STJ posicionou-se majoritariamente pela última classificação, reforçando seu papel na alocação de riscos e na composição da obrigação principal dos contratos. No entanto, no âmbito do Direito do Consumidor, a pesquisa identifica desafios significativos. O uso da cláusula em relações de consumo entra em conflito com princípios como a boa-fé, a vulnerabilidade do consumidor e o equilíbrio contratual, conforme estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). A imposição de um consumo mínimo, característica da cláusula, assemelha-se à prática de venda casada, podendo levar a condições abusivas e desvantagens excessivas para o consumidor. Isso suscita dúvidas sobre sua validade jurídica e compatibilidade com os objetivos de proteção ao consumidor. O artigo conclui que, embora a cláusula "*take or pay*" seja eficaz em contextos empresariais, sua aplicação em relações de consumo exige cautela para evitar a violação de direitos fundamentais do consumidor.

Palavras-chave: *take or pay*, direito do consumidor, cláusula penal, obrigações, equilíbrio contratual, proteção ao consumidor, princípios consumeristas, código de defesa do consumidor.

ABSTRACT

This article analyzes the "*take or pay*" contractual clause and its application in Brazilian law, focusing on two rulings by the Superior Court of Justice (STJ), REsp 1.984.655/SP and REsp 2.048.957/MG. The clause, common in business contracts, ensures minimum payments or consumption regardless of actual usage. Initially, the study discusses its controversial legal nature, addressing classifications such as penalty clause, alternative obligation, guarantee obligation, and an integral part of the main obligation. The STJ predominantly classified it as the latter, emphasizing its role in risk allocation and integration into the main contractual obligation. However, in consumer law, the research identifies significant challenges. The clause's use in consumer relations conflicts with principles such as good faith, consumer vulnerability, and contractual balance, as established by the Consumer Defense Code (CDC). The imposition of minimum consumption, characteristic of the clause, resembles tied selling practices, potentially leading to abusive conditions and excessive disadvantages for consumers. This raises questions about its legal validity and compatibility with consumer protection goals. The article concludes that, while the "*take or pay*" clause is effective in business contexts, its application in consumer relations requires caution to avoid violating fundamental consumer rights. Future studies are recommended to investigate legislative and contractual adaptations capable of harmonizing the clause with the principles of consumer law, as well as exploring the ethical and economic limits of its application in different contexts.

Keywords: *Take or pay*; consumer law; penalty clause; obligations; contractual balance; consumer protection; consumer principles; consumer defense Code.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
RESP	- Recurso Especial
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
A CLÁUSULA TAKE OR PAY	16
A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA TAKE OR PAY	18
A CLÁUSULA PENAL E CLÁUSULA TAKE OR PAY	18
A CLÁUSULA TAKE OR PAY COMO OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA	19
A CLÁUSULA TAKE OR PAY COMO OBRIGAÇÃO DE GARANTIA.....	20
O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A CLÁUSULA TAKE OR PAY: OBRIGAÇÃO PRINCIPAL	21
A CLÁUSULA TAKE OR PAY EM CONTRATOS DE CONSUMO	26
OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: FORNECEDOR, OBJETO E CONSUMIDOR	26
OS PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS E PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	27
O ENQUADRAMENTO DA CLÁUSULA TAKE OR PAY NOS CONTRATOS DE CONSUMO: CLÁUSULA ABUSIVA?	33
O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A CLÁUSULA TAKE OR PAY	37
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A cláusula *take or pay* é um mecanismo contratual que estabelece a obrigação de pagamento por uma quantidade mínima de um bem ou serviço, independentemente do consumo efetivo. Com ampla aplicação em contratos empresariais, principalmente no setor de gás e energia, essa cláusula visa assegurar ao fornecedor uma receita mínima, reduzindo riscos de demanda e possibilitando a estruturação de grandes investimentos. Apesar de sua importância no direito privado, a natureza jurídica da cláusula *take or pay* tem sido amplamente debatida, especialmente no que se refere à sua classificação como cláusula penal, obrigação alternativa, cláusula de garantia ou principal.

Este artigo aborda, primeiramente, as diversas teorias sobre a natureza da cláusula *take or pay*, sistematizando as ideias mais comuns na doutrina brasileira, com ênfase nos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Recursos Especiais n.º 1.984.655/SP e 2.048.957/MG. Esses julgados marcam uma fase decisiva na análise da cláusula, pois firmam entendimento sobre a natureza do *take or pay*.

Após, se passou pelas noções gerais de direito do consumidor, verificando quais seus princípios norteadores e o conceito de relação de consumo. Após análise da doutrina e jurisprudência, este estudo visa verificar quais são as implicações legais e práticas da cláusula *take or pay*, principalmente verificar se esta é possível nas relações de consumo, considerando os princípios consumeristas e o Código de Defesa do Consumidor.

2 A CLÁUSULA TAKE OR PAY

A cláusula *take or pay* pode ser definida como um mecanismo contratual segundo o qual o contratante se compromete a pagar ou consumir uma quantidade de determinado produto ou serviço, ainda que não efetivamente consumido o produto ou prestado o serviço (NICOLLINI, 2001, p.164). É um pacto pelo qual uma parte se obriga a pagar por um volume mínimo de bens em serviços, objeto do contrato em cada período contratual, mesmo se tal quantia não for utilizada (ANDRADE e GREGOL, 2023, p. 713) Sua relevância na prática contratual é que ao contraente é garantido o preço frente às flutuações de mercado, e ao prestador é

dirimido seus riscos de investimento através da garantia que irá receber pela integralidade do objeto contratual.

É mormente encontrada em contratos de fornecimento de gás, negócio jurídico complexo que exige investimentos tanto do comprador (e.g, com ligação de gasodutos) como para o vendedor (e.g, poços de gás natural) (VILLENEUVE, 2004, p.76). Seu principal propósito é compensar o produtor por estar disponível permanentemente para fornecer as quantidades negociadas (MAGGI, 2017, p. 191)

A cláusula *take or pay* tem suas origens no direito anglo-saxão, e é utilizada como instrumento de alocação de riscos e como meio de reduzir os custos de transação em negociações privadas (LIRA; MACHADO; ORTIZ, 2013, p.36). Podemos resumir suas funções em (i) proteger os investimentos efetuados pelo produtor, (ii) garantir o suprimento de determinado produto ou serviço e (iii) alocar riscos, mitigando os riscos de maneira proporcional entre as partes (GONÇALVES; TRAVASSOS, 2008, p. 1)

No Brasil, a cláusula *take or pay* aparece no art. 1º, §4º da Lei 10.312/2001 (Lei das Contribuições para o PIS/PASEP), e é definida como “posição contratual segundo a qual a pessoa jurídica vendedora compromete-se a fornecer, e o comprador compromete-se a adquirir, uma quantidade determinada de gás natural canalizado, sendo este obrigado a pagar pela quantidade de gás que se compromete a adquirir, mesmo que não a utilize”. Em que pese o texto legal limitar o significado da cláusula ao fornecimento de gás e estar em um contexto de legislação tributária, é inegável que a cláusula é delineada pelo texto legal, adquirindo o mecanismo *take or pay* muito mais que uma mera tipicidade social (ideia aparentemente equivocada e inclusive reafirmada pelo STJ no RESP Nº 1.984.655 – SP).

No contexto brasileiro, se verifica o uso deste mecanismo para além dos contratos de fornecimento de gás (em que pese ser o mais comum), podendo ser encontrado também em fornecimento de energia elétrica e contratos portuários (transbordo de carga, e.g). Entretanto é a discussão de sua natureza jurídica que merece ser analisada, tendo em vista divergência doutrina e jurisprudencial se esta se constitui uma cláusula penal, uma obrigação de garantia, uma obrigação alternativa ou parte integrante da obrigação principal.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA TAKE OR PAY

2.1.1 CLÁUSULA PENAL E CLÁUSULA TAKE OR PAY

A cláusula penal é instituto destituído de conceitualização legal, devendo se buscar suas significações na doutrina civilista. Para Orlando Gomes é um pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa de obrigação (GOMES, 2019, p.149). Fernando Noronha define como a estipulação pela qual as partes num contrato estabelecem um valor a ser pago (ou coisa a ser entregue) a título de sanção, em caso de inadimplemento que seja imputável ao devedor (NORONHA, 2013, p.74). Já Paulo Lôbo define a cláusula penal como uma fixação prévia de uma prestação adicional, no negócio jurídico, quase sempre consistente em uma soma em dinheiro, como consequência pelo inadimplemento ou adimplemento insatisfatório a que se submete o devedor ou, eventualmente, terceiro (LOBO, 2024, p. 253). De forma muito semelhante define Carlos Roberto Gonçalves, adicionando que a cláusula penal é uma previsão, sempre adjeta a um contrato, de natureza acessória, estabelecida como *reforço ao pacto obrigacional* com a finalidade de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumpri-lo (GONÇALVES, 2023, p.174)

Essa característica de “reforço à obrigação principal” remete às funções da cláusula penal, que como leciona Maria Helena Diniz, tem função compulsória, por constituir um meio de forçar o cumprimento avençado, consistindo numa pena que visa punir uma conduta ilícita e assegurar o adimplemento da obrigação (DINIZ, 2024, p. 439). Além da dita função coercitiva, também devemos citar a função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação (TARTUCE, 2023, p.242)

Em resumo, a cláusula penal é uma figura do direito contratual que tem como principal objetivo garantir o cumprimento das obrigações, funcionando como um meio de coação e compensação em caso de descumprimento. Essa cláusula estabelece, previamente e de forma consensual entre as partes, uma sanção (pecuniária ou não) que será aplicada e exigível em caso de inadimplemento total, parcial ou em mora da obrigação. No direito brasileiro, essa cláusula encontra-se positivada no Código Civil, artigos 408 a 416, os quais regulam as regras de aplicação e os seus limites.

Quanto às suas características, podemos dizer que esta deve ser escrita, isto é, a cláusula penal deve ser criada em negócio jurídico escrito, haja vista que ela deve estar sempre expressa, demonstrando a real intenção das partes, o que veda a possibilidade de existência de cláusula penal tácita (CASSETARI, 2017, p. 157), além de ser escrita é acessória, mesmo quando estipulada em ato posterior ao contrato (LÔBO, 2024, p.253), é portanto um pacto secundário e acessório, pois a sua existência e eficácia dependem da obrigação principal (GONÇALVES, 2023, p. 174)

As semelhanças da cláusula *take or pay* com a cláusula penal são, portanto, evidentes. Principalmente quando verificamos que a função principal da cláusula *take or pay*, assim como da cláusula penal, é garantir a execução do contrato (garantindo, por consequência, a compra do quantitativo mínimo estipulado) e o “ressarcimento” ou pagamento pelo objeto do contrato não realizado.

Essa correspondência de funções, inclusive, gerou jurisprudência no sentido de compreender a natureza da cláusula *take or pay* como cláusula penal. Mesmo no Tribunal de Justiça do Paraná, que tem poucos julgados sobre o assunto, nos autos nº 0003927-43.2016.8.16.0017 se definiu a cláusula como nada mais que uma “cláusula penal compensatória”. A título de mais um exemplo, em um interessante julgado no juízo paulista (autos nº 1026902-67.2022.8.26.0562/SP), se afastou a incidência de ISS sobre valores cobrados a título de cláusula *take or pay*, entendendo o magistrado que é clara a natureza de cláusula penal, já que “pune o contratante que deixa de cumprir o entabulado no contrato”.

São estas as principais características da cláusula penal, suas limitações no consumidor e principalmente seus paralelos com a cláusula *take or pay*.

2.1.2 CLÁUSULA TAKE OR PAY COMO OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA.

Há também na doutrina minoritária o entendimento pela possibilidade da cláusula *take or pay* se constituir uma obrigação alternativa. A obrigação alternativa ou disjuntiva é a que contém duas ou mais prestações com objetos distintos, da qual o devedor se libera com o cumprimento de uma só delas (DINIZ, 2024, p.128). Ela é possível quando a prestação pode se constituir de mais de um objeto (VENOSA, 2024, p.75). Neste sentido, não seriam aplicáveis as regras da cláusula penal

(artigos 408 ao 416 do CC) e sim as regras positivadas nos artigos 252 ao 256 do CC.

Essa compreensão pressupõe que o comprador efetua uma escolha entre duas prestações possíveis, ambas igualmente admitidas pelo contrato, isto é, pagar pelo bem ou serviço e consumi-lo ou utilizá-lo ou pagar pela capacidade de disponibilização do bem ou serviço, sem consumi-lo ou utilizá-lo (NATIVIDADE e ALMEIDA, 2024, p. 466).

Entretanto, conforme ensina Venosa, uma das características da obrigação alternativa é que seu objeto é plural/composto e independentes entre si (VENOSA, 2024, p.76), características que não se encontram presentes na cláusula *take or pay*, isso porque as duas supostas alternativas (pagar e consumir ou pagar e não consumir) na verdade “ambas” as prestações tem igual objeto, a saber, realizar o pagamento. Não existe escolha ou vontade de determinada parte em optar por uma ou outra, ambas se traduzem no dever de pagar por um produto ou serviço, independentemente de consumo ou não.

2.1.3 CLÁUSULA TAKE OR PAY COMO CLÁUSULA DE GARANTIA.

É possível ainda verificar semelhanças da cláusula *take or pay* com as ditas obrigações de garantia. Tais obrigações tem por conteúdo eliminar riscos que pesam sobre o credor, reparando suas consequências. A eliminação do risco (que pertencia ao credor) representa bem suscetível de aferição econômica (GAGLIANO e FILHO, 2023, p. 54). Conforme ensina Maria Helena Diniz, em todas essas relações obrigacionais (obrigação de garantia), o devedor não se liberará da prestação, mesmo que haja força maior ou caso fortuito, uma vez que seu conteúdo é a eliminação de um risco, que, por sua vez, é um acontecimento casual ou fortuito, alheio à vontade do obrigado (2024, p. 210)

Nestas sendas, a cláusula *take or pay* seria uma forma de garantia, já que elimina os riscos do credor (curva de demanda, altos custos para fornecimento etc), assegurando o pagamento de um valor previamente acordado, independentemente do efetivo consumo ou uso do bem ou serviço. Nesta lógica, implica em riscos específicos pelo devedor, que como garantia, tem a certeza que receberá um valor mínimo.

2.1.4 O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A CLÁUSULA TAKE OR PAY: OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

Em 2019 e 2023, o STJ julgou dois recursos especiais que tinham como objeto a cláusula *take or pay*, principalmente no que se refere à definição de sua natureza como obrigação principal e não como uma cláusula penal, como era compreendimento pela jurisprudência que vinha sendo formada. Se passará à análise de ambos, para posteriormente analisar sua adequação.

2.1.4.1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.984.655 – SP

O Recurso Especial nº 1.984.655/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tem sua origem em uma ação declaratória de nulidade de título de crédito e inexistência de débito, proposto por uma indústria de bebidas de São Paulo em face da White Martins (empresa de fornecimento de gás industrial).

A autora alegou que foram emitidas duas duplicatas mercantis, mas que nenhum fornecimento efetivamente ocorreu, sendo completamente indevidos os valores. Entretanto, em sede de contestação, a requerida demonstrou que foi contratualmente estipulado um consumo mínimo mensal, e que este era calculado considerando o prazo firmado entre as partes, para fins de diluição dos custos do fornecimento. Em outras palavras, o contrato firmado entre a autora e a requerida continha cláusula *take or pay* expressa e as duplicatas mercantis se justificariam pelo valor de diferença entre o efetivamente consumido e o mínimo mensal que deveria ter sido fornecido.

A sentença do juízo *a quo* acatou os argumentos da requerida e julgou como improcedentes os pedidos da autora. Irresignada, a autora apresentou apelação com novos argumentos: reconhecia a exigência do valor mínimo, mas não reconhecia que sua cobrança poderia se dar por duplicata mercantil, já que este título de crédito só poderia ser emitido se de fato houvesse uma mercadoria entregue. Neste sentido, o objeto da ação passou das discussões acerca da exigibilidade do valor mínimo para o óbice da possibilidade ou não de se exigir o valor mínimo através de um título de crédito que exige uma transação concreta (duplicata mercantil).

No Tribunal de São Paulo, os argumentos da autora prevaleceram. Entenderam os desembargadores que a exigência do consumo mínimo não poderia

ocorrer através de duplicata mercantil, porque não prevista nos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.474/68 (Lei da Duplicata Mercantil). A requerida apresentou recurso especial, alegando que o §3º do Art. 20 da Lei 5.474/68 permite a emissão de duplicatas quando há lastro em contrato de compra e venda, que era o caso dos autos. É nesse contexto que surge, portanto o Resp 1.984.655 – SP, cujo acórdão se firmou neste sentido:

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.

Em voto no supracitado recurso, a Ministra Nancy Andrighi analisou que a possibilidade da emissão de duplicata fundada em contrato de compra e venda onde o título tenha sido calculado com base na cláusula *take or pay* encontra sua resposta na natureza deste tipo de cláusula. A Ministra notou que:

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. (BRASIL, 2021, p. 7)

No entendimento do STJ, portanto, a cláusula *take or pay* se relaciona com as normas gerais do direito das obrigações e não se confunde com cláusula penal, tendo em vista que sua exigência não pressupõe uma inexecução da obrigação principal, e sim compõe a própria obrigação principal (BRASIL, 2021, p. 8). Por isso, inclusive, que seria cabível a emissão de duplicata mercantil para a cobrança que originou a lide.

Entretanto, o próprio STJ faz uma ressalva. Para a Ministra Relatora, é preciso “avaliar-se, em cada hipótese, a finalidade dos contratantes na estipulação na estipulação da cláusula” (BRASIL, 2021, p. 9). Isso é dizer que existe um

entendimento de que a cláusula *take or pay* – em que pese ter natureza de obrigação principal – pode se tratar de uma cláusula penal a depender da manifestação de vontade das partes (art. 112 do CC/2002).

O que marca o *decisum*, portanto, é como a cláusula *take or pay* pode figurar-se às vezes como cláusula penal e às vezes como obrigação principal. O STJ entende que apenas a segunda figura é verdadeiramente uma cláusula *take or pay*, enquanto a primeira teria outro conteúdo (apesar de que nada impeça que as partes intitulem cláusula penal de “cláusula *take or pay*”).

É importante também salientar que o provimento dado no recurso especial depende diretamente da natureza da cláusula *take or pay*, isto é, se se entendesse que esta encontrava seus fundamentos na cláusula penal, seria impossível a emissão de duplicatas para sua cobrança. Apenas ao alocar a cláusula *take or pay* dentro da obrigação principal é que o STJ chegou na ilação de que o título de crédito discutido era maneira legal de cobrança.

2.1.4.2 RECURSO ESPECIAL Nº 2.048.957 – MG

A mesma White Martins, agora no polo ativo, propôs ação de cobrança em face de uma empresa que contratou fornecimento de gás natural comprimido. Em instrumento contratual, acordaram as partes um volume mínimo de compra. Entretanto, apenas dois meses após a contratação, a contratante deixou de consumir o volume mínimo, com expressiva diminuição comparado com os volumes negociados.

Em contestação, a ré alegou que a cláusula *take or pay* do contrato era nula, defendendo pela abusividade (Art. 489 do CC/2002), tendo em vista que a White Martins era a única fornecedora capaz de atendê-la naquele contexto (isto é, a existência de um monopólio local do produto). O contrato, para a ré, seria meramente de adesão, e que não teve ingerência sobre o quantitativo mínimo obrigatório.

Curiosamente, o juízo singular entendeu que, em que pese a cláusula *take or pay* ser válida no contrato, sentenciar à ré o pagamento dos valores referentes a produtos não efetivamente fornecidos seria consagrar o enriquecimento sem causa da autora. Neste sentido, condenou a requerida ao pagamento dos valores, mas também proporcionou o direito de esta receber o quantitativo de gás não consumido.

Ambas as partes recorreram, a ré, primeiramente, alegando novamente aplicabilidade do código de defesa do consumidor na relação jurídica e depois a autora, que questionou a possibilidade de se receber pelo quantitativo mínimo não consumido. Nenhuma das apelações obteve êxito.

É nesse contexto fático e de direito que surge o Recurso Especial Nº 2.048.957 – MG, o qual a ementa definiu que:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE GÁS NATURAL. CLÁUSULA DE TAKE OR PAY. CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR POR CONSUMO MÍNIMO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. DIREITO AO RECEBIMENTO, NO PERÍODO SUBSEQUENTE, DA DIFERENÇA ENTRE A QUANTIDADE EFETIVAMENTE CONSUMIDA E O VOLUME MÍNIMO DE GÁS CONVENCIONADO. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. 1. Ação de cobrança ajuizada em 01/10/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 14/09/2021 e concluso ao gabinete em 17/03/2021. 2. O propósito recursal consiste em dizer a) sobre a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional; b) se a condenação ao pagamento do consumo mínimo pactuado na cláusula de take or pay confere ao devedor o direito ao recebimento do produto correspondente e c) acerca dos honorários recursais. 3. Não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina, de forma fundamentada, as questões a ele devolvidas, aplicando o direito que entende cabível à espécie. 4. 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. Essa espécie de cláusula negocial é comumente inserida em contratos de prestação continuada, nos quais as obrigações renovam-se periodicamente. 5. Considerando que a obrigação de disponibilizar o volume mínimo de gás estipulado e a correspondente obrigação da parte adquirente de pagar por essa quantia, ainda que não consumida, se renovam periodicamente, o pagamento do consumo mínimo não confere à compradora o direito de, no período subsequente, obter o volume de gás correspondente à

diferença entre a demanda disponibilizada e aquela efetivamente consumida. 6. A majoração dos honorários recursais pressupõe o preenchimento dos seguintes pressupostos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18/03/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. Precedentes. Assim, se a parte não sucumbiu na sua pretensão e, por isso, não foi condenada ao pagamento de honorários de sucumbência, não há que se falar em honorários sucumbenciais. 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido

O propósito recursal era principalmente decidir se a condenação ao pagamento do consumo mínimo pactuado na cláusula *take or pay* confere ao devedor o direito ao recebimento do produto correspondente.

Para o STJ, reconhecer o direito de receber o produto não efetivamente fornecido acaba por esvaziar a cláusula *take or pay*. Para a ministra relatora (Nancy Andrighi):

Especificamente nos contratos de fornecimento de gás natural, espécie contratual debatida nos presentes autos, se a adquirente não consumir o volume mínimo de gás previsto no instrumento negocial, deverá pagar o valor definido na cláusula de *take or pay*. Por se tratar de um contrato de trato sucessivo, no período subsequente, ela não terá direito ao recebimento da diferença entre o volume mínimo, pela qual pagou, e a quantia efetivamente consumida. A desconsideração do risco assumido pela adquirente acarretaria a ineficácia da cláusula de *take or pay*. (BRASIL, 2023, p. 10)

Portanto, se o contrato é trato sucessivo, a cláusula *take or pay* surtirá seus efeitos sempre quando não cumprido o consumo mínimo, dentro do período estabelecido. Neste sentido, a cláusula *take or pay* presta para dirimir o risco da demanda, tendo como contrapartido o benefício de se possibilitar a oferta de preço menos oneroso.

Em outras palavras, o entendimento do STJ é que, sendo a cláusula *take or pay* um mecanismo para garantir a demanda, sua aplicação só se dá quando essa não é efetivada suficientemente (quando não corre o dito consumo mínimo), não sendo possível de se exigir em outro momento, já que eventual possibilidade de se exigir o fornecimento dos produtos pagos a título de *take or pay* descaracterizaria a

função principal deste tipo de cláusula (garantir a demanda de um produto em um determinado período). O adquirente assume o risco de não ser necessário consumir o total do volume estipulado na cláusula *take or pay*, sendo garantido ao fornecedor os valores que espera receber dentro daquele período negociado.

2.1.4.3 OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

A obrigação principal no direito contratual é aquela que constitui o núcleo do contrato, ou seja, o objeto central que uma das partes se compromete a entregar ou realizar em favor da outra. É o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação (GONÇALVES, 2023, p.17). O direito obrigacional ou de crédito contempla as relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão da parte vinculada (devedor) tendo em vista o interesse do credor, que por sua vez tem o direito de exigir aquela ação ou omissão (DINIZ, 2024, p. 3)

No sentido adotado pelo STJ, portanto, a cláusula *take or pay* nada mais é que um mecanismo que integra o próprio objeto principal do negócio jurídico. Não seria um pacto acessório ou cláusula penal porque não existe inadimplência, isto é, a não aquisição do mínimo contratual não seria uma infração contratual, já que a própria cláusula *take or pay* prevê essa possibilidade. Neste sentido, a negociação da cláusula seria uma alocação de riscos, nos termos do art. 421, II do CC, não uma garantia, cláusula penal e/ou uma prestação alternativa. É simplesmente uma forma de se estruturar a obrigação principal. Ou como comentam e resumem Natividade e Almeida (2024, p.467):

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 obrigação. 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.

Neste sentido, parece ter o STJ colocado um fim nas discussões acerca da natureza da cláusula *take or pay*, em que pese as linhas da conceitualização e da definição deste mecanismo se manterem extremamente tênues.

3 A CLÁUSULA TAKE OR PAY EM CONTRATOS DE CONSUMO

3.1.1 OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: FORNECEDOR, OBJETO E CONSUMIDOR

O CDC incide nas relações caracterizadas como de consumo, para tanto, se faz incompressível verificar no que se constitui. A relação de consumo, conforme ensina Paulo Khouri (2020, p.49):

Vai comportar dois elementos fundamentais: o subjetivo e o teleológico. O subjetivo manifesta-se na qualidade dos partícipes dessa relação. É que necessariamente deverão estar nela envolvidos um fornecedor e um consumidor. Já o elemento teleológico se manifesta no fim da aquisição do bem ou serviço, qual seja, a destinação final. A doutrina fala também na presença de um elemento objetivo, que seria o produto ou serviço. Quando se adquire um produto, em princípio, tem-se um contrato de compra e venda. Quando se adquire um serviço, em princípio, tem-se um contrato de prestação de serviços. Em linhas gerais, esses são os dois contratos com os quais o CDC mais se preocupa.

Portanto, essa definição é formada por alguns elementos básicos que prestam à verificação do enquadramento de determinado negócio jurídico com a relação de consumo.

O primeiro elemento, o subjetivo, é composto pela figura do consumidor e do fornecedor. O consumidor é pessoa natural ou jurídica que adquire (obtem) o produto ou o serviço e/ou aquele que o utiliza e o consome mesmo sem ter sido o adquirente (NUNES, 2024, p. 81), que se caracteriza, principalmente, por ser destinatário final do produto, isto é, sua não aplicabilidade em uma produção de bem e serviço posterior (característica teleológica), isto porque o Código Consumerista adotou uma teoria finalista na definição de consumidor, ou seja, é aquele que coloca um fim na cadeia produtiva, tornando-se destinatário fático e econômico do produto ou serviço (SANTANNA, 2018, p.33)

O fornecedor, por sua vez, são todas aquelas pessoas enumeradas no art. 3º do CDC e que exerçam atividades, seja típica ou eventual (NUNES. 2024, p.94) de montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou de serviços.

Por fim, produto ou objeto é conceito ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalista contemporâneas (NUNES, 2024, p.99), podendo ser móvel, imóvel, material ou imaterial. Serviço também tem sentido amplo no Código Consumerista, abarcando qualquer atividade, toda ação humana que se coloca no mercado para determinado fim, podendo ser durável ou não durável.

A partir da conjugação desses elementos – subjetivo, teleológico e objetivo – é possível delimitar as relações que se submetem ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor (CDC). É importante ressaltar que a interpretação dos conceitos de consumidor e fornecedor, bem como dos produtos e serviços, deve ser feita à luz dos princípios norteadores do CDC, que serão tratados a seguir.

3.1.2 OS PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO CONSUMERISTA E PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A relação jurídica entre fornecedor e consumidor, está permeada de princípios, vetores que guiam as relações consumeristas e, principalmente, dirigem as relações contratuais. Entre os principais princípios gerais, temos o princípio da vulnerabilidade, solidariedade, boa-fé, equilíbrio e da harmonia das relações de consumo. Estes princípios surgem, também, como princípios básicos contratuais, que devem ser analisados em conjunto.

O princípio da vulnerabilidade é o princípio que fundamenta a existência e a aplicação do direito do consumidor (MIRAGEM, 2024, p.95), isto é, a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento de que este é vulnerável (MIRAGEM, 2024, p.95). Significa que o consumidor é a parte fragilizada da relação jurídica consumerista, que, conforme ensina Rizatto Nunes (2024, p.95), tem dois aspectos, um de ordem técnica e outro de ordem econômica:

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido

(...)

O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral

Existe uma presunção absoluta desta vulnerabilidade, um reconhecimento anterior que a relação entre fornecedor e consumidor implica em um desequilíbrio. O reconhecimento dessa situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione persona* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo (MIRAGEM, p. 95)

O princípio da solidariedade estabelece uma orientação solidarista do direito, e impõe a necessidade de observar os reflexos da atuação individual perante a sociedade (MIRAGEM, 2024, p.114). É dizer que o direito do consumidor tem fronteiras mais brandas, não se limitando tão somente à proteção individual e sim de uma plena tutela coletiva, garantindo a plena expressão dos direitos metaindividuais (VERBICARO, 2018, p. 71). Conforme ensina Bruno Miragem (2024, p. 114), é este princípio que orienta a alocação de riscos:

Orienta-se pelo princípio da solidariedade a divisão de riscos estabelecidos pelo CDC. A regra da responsabilidade civil objetiva estendida a toda a cadeia de fornecimento (todos os fornecedores que participam do ciclo econômico do produto ou serviço no mercado) é resultado dos ditames de solidariedade social, uma vez que orienta a adoção de um critério sobre quem deve arcar com os riscos da atividade econômica no mercado de consumo, afastando a regra da culpa para imputação da responsabilidade

A solidariedade, portanto, é um dos princípios nucleares da relação de consumo, não só para garantir uma alocação de riscos adequada nos contratos consumeristas, mas também para garantir uma proteção branda, que ultrapasse as relações individuais com a dita superação da dicotomia entre as partes e o terceiro (MIRAGEM, 2024, p.116).

O princípio do equilíbrio parte do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor e a necessidade inerente de reequilíbrio da situação fática de desigualdade (MIRAGEM, 2024, p.121), que tem como objetivo proteger o consumidor considerando suas vulnerabilidades ao mesmo tempo que presta à proteção do equilíbrio econômico do contrato. Essa primeira proteção se traduz em uma limitação do campo de atuação do fornecedor (MIRAGEM, 2024, p.122), estabelecendo uma proibição ao abuso do direito. Quanto à segunda proteção, é a

vedação de cláusulas contratuais desproporcionais e a possibilidade de ampla revisão contratual quando o equilíbrio contratual estiver prejudicado (MIRAGEM, 2024, p. 123). Esse equilíbrio nas relações de consumo tem três sentidos fundamentais: o conteúdo econômico, o conteúdo informacional; e o poder de direção da relação entre os contratantes. (SILVEIRA; PARMEGGIANI, 2018, p.141)

O princípio da harmonia, positivado do Art. 4º, III do CDC, é a ideia que os interesses dos sujeitos que contratam não são contrapostos, mas complementares, com vista a sua satisfação, levando a relação obrigacional à extinção (MIRAGEM, 2024, p. 126). Conforme ensina Bruno Miragem (2024, p.126):

Os interesses de consumidores e fornecedores não devem ser necessariamente contrários. A defesa do consumidor, como princípio constitucional, informa a ordem econômica, que, por sua vez, é fundada nos valores do trabalho e da livre-iniciativa (artigo 170). Nesse sentido, a pretendida harmonia de interesses, ainda que se trate de norma-objetivo, deve ser considerada em conjunto com a boa-fé para efeito de obtenção de maior justiça no mercado de consumo.

A harmonia, portanto, se expressa no sentido de que a relação entre fornecedor e consumidor deve ter como vetor os interesses comuns e a justiça nas relações de mercado.

As relações consumeristas estão permeadas, também, de outros substanciais vetores, como o princípio da efetividade (efetividade da aplicação das normas consumeristas); o princípio da intervenção do Estado (a necessidade da atuação do estado na defesa do consumidor); princípio da prevenção e tratamento do superendividamento (medidas que impeçam o superendividamento dos consumidores); o princípio da proibição de práticas e cláusulas abusivas; o princípio da proteção contra publicidade enganosa etc, contemplando um amplo rol de garantias que estruturam a lei consumerista em prol de um maior equilíbrio nas relações contratuais e justiça nas trocas de mercado.

Além da análise geral dos princípios acima, é preciso apontar os princípios contratuais aplicáveis ao CDC.

Notavelmente, o paradigma da autonomia da vontade ilimitada nas contratações e na delimitação das cláusulas contratuais cedeu espaço, no Direito moderno, à regulamentação e limitação à liberdade de contratar (GOMES, 2022), esta transformação se deve, em primeiro lugar, ao incremento da vida contratual,

cada vez mais intensa e estandardizada (MARQUES, 2016, p. 269) e, em segundo lugar, se dede à intervenção dos poderes públicos, chamados a corrigir e a dirigir as forças econômicas e sociais (MARQUES, 2016, p.270). Estes dois fatores renovaram as relações contratuais, em direção a um dirigismo nos negócios jurídicos.

Dado isto, o Código de Defesa do Consumidor representa o mais importante e amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual (MARQUES, 2016, p.70). Esse diploma veio atender aos reclamos de proteção da contratação em massa e colocou o país no rol das mais modernas legislações protetivas dessa negociação (VENOSA, 2023, p.30). Suas normas impõem uma liberdade contratual limitada, que possibilita que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes (MARQUES, 2016, p. 273).

A proteção do consumidor, observada do ponto de vista contratual, pode ser analisada em dois momentos: quando da formação do contrato e quando da execução do contrato. Cada momento terá princípios protetivos específicos. No momento da formação contratual, os princípios de transparência e boa-fé são os principais vetores. Na execução e vigência contratual, o princípio do equilíbrio contratual e da confiança são incompressíveis. Portanto, além dos princípios gerais do direito consumeristas já tratados neste artigo, se faz necessário analisar a aplicação destes nos contratos.

O princípio da transparência, positivado no art. 4^a, caput do CDC, tem como objetivo possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor (MARQUES, 2016, p. 815). É o dever de prestar informações claras sobre o produto ou serviço a ser vendido, bem como também dever de prestar informações sobre o contrato e suas cláusulas, mesmo em fase pré-contratual. A transparência é mais que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (MARQUES, 2016, p. 819), de tal forma, inclusive, que o fornecedor pode responder pela falha da informação (Art. 20 do CDC) ou se encontrar obrigado a cumprir a oferta nos termos que ela foi feita (art. 35 do CDC).

Além da transparência, o Art. 4º, caput do CDC, também positiva a harmonia das relações de consumo, que é exercida principalmente através do princípio de boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor. No momento de formação do contrato, este princípio, já tratado anteriormente, tem como principal função evitar a publicidade e práticas comerciais abusivas (fase pré-contratual), e na fase estritamente contratual, é o princípio que, a título de exemplo, permite o direito de arrependimento (Art. 49 do CDC). Isso porque tal direito presta à proteção da declaração de vontade do consumidor, para que ele possa refletir e decidir com calma, protegido das técnicas agressivas de vendas em domicílio (MARQUES, 2016, p. 963).

Na execução do contrato e no cumprimento dos deveres e obrigações principais, inclusive em fase pós-contratual, o princípio básico da equidade é o principal norteador da ação das partes. Impõe-se, nas relações de consumo, equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, para se alcançar a justiça contratual. Assim o CDC institui normas imperativas, que proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definida como a que assegure vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços (MARQUES, 2016, p. 1004). Este princípio surge nas relações contratuais, a título de exemplo, na interpretação pró-consumidor, na proibição de cláusulas abusivas e no controle judicial dos contratos de consumo.

Por fim o princípio básico da confiança, significa dizer que quando da manifestação de vontade do consumidor, este almeja alcançar determinados fins, interesses legítimos. A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado criam no consumidor expectativas, também, legítimas de poder alcançar estes efeitos contratuais (MARQUES, 2016, p. 1344), é um paradigma de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos os contratantes. É o princípio que garante a adequação do produto e do serviço, mormente em um contexto de massificação contratual, para evitar riscos e prejuízos oriundos destes fornecimentos, garantindo o ressarcimento ao consumidor no caso de subversão das expectativas e da segurança construídas na relação de consumo.

Dados os princípios gerais da relação consumerista e os princípios contratuais que guiam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, se passará, a seguir, analisar a adequação da cláusula *take or pay* nas relação de consumo.

3.1.3 O ENQUADRAMENTO DA CLÁUSULA TAKE OR PAY NOS CONTRATOS DE CONSUMO: CLÁUSULA ABUSIVA?

A cláusula *take or pay* é mormente utilizada em contratos empresariais e de grande monta. Não só por questões históricas, mas por questões práticas, tendo em vista que normalmente é utilizada para dirimir os custos de ambas as partes. Como é mecanismo que parece estar ganhando visibilidade nos últimos anos (em parte devido aos acórdãos do STJ), as análises da *take or pay* se dão quase que inteiramente nestes cenários específicos, no qual a hipossuficiência do contratante normalmente não se coloca. Neste sentido e considerando o movimento de massificação de contratos, a cláusula *take or pay* passa a figurar em outra problemática, a da sua possibilidade de uso na relação consumerista. Seria possível, a título de exemplo, ser exigido de um condomínio, na contratação de gás, um consumo mínimo? Ou em outras situações parelhas, para consumidor final, seria possível a exigência desta cláusula?

Conforme anteriormente verificado, as cláusulas *take or pay* são inseridas em contratos empresariais de longa duração nos quais há pagamento contínuo e periódico caracterizando um sinalagma característico dos contratos comutativos (ANDRADE; GREGOL, 2023, p; 714). Ela vai ao encontro do que a doutrina considera como expressão da racionalidade do direito atual, em especial nas relações empresariais, que privilegiam o estabelecimento da previsibilidade e calculabilidade (ANDRADE; GREGOL, 2023, p; 714). Outra característica importante deste mecanismo, é que se realiza uma verdadeira alocação de riscos, isto é, parte-se do pressuposto que os agentes que contratam estão alocando os diversos riscos que envolvem a contratação, com ciência dos custos, vantagens e desvantagens de se contratar com a *take or pay* entabulada no instrumento contratual.

No anteriormente analisado RESP 2.048.957/MG, o argumento inicial da requerida (que era consumidora de gás) era de que a cláusula *take or pay* não era aplicável em relação de consumo. O que foi afastado, desde logo nos autos de origem, é que não existia tal relação, já que a empresa devedora fazia uso de gás em atividade industrial. Sobre a aplicabilidade ou não da *take or pay* em relações de consumo, nada se manifestaram os juízos, não se debatendo sobre sua legalidade.

Nestas sendas, se faz necessário verificar se, em uma típica relação de consumo, existe a possibilidade de exigir um consumo mínimo do consumidor, tendo em vista os princípios gerais do direito consumerista. Essa análise, entretanto, parece requerer perpassar pelo debate da natureza da cláusula *take or pay*, isto é, a depender da natureza jurídica deste mecanismo, haveria algum efeito no direito do consumidor? É o que se passa a analisar.

Se a cláusula *take or pay* fosse uma cláusula penal, tem-se que observar os limites específicos. No âmbito consumerista, a cláusula penal é limitada de duas formas. A primeira, é a dita cláusula de decaimento, onde se proíbe que o consumidor que assinou contrato de compra e venda de trato sucessivo, ou de alienação fiduciária em garantia, de bens móveis ou imóveis, perca, a título de cláusula penal, todas as parcelas pagas, podendo pleitear a restituição do valor pago, deduzidos, obviamente, os prejuízos causados pelo inadimplemento (CASSETTARI, 2017, p. 198). Existe um entendimento que dita cláusula é nula, tendo em vista o art. 53 do CDC, devendo ser apurado o valor das perdas e danos que o credor teve com o inadimplemento, ou se buscar uma forma equitativa de recompensá-lo pela participação no contrato, aplicando subsidiariamente o art. 413 do CC, para se estabelecer o valor da devolução (CASSETTARI, 2017, p. 199) .

A segunda limitação é quanto à cláusula penal moratória. Conforme ensina Cassetari (2017, p.202), há inicialmente um problema terminológico no CDC:

O Código de Defesa do Consumidor não utiliza a expressão cláusula penal, mas, sim multa moratória, como sinônima. Contudo, como a cláusula penal pode ser compensatória e moratória, entende-se que o legislador consumerista desejou referir-se somente à cláusula penal moratória, aquela estipulada em caso de simples mora.

Inicialmente, a cláusula penal moratória em relações de consumo era limitada a 10%, tendo sido posteriormente reduzida para 2% (Lei. 9.298/96), aplicável inclusive para contratos bancários (Súmula 285 do STJ). Isso significa, na prática, que as multas “decorrentes no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação” (Art. 52, §1º do CDC).

Conforme se verifica, a cláusula *take or pay* não estaria limitada expressamente pelo CDC, já que se fosse cláusula penal não seria “multa moratória” e tão pouco uma cláusula de decaimento. Entretanto, se a partir do pressuposto da natureza deste mecanismo como cláusula penal, teríamos que afirmar que se trata

de cláusula penal compensatória. A cláusula penal compensatória é estipulada para o caso de o devedor descumprir a obrigação, isto é, ligada à hipótese de inexecução completa da obrigação (CASSETARI, 2017), este tipo de multa funciona a um só tempo como punição pelo descumprimento e como compensação previamente fixada pelos próprios contratantes pelas perdas e danos decorrentes desse mesmo inadimplemento (GONÇALVES, 2023, p; 174). A cláusula penal compensatória, na jurisprudência majoritária, é limitada a 20% sobre o valor do contrato (mormente devido o art. 51, IV do CDC). O *take or pay* exige um consumo mínimo, isto é, exige tudo aquilo que não foi efetivamente consumido e deveria o ser. Em outras palavras, se o mecanismo da *take or pay* fosse uma cláusula penal, a única conclusão lógica possível é que seria nula de pleno direito, já que estabelece uma obrigação iníqua, abusiva e que coloca o consumidor em desvantagem (Art. 51, IV, do CDC). Se fosse limitada a 20%, conforme a jurisprudência permite no caso de cláusulas penais compensatórias, não seria mais uma cláusula *take or pay*, perderia sua característica determinante.

A cláusula *take or pay*, se tiver natureza de obrigação alternativa, de obrigação de garantia ou de obrigação principal também coloca dificuldades de adequação ao direito consumerista.

Em primeiro lugar, a ideia de comprar um mínimo, presente nestes três tipos de obrigação, esbarra na vedação comum positivada no Art. 39, I do CDC, que proíbe “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. Em outras palavras, o CDC proíbe condicionar determinada venda de bem ou serviço à compra de outro bem e serviço ou pela imposição de quantidade mínima do produto a ser comprado. Em outras palavras, o CDC veda que o fornecedor se prevaleça de sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições negociais desfavoráveis ao consumidor (MARQUES, 2016, p. 919). A cláusula *take or pay*, indubitavelmente caracterizaria a dita “venda casada”. Conforme Bruno Miragem (2024, p.310):

A proibição da venda casada é uma das hipóteses mais claras de abuso nas práticas comerciais do fornecedor, uma vez que este pretende obter, mediante condicionamento da vontade do consumidor que busca adquirir produto ou serviço efetivamente desejado, uma declaração de vontade irreal, de aquisição de um segundo produto ou serviço absolutamente

dispensável. Há, portanto, necessariamente, ofensa à liberdade de escolha do consumidor.

A cláusula *take or pay*, nada mais é que a exigência de se consumir um mínimo, característica também da “venda casada” e, se nenhum problema apresenta nas relações entre comerciante B2B (business to business) ou entre particulares, nas relações de consumo, se mostra patológica exatamente por conta da vulnerabilidade do consumidor, motivo pelo qual se efetiva a proteção referida (vedação da venda casada) (KHOURI, 2020, P; 107).

É principalmente no princípio da vulnerabilidade que se conclui pela completa impossibilidade de uso da cláusula *take or pay* nas relações de consumo. Como já visto, o princípio da vulnerabilidade é a base do Direito do Consumidor, eis que é justamente essa vulnerabilidade, essa fragilidade do consumidor nas relações de consumo que fez com que o Direito se preocupasse em tutelar a defesa do consumidor (SANTANNA, 2018, p.24), a vulnerabilidade é qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissolúvel de todos que se colocam na posição de consumidor, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica. É incindível no contexto das relações de consumo, não admitindo prova em contrário por não se tratar de mera presunção legal (GIANCOLI, 2024, p. 41). Ao se incluir o mecanismo de consumo mínimo em relações consumeristas, extraí-se que o consumidor acaba por se colocar em posição desvantajosa, mormente por vulnerabilidade técnica e fática, assumindo riscos do negócio do fornecedor.

Dado isso, parece evidente que a *take or pay*, quando considerada obrigação alternativa, de garantia ou principal, fere o equilíbrio contratual. O CDC institui normas imperativas que proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definida como a que assegura vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços. Dita cláusula, portanto, contraria o Art. 51, I e IV, do CDC. Isto porque causa um desequilíbrio entre as partes, o princípio da equivalência contratual, núcleo dos contratos de consumo, que tem por fundamento a equidade. O desequilíbrio do contrato, a desproporção das prestações das partes, ofendem o princípio da equidade (GIANCOLI. 2024, p. 51).

A defesa e proteção do consumidor é direito fundamental por definição constitucional, corolário dos direitos de igualdade e da dignidade humana, tendo em vista a necessidade de proteger especificamente os consumidores (MELO;

NAMORATO, p. 218). Portanto, a realização de seus princípios é um dever constitucional, que merece um desenvolvimento progressivo em busca de um maior equilíbrio nas relações econômicas na sociedade capitalista contemporânea.

Em suma, a cláusula *take or pay*, enquanto mecanismo contratual, apresenta características intrinsecamente ligadas às relações empresariais, nas quais a autonomia da vontade e o equilíbrio negocial entre as partes permitem sua utilização de forma legítima. Contudo, quando transposta para as relações de consumo, sua compatibilidade é seriamente questionada em razão dos princípios fundamentais do direito consumerista e destes aplicados ao contrato. Dessa forma, conclui-se que a aplicação desta cláusula nas relações de consumo não encontra amparo jurídico, se fazendo necessário uma análise em cada caso concreto, se atentando às especificidades de sua natureza jurídica.

3.1.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A CLÁUSULA TAKE OR PAY

Além de ir à contramão do princípio básico do equilíbrio contratual, a cláusula *take or pay* também precisa ser analisada através da boa-fé, o princípio máximo orientador do CDC (MARQUES, 2016, p. 904). Eis que o exercício da liberdade de contratar ou dos direitos subjetivos de que se é titular por força de lei ou do contrato, não pode se dar em vista, exclusivamente, dos interesses egoísticos de uma das partes (MIRAGEM, 2024, p. 118).

A boa-fé (objetiva), é uma regra de conduta, podendo se traduzir em um dever de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade para se estabelecer um equilíbrio nas relações de consumo (NUNES, 2024, p. 132). Entabulada no art. 4º, a boa-fé no CDC traz uma nova concepção, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional (TEPEDINO e SCHREIBER, 2003, p.141), impõe-se, portanto, um dever de correção e fidelidade, bem como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro (MIRAGEM, 2024, p.118). A boa-fé se traduz, mormente, em três funções, conforme ensinam Tepedino e Schreiber (2003, p. 144):

A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribuí à boa-fé um tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informações e o dever de lealdade.

A primeira função é o vetor hermenêutico, que exige uma interpretação que se conforme aos deveres de lealdade e honestidade das partes. A segunda função, complementam os autores, serve para limitar o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003, p.145). Por fim, a boa-fé ainda tem papel de fonte criadora de deveres ligados à prestação principal, devendo a transparência e a lealdade guiar a criação de deveres acessórios. Dado isso, é preciso analisar se o mecanismo de se exigir a compra de um quantitativo mínimo não contraria a boa-fé.

Não obstante a cláusula *take or pay* partir do pressuposto de que ambos estão assumindo riscos, é preciso analisar cada caso, para verificar se de fato não se está prevalecendo apenas o interesse do fornecedor. A título de exemplo, o mercado de gás, é extremamente concentrado, no qual apenas dez empresas respondem por 95% da produção de gás natural, conforme estudo do TCU¹. Isso é dizer que é um mercado com pouca concorrência, obrigando os contratantes aceitarem os termos do fornecimento sob pena de não terem acesso ao produto. Inclusive, cabe lembrar, este foi o principal argumento utilizado nos autos que originou o Resp Nº 2.048.957/MG, pois alegava a parte requerida que a empresa fornecedora de gás na região era somente aquela (monopólio na região) e que os termos da contratação foram de adesão.

Na jurisprudência, a cláusula *take or pay* é bastante discutida, seja por suposta abusividade ou em ações revisionais por situações de força maior. Entretanto, o que parece bastante evidente, é que as discussões giram em torno de equiparação a consumidor, já que mormente são contratos realizados entre empresas. Isto é, busca-se a aplicação do art. 29 do CDC, que em relações empresariais dá causa à equiparação a consumidor e, conseqüentemente, aplicação das normas de proteção do consumidor em favor do empresário. Trata-se de equiparação a consumidor autorizada, segundo o critério atualmente utilizado pela

¹ Processo TC 030.375/2020-7, acessado em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/A4/84/8B/E5/2D15C710C74E7EB7E18818A8/030.375-2020-7-WAR%20-%20ACOM_Novo_Mercado_de_Gas.pdf

jurisprudência, pela presença de desigualdade de posição jurídica e, por consequência, de poder entre as partes (vulnerabilidade). (MIRAGEM, 2024, p. 50).

Como exemplo, no Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos de um litígio entre um condomínio edilício e uma empresa de fornecimento de gás², com base na teoria finalista mitigada, se aplicou o código de defesa do consumidor em favor do condomínio. O acórdão se firmou com a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. FORNECIMENTO DE GÁS LÍQUIDO DE PETRÓLEO (GLP) A CONDOMÍNIO EDILÍCIO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA MITIGADA. VULNERABILIDADE OBSERVADA. PRECEDENTES. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA TAKE OR PAY (CONSUMO MÍNIMO) QUE DEVE SER INTERPRETADA DA MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ARTIGO 47 DO CDC. CLÁUSULA DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA QUE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO, GERA BENEFÍCIO EXCLUSIVO AO FORNECEDOR, EM DETRIMENTO DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO ABUSIVA. NULIDADE (ART. 51, INCISO IV, CDC). CONSIDERAÇÃO COMO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO APÓS O PRIMEIRO PERÍODO CONTRATUAL. NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR PELO NÃO PAGAMENTO DE CLÁUSULA PENAL. NÃO CONFIGURADO O INADIMPLEMENTO CORRESPONDENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. CONDENAÇÃO DA APELANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Busca a Apelante a reforma da sentença a quo, que declarou a inexigibilidade dos débitos que ensejaram a inscrição do nome do Apelado no rol dos inadimplentes, decorrentes de multa por inadimplemento contratual. 2. Com base na Teoria Finalista Mitigada, mostra-se aplicável o Código de Defesa do Consumidor em favor de condomínio edilício, frente a empresa fornecedora de gás liquefeito de petróleo, considerando a vulnerabilidade técnica e econômica do Apelado em face da Apelante no caso concreto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. As cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais favorável ao

² Apelação Cível nº 0005026-91.2019.8.16.0001/PR

consumidor, nos moldes do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.⁴ Em que pese sejam consideradas válidas as cláusulas da espécie *take or pay* (consumo mínimo), não é razoável a cobrança de multa por não utilização do valor mínimo no último mês da avença, uma vez que a média de consumo do Apelado durante a vigência do contrato ultrapassou o montante firmado para evitar a imposição da penalidade contratual. 5. Deve ser reputada nula a cláusula que determina a renovação automática do contrato pelo mesmo período do pacto inicial (48 meses), de forma que a relação comercial mantida após o prazo estipulado inicialmente deve ser considerada como contrato de prazo indeterminado, permitindo às partes a denúncia mediante notificação da contraparte, observado o prazo anterioridade avençado – procedimento adotado pelo Apelado.⁶ Tendo em vista que a cláusula penal fixada no contrato punia exclusivamente o inadimplemento das partes, e que não se demonstrou qualquer descumprimento contratual que justificasse a sua cobrança, mostra-se indevida a inscrição do nome do Apelado em cadastros restritivos de crédito, como bem decidido pelo Juízo de origem.⁷ Recurso conhecido e não provido.

Conforme se verifica, com base no art. 47 do CDC (interpretação contratual favorável ao consumidor), o Tribunal entendeu que a cláusula *take or pay* era válida, entretanto afastou sua aplicação no caso concreto, pois se entendeu que o consumidor já tinha consumido quantidade muito superior ao contratado, e que não era possível cobrar um mínimo considerando apenas um determinado período, mas sim considerando todo o contrato. O caso é emblemático porque é o primeiro, dentre a escassa jurisprudência sobre o assunto no Tribunal do Paraná, que foi proposta por condomínio edilício e se aplicou a equiparação para fins de afastar a cláusula. Entretanto, a abusividade da cláusula não foi discutida, deixando ainda em aberto a possibilidade ou não de seu uso em contratos consumeristas.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o assunto se encontra mais debatido, em um litígio envolvendo também uma fornecedora de gás³, o Tribunal entendeu que a cláusula *take or pay* (em que pese não utilizarem o termo) é evidentemente abusiva, uma vez que a autora estaria exigindo contraprestação por produtos sequer fornecidos. Ainda, mitigou o princípio do *pacta sunt servanda* tendo

³ Apelação nº 1019520-45.2018.8.26.0309/SP

em vista o princípio da boa-fé objetiva, que pressupõe o dever de lealdade e colaboração entre os contratantes. O acórdão apresentou a seguinte ementa:

APELAÇÃO. COBRANÇA. FORNECIMENTO DE GÁS. CLÁUSULA PENAL. CONSUMO MÍNIMO. 1- Sentença recorrida que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e afastou aquele pertinente à cobrança de valores relativos à diferença entre o consumo mínimo contratado e o efetivamente consumido pela empresa ré. 2- O verdadeiro consumo pela empresa ré gerou o débito no valor de R\$ 4.035,60 ao passo que a diferença que pretende a autora apelante cobrar perfaz o montante de R\$ 115.923,28, nitidamente abusivo na hipótese dos autos. 3- Caso concreto que, diante de suas peculiaridades, comporta sensível mitigação do princípio *pacta sunt servanda* por afronta à da boa-fé objetiva, que pressupõem o dever de lealdade e colaboração entre os contratantes. 4- Sentença mantida per relationem, nos termos do artigo 252 do RITJSP. Recurso de apelação não provido.

Outro exemplo paradigmático, é o acórdão que originou o Resp 2.048.957/MG. Isso porque o juízo *a quo* afastou a equiparação a consumidor, deixando clara que a cláusula não era abusiva ou ilegal “principalmente considerando que o contrato foi livremente celebrado, respeitando a vontade das partes, devendo prevalecer o princípio da *pacta sunt servanda*” (BRASIL, 2023, p. 4). Vejamos a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - INEXISTÊNCIA - PREVISÃO CONTRATUAL DE AQUISIÇÃO MÍNIMA DE GÁS NATURAL - LEGALIDADE - DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DA DIFERENÇA APURADA - SENTENÇA MANTIDA. Conforme disposto no art. 20 do CDC (Lei nº 8.078/190), "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final". Inexiste abusividade ou ilegalidade na cláusula constante de contrato de fornecimento de gás natural que prevê uma quantidade mínima desse gás a ser adquirida pelo contratante durante a relação contratual, principalmente considerando que o contrato foi livremente celebrado, respeitando a vontade das partes, devendo prevalecer o princípio da *pacta sunt servanda*

É possível se interpretar, então, assim como o Tribunal de São Paulo o fez nos autos supracitados, que a legalidade e a não abusividade só pode ser verificada em um contexto de autonomia da vontade plena, não em um contexto de defesa do consumidor, no qual a máxima da *pacta sunt servanda* sofreu inovação, considerando que a lei reduz o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas (MARQUES, 2016, p. 1037).

Tendo em vista que o novo direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé (MARQUES, 2016, p. 811), não se exagera ao afirmar que a cláusula *take or pay* também contraria a boa-fé objetiva em eventual relação de consumo. O exercício de direitos contratuais, segundo a boa-fé objetiva, deve ser pautado pela observância de deveres anexos, como os de informação, lealdade, cooperação e mitigação de danos. A exigência de cumprimento da cláusula *take or pay* em cenários em que o consumidor ou contratante equiparado não teve alternativas reais para negociar, ou em que a imposição de tais condições resulta em benefício desproporcional para o fornecedor, configura um comportamento incompatível com o princípio da boa-fé. Neste sentido, se entende pela incompatibilidade do mecanismo de se exigir consumo mínimo em relação de consumo.

4 CONCLUSÃO

A análise da cláusula *take or pay* no Direito brasileiro, especialmente a partir dos Recursos Especiais n.º 1.984.655/SP e 2.048.957/MG, trouxe contribuições significativas para o entendimento deste instituto contratual e sua aplicação prática. Este estudo destacou como a cláusula se consolidou como um mecanismo de alocação de riscos, comumente utilizado em contratos empresariais de longa duração, notadamente nos setores de gás e energia, mas com impactos que podem transcender para outras áreas. Os julgados analisados também mostraram que, embora o STJ tenha se posicionado quanto à natureza da cláusula e sua legitimidade em contratos empresariais, ainda há espaço para evolução no que tange à sua regulamentação específica. As decisões enfatizaram a necessidade de considerar as peculiaridades de cada contrato e as intenções das partes, em

conformidade com o art. 112 do Código Civil, o que reforça a importância da análise contextual.

Ao longo do trabalho, foi possível identificar que a principal controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da cláusula *take or pay* reside em sua natureza jurídica. As discussões oscilam entre sua classificação como cláusula penal, obrigação alternativa, obrigação de garantia ou como parte integrante da obrigação principal. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os casos estudados, contribuiu para pacificar o entendimento de que a cláusula deve ser vista como parte da obrigação principal, integrada ao núcleo do contrato. Esse posicionamento reforça que a cláusula não pressupõe inadimplemento, mas sim a alocação de riscos entre as partes de forma previamente ajustada.

A pesquisa também demonstrou que a cláusula *take or pay*, embora seja amplamente aceita e vantajosa em contratos empresariais, encontra resistência quando analisada sob a ótica do Direito do Consumidor. A aplicação dessa cláusula em relações consumeristas levanta questionamentos importantes, especialmente quanto à sua compatibilidade com os princípios da boa-fé, da vulnerabilidade do consumidor e do equilíbrio contratual, consagrados no Código de Defesa do Consumidor (CDC). O condicionamento do consumidor a uma obrigação de consumo mínimo, característica da *take or pay*, pode acarretar situações de desvantagem excessiva e desequilíbrio, violando disposições legais como o art. 51, IV, do CDC, que proíbe cláusulas abusivas.

Outro ponto relevante identificado neste trabalho é o impacto da cláusula *take or pay* na dinâmica de mercado. Enquanto em contratos empresariais ela assegura previsibilidade e viabiliza investimentos robustos, em relações de consumo, o cenário é diferente. A assimetria de poder entre fornecedor e consumidor pode resultar em abusos que comprometem a função social do contrato e a proteção da parte mais vulnerável, infringindo, portanto, o princípio da boa-fé. Assim, há necessidade de cautela na sua aplicação, seja através de um maior controle judicial ou de adaptações contratuais que considerem os princípios norteadores do Direito do Consumidor.

Por fim, este trabalho conclui que a cláusula *take or pay* é um mecanismo eficiente e estratégico em contratos empresariais, mas sua incorporação em relações consumeristas requer atenção redobrada. Para garantir um equilíbrio

adequado entre a segurança jurídica e a proteção do consumidor, é essencial que tanto os operadores do Direito quanto o legislador adotem uma postura criteriosa, tendo em vista os vetores constitucionais e legais que objetivam a proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

ARAYA MAGGI, Cristián. **Take or pay Clauses, Us Origin and Effects On The Chilean Market Of Energy**. RChDP, Santiago , n. 28, p. 183-220, 2017 . Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722017000100183&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 01 nov. 2024. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722017000100183>

CASTILLO, Mario Nicolini del. **Industriales Consumidores Iniciales del Gas de Camisea y el Contrato de Suministro “Take or pay” en el Perú**. Derecho & Sociedad, (16), 161-167. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17062>

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual : teoria e prática da cláusula penal**. 5th ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547217778. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547217778/>. Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do Recurso Especial nº 1.984.655 – SP** (2021/0331872-0), 2021. Acessado em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103318720&dt_publicacao=01/12/2022

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do Recurso Especial nº 2.048.957 - MG** (2023/0020122-5), 2023. Acessado em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300201225&dt_publicacao=20/04/2023

DA SILVEIRA, Priscila Borges; PARMEGGIANI, Tatiana Bruhn. **O Equilíbrio Contratual No Direito Privado Pós-Moderno: A (Re) Significação Da Justiça Do Contrato No Microsistema De Defesa Do Consumidor**. Revista de Direito,

Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, v. 4, n. 1, p. 127-147, 2018.

DE ANDRADE, Fábio Siebeneichler; GREGOL, Sofia. **Reflexões Sobre O Enquadramento Da Cláusula *Take or pay* No Direito Privado Brasileiro**. Revista Jurídica Luso-Brasilei, ano 9, 2023, nº2, p.709-739. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/2/2023_02_0709_0739.pdf

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. v.2**. 39th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. ISBN 9788553622580. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622580/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: obrigações. v.2**. 24th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626669. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626669/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

GIANCOLI, Brunno. **Curso de Direito do Consumidor - 6ª Edição 2024**. 6th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. ISBN 9788553623303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623303/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

GOMES, Orlando. **Contratos - 28ª Edição 2022**. 28th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645640/>. Acesso em: 02 dez. 2024.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. ISBN 9788530986025. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530986025/>. Acesso em: 29 out. 2024.

GONCALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. v.2.** 20th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786553628458. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553628458/>. Acesso em: 29 out. 2024.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor.** 7th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. E-book. ISBN 9788597026443. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026443/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações. v.2.** 12th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553623143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623143/>. Acesso em: 29 out. 2024

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 8ª Edição 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 9788520366400.

MELO, Tasso Duarte de Melo; NAMORATO, André Fernando Reusing. **A defesa e proteção do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica.** Em: A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal / coordenação: Francisco Eduardo Loureiro, Renato Siqueira De Pretto, Richard Pae Kim. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. Pg. 213-236

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor - 9ª Edição 2024.** 9th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559648856. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648856/>. Acesso em: 12 nov. 2024

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe De; ALMEIDA, Luis Felipe Rasmuss De Almeida. **REsp 1.984.655/SP: a natureza jurídica da cláusula *take or pay***. Revista de Direito Civil Contemporâneo, [S. l.], v. 37, n. 10, p. 459–469, 2024. Disponível em: <https://www.ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1377>.

Acesso em: 4 nov. 2024

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Uni, 2013. E-book. ISBN 9788502203204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502203204/>. Acesso em: 29 out. 2024

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 15th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553623372. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623372/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

SANTANNA, Gustavo. **Direito do consumidor**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. E-book. ISBN 9788595022874. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595022874/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003.

VENOSA, Sílvio de S. Direito Civil: **Contratos**. v.3. 23rd ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. p.30. ISBN 9786559775064. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775064/>. Acesso em: 02 dez. 2024.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil. v.2**. 24th ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. ISBN 9786559775736. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775736/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

VERBICARO, D. **A defesa processual coletiva do consumidor como expressão dos direitos da solidariedade**. DOI 10.5935/2448-0517.20180004. *Juris Poiesis - Qualis B1, [S. l.]*, v. 21, n. 25, p. 68–90, 2018. Disponível em: <https://mestradoedoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/5034>. Acesso em: 10 nov. 2024.