



Guilherme Gomes de Carvalho Macedo

**A Cláusula *take or pay* e a aplicação
da teoria da onerosidade excessiva
nos contratos de energia**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada à banca examinadora
como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional
em Direito Civil Contemporâneo e Prática
Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Orientador: Prof. Aline de Miranda Valverde Terra

Coorientadora: Prof. Caitlin Sampaio Mulholland

Rio de Janeiro
Setembro de 2022



Guilherme Gomes de Carvalho Macedo

**A Cláusula *take or pay* e a aplicação da
teoria da onerosidade excessiva nos
contratos de energia**

Dissertação apresentada à banca examinadora
como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional
em Direito Civil Contemporâneo e Prática
Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Prof. Aline de Miranda Valverde Terra

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Caitlin Sampaio Mulholland

Coorientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Carlos Nelson Konder

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Gisela Sampaio da Cruz Guedes

UERJ

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador

Guilherme Gomes de Carvalho Macedo

Graduado em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio) em 2016.

Ficha Catalográfica

Macedo, Guilherme Gomes de Carvalho

A Cláusula take or pay e a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos de energia / Guilherme Gomes de Carvalho Macedo ; orientadora: Aline de Miranda Valverde Terra ; coorientadora: Caitlin Sampaio Mulholland. – 2022.

95 f. : il. color. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Cláusula. 3. Take or pay. 4. Onerosidade excessiva. 5. Energia. 6. Gestão. I. Terra, Aline de Miranda Valverde. II. Mulholland, Caitlin. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

À minha mãe, Heloisa, pela dedicação de uma vida e pelo apoio incessante aos estudos em todas as etapas já percorridas;

Ao meu pai, Carlos, pelo apoio e pela torcida de sempre;

Aos meus avós, Carlos e José Joaquim (*in memoriam*), por serem fruto de grande inspiração e de exemplo a ser seguido; e

À minha noiva, Mariana, por todo amor e incentivo ao longo desta, que, certamente, é apenas mais uma de nossas primeiras conquistas.

Agradecimentos

À Professora Aline de Miranda Valverde Terra, minha orientadora, por todos os ensinamentos e questionamentos, que contribuíram bastante para escolha do tema e enriqueceram a pesquisa e o trabalho final.

À Professora Caitlin Sampaio Mulholland, pela coorientação e por todas as lições, sempre concedidas com enorme entusiasmo e amor ao Direito.

A todos os demais professores do mestrado e da graduação, o que o faço na pessoa da Professora Maria Celina Bodin de Moraes e da Professora Thamís Dalsenter Viveiro de Castro, não apenas pela honra de ter sido aluno no primeiro período da graduação e novamente no mestrado, mas também pela enorme contribuição já concedida ao Direito Civil, sobretudo com a participação ativa na criação do Programa de Mestrado Profissional de Direito da PUC-Rio, do qual sempre me orgulharei de ter sido parte da primeira turma.

Aos “Feras do Foro”, pelas trocas diárias e opiniões formadas sobre todos os temas do Direito, que contribuem diariamente para o meu desenvolvimento pessoal e profissional, o que o faço na pessoa do Thiago Cabral, a quem também agradeço pelo olhar atento e pela disponibilidade na revisão deste trabalho.

A todos da Acrux Capital, na pessoa do Victor Taveira, meu sócio, por acreditar no meu trabalho e me apoiar em todas as decisões, e na pessoa do Rodrigo Acciarito e do Rennan Mattos, por acreditarem no projeto que, em conjunto, desenvolvemos.

À minha família, por contribuir, cada um a sua maneira, a me tornar quem sou, o que o faço na pessoa de meus pais, Carlos e Heloisa, meus avós, Carlos, Rosalee, José Joaquim e Ana, e meus irmãos, Carlos, Maria Antônia, Alinne e Maria Costanza, pilares da minha vida.

E, finalmente, à minha noiva Mariana (estendendo a toda sua família, Mia e Escobar), com quem aprendi os mais importantes ensinamentos da vida e com quem pretendo compartilhar todas as minhas (nossas) conquistas, pelo amor, pela dedicação e pela parceria ao longo de todas as etapas do mestrado, inclusive com a última (e detalhada) revisão deste trabalho.

Resumo

MACEDO, Guilherme Gomes de Carvalho. **A Cláusula *take or pay* e a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos de energia.**

Orientador: Terra, Aline de Miranda Valverde. Rio de Janeiro, 2022. 95p.
Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

A aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula *take or pay* no mercado de energia é, ainda, muito pouco explorada. O mercado de energia, sobretudo o de contratação de livre, é bastante peculiar. A alta volatilidade do preço da energia e a possibilidade de sua renegociação no mercado de curto prazo justificam muitas controvérsias sobre o tema. Ao refutar diversas teorias acerca da natureza jurídica da cláusula *take or pay*, demonstrou-se que, tratando-se de cláusula de preço pura e simples, a cláusula *take or pay* funciona como mecanismo de gestão de risco contratual, mas não representa uma assunção de risco em abstrato, apenas daqueles que poderiam ser previstos pelas partes e dentro de uma variação razoavelmente considerada se analisada a mercado. Com base nessa premissa, é possível reconhecer que a teoria da onerosidade excessiva pode ser aplicada aos contratos com cláusula *take or pay*, sobretudo nas hipóteses em que a variação excessiva decorrente de um evento previsível e alocado entre as partes é apta a ensejar um efeito extraordinário causador de desequilíbrio contratual e quando a variação não excessiva se comparada a mercado, mas suficiente para desequilibrar a relação contratual, decorre de evento extraordinário. A análise deve ser casuística e considerar a variação positiva e negativa do preço da energia, de parte a parte, ao longo de toda relação contratual, não apenas sob a ótica do equilíbrio contratual, mas também para manter hígido o sistema único interligado do país.

Palavras-chave

Cláusula; Take or Pay; Onerosidade Excessiva; Energia; Gestão; Risco; Contratos de longo prazo; imprevisível; extraordinário.

Abstract

MACEDO, Guilherme Gomes de Carvalho. **Take or pay clause and the application of the theory of excessive onerosity in energy contracts.**

Orientador: Terra, Aline de Miranda Valverde. Rio de Janeiro, 2022. 95p.

Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

The application of the theory of excessive onerosity in contracts with a take or pay clause inserted in the energy market is still very little explored. The energy market, especially that of free contracting, is quite peculiar. The high volatility of the energy price and the possibility of its renegotiation in the short-term market justify many of the controversies on the subject. By refuting several theories about the legal nature of the take or pay clause, it was shown that, in the case of a pure and simple price clause, the take or pay clause works as a contractual risk management mechanism, but does not represent an assumption of risk in the abstract, only those that could be foreseen by the parties and within a variation reasonably considered if analyzed in the market. Therefore, it is possible to recognize that the theory of excessive onerosity can be applied to contracts with a take or pay clause, especially when the excessive variation resulting from a predictable event allocated between the parties can lead to an extraordinary effect enabler of contractual imbalance and when the variation, not excessive if compared to the market, but sufficient to unbalance the contractual relationship, results from an extraordinary event. The analysis must be made on a case-by-case basis and consider the positive and negative variations in the energy price, from both sides, throughout the entire contractual relationship, not only from the point of view of contractual balance, but also to keep sound the country's interconnected system.

Keywords

Take or Pay Clause; excessive onerosity; energy; risk; management; Long-term contracts; unpredictable; extraordinary.

Sumário

Introdução	9
1. A cláusula take or pay e o setor de energia.....	12
1.1. A definição da cláusula take or pay.....	12
1.2. As funções da cláusula <i>take or pay</i>	16
1.3. A flexibilização da cláusula <i>take or pay</i>	20
2. Colocação do problema: a natureza jurídica da cláusula <i>take or pay</i> no mercado de energia	38
2.1. Contextualização do problema e dos riscos decorrentes da cláusula <i>take or pay</i>	38
2.2. Teorias acerca da natureza jurídica da cláusula <i>take or pay</i>	40
3. Alocação de risco nos contratos de compra e venda de energia elétrica com cláusula <i>take or pay</i> e a aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva.....	60
3.1. A liberdade contratual e a alocação de riscos no contrato	60
3.2. A cláusula <i>take or pay</i> como gestão de risco empresarial	67
3.3. Aplicação da teoria da onerosidade excessiva na hipótese de efeito extraordinário decorrente de evento previsível e ordinário.....	69
3.4. Aplicação da teoria da onerosidade excessiva na hipótese de variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorrente de evento extraordinário	74
Considerações Finais	84
Referências	87

Introdução

Este trabalho é fruto de pesquisa no âmbito do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e, como tal, pretende abordar problema prático e contemporâneo no dia a dia do operador do Direito.

Nos últimos anos, enorme controvérsia surgiu envolvendo a *cláusula take or pay*. Se, no passado, a cláusula *take or pay* fazia-se presente apenas a um seleto grupo de advogados, especializados no mercado de energia e de óleo e gás, hoje, sobretudo após a pandemia da Covid-19, a cláusula *take or pay* integra debates das mais variadas espécies – que vai de trabalhos específicos do mercado de energia e de óleo e gás até discussões acerca do inadimplemento de obrigações, de natureza puramente civilista e sem qualquer pretensão de estudar o mercado em que se encontra inserida.

Apesar da popularidade recente, a cláusula *take or pay* tem origem na década de 1930, em razão das dificuldades encontradas pela indústria de gás natural diante da falta de infraestrutura para armazenamento e transporte, sobretudo para longas distâncias.¹ A precariedade da infraestrutura impedia o crescimento do mercado de gás natural, que demandava altos investimentos para desenvolvimento de uma infraestrutura mais robusta, e se deparava com a enorme volatilidade do mercado. No inverno, o mercado era bem aquecido; e, no verão, a demanda bastante reduzida.

Como os produtores não podiam revender o gás produzido e não utilizado – exigia-se, na maioria dos casos, exclusividade de parte a parte –, as perdas financeiras eram significativas². Os produtores se viram, então, na necessidade de garantir uma receita minimamente adequada aos investimentos necessários ao desenvolvimento do mercado independentemente da oscilação da demanda. Pretendia-se, portanto, garantir a mesma receita na baixa e na alta “temporada”,

¹ LEWIS, Harold Alexander. *Allocating Risk in Take-or-Pay Contracts: Are Force Majeure and Commercial Impracticability The Same Defense*, 42Sw. L.J. 1047 (1988). Disponível em: <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=smulr&httpsredir=1&referer=>>>. Acesso em 18.12.2021.

² BULAMA, Britus Joseph. *Take or Pay obligation in natural gas contracts: any respite for the buyer*. Disponível em: <https://www.academia.edu/11036248/_TAKE_OR_PAY_OBLIGATION_IN_NATURAL_GAS_CONTRACTS_ANY_RESPITE_FOR_THE_BUYER>. Acesso em 18.12.2021.

assegurando maior previsibilidade e possibilitando investimentos mais seguros no desenvolvimento do mercado, com menor risco de perdas financeiras significativas.

Foi justamente dentro desse contexto que nasceu o que, hoje, se conhece como cláusula *take or pay*, cuja característica primordial é estabelecer uma obrigação de consumo mínimo de determinado produto ou serviço a uma das partes contratantes, que, por sua vez, se obriga a pagar determinado preço independentemente de sua efetiva utilização.

Muito embora vise justamente a trazer estabilidade e previsibilidade às partes, em contratos de longa duração e que, via de regra, envolvem valores expressivos, viu-se, nos últimos anos, um grande número de demandas judiciais e arbitrais acerca da aplicação da teoria da onerosidade excessiva em relação aos contratos com cláusula *take or pay*, sobretudo no mercado de energia, cujas particularidades acentuam ainda mais essa discussão.

A falta legislação específica sobre a cláusula *take or pay* e a pouca produção doutrinária sobre o assunto, cuja popularidade, como se disse, emergiu nos últimos anos, tornam o debate sobre o assunto ainda mais complexo e, naturalmente, mais interessante.

Com base justamente nesse cenário ainda nebuloso sobre o tema, pretende-se trazer à tona, neste trabalho, os entendimentos, hoje, havidos sobre a cláusula *take or pay*, destacando a posição doutrinária dos autores que já se aventuraram sobre o tema e tentando, de alguma forma, contribuir para o debate com um posicionamento fundamentado no que diz respeito à aplicação da cláusula *take or pay* e da teoria da onerosidade excessiva no mercado de energia.

A estrutura do trabalho se divide em três capítulos. No primeiro capítulo, será apresentada a definição, a função e as possibilidades de flexibilização da cláusula *take or pay*, para que se entenda, desde logo, as particularidades que justificam a existência de controvérsias sobre o tema. Em seguida, ainda no primeiro capítulo, será apresentada breve contextualização do setor de energia, diferenciando, apenas no que interessa a este trabalho, os contratos de compra e venda de energia celebrados no âmbito do mercado regulado e no âmbito do livre mercado. Essa diferenciação, apesar de técnica e com informações bastante específicas do mercado de energia, é bastante relevante para que se compreenda a controvérsia sobre o tema, pois, ao final, ficará nítido que as características desses

mercados são muito distintas e, em apenas um deles, se justifica a aplicação da cláusula *take or pay*.

No segundo capítulo, será apresentada uma breve contextualização do problema e dos riscos decorrentes da cláusula *take or pay*, permitindo que até mesmo o leitor que, até então, não havia sido apresentado à cláusula *take or pay* e que, de igual forma, não tenha conhecimento apurado sobre o mercado de energia, compreenda, na prática, quais são as controvérsias que desencadearam na popularidade recente da cláusula *take or pay*. Em seguida, serão abordadas as teorias acerca da natureza jurídica da cláusula *take or pay*, estabelecendo-se qual delas será a base das conclusões que serão apresentadas no capítulo seguinte.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será tratada a alocação de risco nos contratos de compra e venda de energia elétrica com cláusula *take or pay* e a aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva, levando-se em consideração a função da cláusula *take or pay* como instrumento de gestão de riscos contratuais e todas as peculiaridades abordadas nos capítulos anteriores, sobretudo àquelas relacionadas ao próprio funcionamento do mercado de energia, cuja previsibilidade de receitas e o adimplemento das obrigações financeiras contratualmente estabelecidas mostra-se fundamental à sociedade como um todo.

1. A cláusula *take or pay* e o setor de energia

1.1. A definição da cláusula *take or pay*

A cláusula *take or pay* nada mais é do que uma cláusula contratual que impõe a uma das partes contratantes a obrigação de adquirir da outra, por tempo determinado, quantia mínima do objeto do contrato, por meio de preço previamente estabelecido, independentemente de a contraparte, de fato, consumir o mínimo contratado³. Em contrapartida, a parte contratada se obriga a disponibilizar à parte compradora o volume mínimo contratado no preço e no tempo determinados no contrato, independentemente das condições e oscilações do mercado.

A contratação no regime de *take or pay* é frequentemente utilizada nos setores de energia elétrica e gás natural, muito embora seja também aplicada a diversos outros segmentos como transporte ferroviário, infraestrutura portuária e transmissão de dados⁴.

Fruto da autonomia privada das partes contratantes, a cláusula *take or pay* acabou se tornando prática empresarial recorrente encontrada em diversos

³ “Um empresário decidiu abrir empresa de fornecimento de gases industriais. Esse empresário provavelmente precisará obter financiamento bancário e investir em infraestrutura de canalização dos gases e armazenamento, entre outros. Porém, dificilmente algum banco ou fundo financiará empreendimento dessa envergadura sem expectativa razoável de recebimento, a qual não será atendida caso a cobrança pelo fornecimento de gás seja feita proporcionalmente ao volume de gás efetivamente fornecido. Para solucionar tais questões, esse empresário celebra com seus clientes contratos de longo prazo, prevendo remunerações periódicas e constantes proporcionais à volume mínimo pré-fixado de gases a serem disponibilizados pelo seu sistema de distribuição. Tal remuneração será devida, portanto, independentemente do que ocorrer quanto ao consumo do gás industrial. A essa disposição contratual, proveniente de países anglo-saxônicos, deu-se o nome de cláusula de *take or pay*, a qual pode ser sinteticamente definida como o pacto pelo qual uma parte se obriga – em um contexto de contrato de fornecimento, transporte ou de prestação de serviço, por exemplo – a pagar por volume mínimo de bens ou serviços objeto do contrato em cada período contratual mesmo se tal quantia não seja (em todo ou em parte) utilizada. O contexto fático e circunstancial que envolve a aplicação da cláusula e que se reflete, muitas vezes, na intenção das partes, é de haver disponibilização de determinado bem ou serviço em determinada quantidade por uma parte e, por outra, o dever de pagar quantia pelo disponibilizado na proporção contratualmente definida. A intenção das partes é de prever contraprestação fixa em relação a nível mínimo de prestação, restando irrelevante o consumo ou utilização do bem ou serviço” (VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. Revista de Direito Privado, v. 106, out-dez 2020, p. 101-150)

⁴ Nesse sentido, Vitor Silveira Vieira destaca que “não obstante seja o comércio de gases o terreno fértil do *take or pay*, nos mais variados setores comerciais pode-se perceber disposição contratual semelhante à anteriormente descrita, tais como os de compra e venda de combustíveis, energia elétrica, mineração, transporte e logística, operação portuária e utilização de equipamentos, locação de estrutura de armazenagem de produtos e prestação de serviços de consultoria em tecnologia da informação.” (Ibid, p. 101-150)

contratos, das mais variadas espécies. Adquiriu, assim, uma espécie de tipicidade social, através da qual “um contrato, ou mesmo uma cláusula, com o tempo e recorrência de seu uso, pode deixar de ser normativamente atípico e vir a se tornar socialmente típico em dado momento.”⁵

Dessa forma, com o passar do tempo e com sua enorme recorrência nos contratos, a cláusula *take or pay* tornou-se socialmente típica⁶, sendo uma prática de mercado consolidada, cuja validade já foi chancelada em diversas oportunidades pelos Tribunais⁷.

A cláusula *take or pay* possui, ainda, utilidade social merecedora de tutela, na medida em que foi criada para permitir o desenvolvimento de determinados mercados, garantindo aos contratantes maior segurança e previsibilidade em relação à disponibilização e ao fornecimento de determinado produto ou serviço e, por óbvio, ao fluxo financeiro a ser auferido em contrapartida aos serviços prestados.

Assim, como destaca Vitor Silveira Vieira, com base nos estabelecidos pela doutrina⁸, “identificou-se a existência de significado socialmente típico para a cláusula *take or pay*, a partir da redação comumente determinada para cláusulas com essa nomenclatura e da sua função socialmente atribuída.”⁹

Por outro lado, apesar de não haver regulamentação específica no direito brasileiro, a definição de cláusula *take or pay*, ao menos no âmbito das operações

⁵ MARQUEZ, Rafael Batista. *Cláusula de take or pay em contratos de longo prazo*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22992/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Cl%C3%A1usula%20take%20or%20pay%20em%20contratos%20de%20longo%20prazo_2018.pdf>. Acesso em 19.12.2021.

⁶ Conforme destaca Paula Forgioni, há cláusulas “socialmente típicas”, tamanha sua utilização pelos agentes econômicos nos mais variados tipos de contratos”, por se tratar de “dispositivos que acabam apostos a vários tipos de negócios jurídicos empresariais, repetindo-se”, e tornando conhecidos “seu conteúdo, a função econômica que delas é esperada, bem como os efeitos jurídicos trazidos à luz a partir de tais disposições contratuais”. (FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53)

⁷ Nesse sentido, vale mencionar o seguinte trecho de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Sob o influxo de tais diretrizes exegéticas, faz-se de rigor ter presente que a cláusula de consumo mínimo é comum em contratos como o dos autos. Sendo mesmo prática usual do mercado, não maculada de per se, repita-se, abstratamente considerada, por qualquer vício (TJSP, AC nº 1033293-87.2019.8.26.0224, Rel. Airton Pinheiro de Castro, 29ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04.03.2021)

⁸ “Quais sejam: (i) a pluralidade de casos nos quais é praticada; (ii) a semelhança entre esses casos, de forma que sejam reconhecidos como pertencentes ao mesmo tipo, havendo reconhecimento social dessa semelhança; e (iii) a consciência, dentro do mesmo meio social em que é praticada, em termos tendencialmente gerais e pacíficos, da vigência e da existência dessa prática como algo vinculativo” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 62-63).

⁹ VIEIRA, Vitor Silveira. op. cit., p. 101-150.

de venda de gás natural e carvão mineral, pode ser encontrada no art. 1º, §4º da Lei Federal nº 10.312, de 27 de novembro de 2001, que dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral:

Entende-se por cláusula *take or pay* a disposição 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.

Diante da sua reiterada aplicação em contratos de gás natural, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) reconheceu que a cláusula *take or pay* representa prática usual na indústria de gás natural brasileira e estrangeira, definindo-a, no Despacho do Diretor Geral nº 562, de 11 de junho de 2008¹⁰, da seguinte forma:

A cláusula de Take-or-Pay, integrante dos contratos de compra e venda de gás natural, determina a regra pela qual o comprador/importador assume a obrigação de pagar um percentual mínimo sobre a quantidade total contratada de gás natural, em um período de apuração especificado, independentemente do seu efetivo consumo ou da sua internalização neste íterim, objetivando-se assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados na exploração dos campos e tratamento do gás natural ao vendedor/fornecedor do energético.

A jurisprudência, a exemplo da definição abaixo apresentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, definiu de forma bem semelhante a cláusula *take or pay* em demanda também relacionada ao mercado de gás:

A cláusula de Take or Pay determina a regra pela qual o comprador/importador assume a obrigação de pagar um percentual mínimo sobre a quantidade total contratada de gás natural, em um período de apuração especificado, independentemente do seu efetivo consumo ou da sua internalização neste íterim, objetivando-se assegurar o retorno mínimo dos investimentos realizados na exploração dos campos e tratamento do gás natural ao vendedor/fornecedor do energético.¹¹

¹⁰ BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Despacho do Diretor Geral nº 562, de 11 de junho de 2008. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/anp/despacho-n-562-2008?origin=instituicao>>. Acesso em 28.06.2022

¹¹ TJRS, AC nº 70047852520. Rel. Des. Liege Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível. Julgado em: 16/08/2012

No mesmo sentido, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) considera a cláusula *take or pay*

o dispositivo contratual que estabelece ao usuário a obrigação de pagamento à concessionária pela disponibilização de determinada capacidade de transporte de cargas, independente de sua efetiva utilização, e a obrigatoriedade de ressarcimento, a favor do usuário, em caso de indisponibilidade da prestação do serviço por parte da concessionária.¹²

Em relação ao mercado de fornecimento de insumos e de serviços essenciais em operações ou cadeias de produção, Nancy Gombossy de Melo Franco e Fernando Medici Junior assim definiram a cláusula *take or pay*:

(...) por meio desse regime, o fornecedor assegura ao comprador a disponibilidade de uma determinada quantidade de produto ou serviço, ao passo em que o comprador se compromete a adquirir essa mesma quantidade ou, alternativamente, pagar um determinado valor pelo produto ou serviço que não tiver tido condições de adquirir.¹³

Por fim, no que diz respeito ao mercado de energia – que será explorado ao longo deste trabalho –, define-se a cláusula *take or pay* como aquela que “estabelece a obrigação do consumidor consumir e pagar uma quantidade mínima de energia elétrica, mesmo que não seja consumido o total de energia elétrica contratado”¹⁴.

Ainda em relação ao mercado de energia, Felipe Pagni Diniz e Nathalie Pagni Diniz assim definem, em breves notas, a cláusula *take or pay*:

Amplamente utilizada no fornecimento de energia elétrica sob demanda, a cláusula de “take or pay” tem como base a cobrança do volume contratado, ao revés do volume consumido. Ou seja, a cláusula de “take or pay” é um mecanismo contratual que assegura o pagamento de uma quantidade mínima de energia elétrica, independentemente do seu consumo. Assim, nos contratos de compra e venda de demanda de energia, o fornecedor / gerador tem a obrigação de colocar à disposição do consumidor certo volume de energia elétrica, e o consumidor, por sua vez, tem a obrigação de retirar a totalidade volume contratado. A não consubstanciação

¹² BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Resolução ANTT nº 3.694 de 14 de julho de 2011. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=114294>>. Acesso em 28.06.2022

¹³ FRANCO, Nancy Gombossy de Melo; JUNIOR, Fernando Medici. *A cláusula de take or pay*. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/a-clausula-take-or-pay/>>. Acesso em 19.12.2021.

¹⁴ TJSP. AC nº 2122340-14.2020.8.26.0000. Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 21.09.2020

da referida obrigação pelo consumidor, ou seja, de retirar (consumir) a totalidade do volume contratado, resultará na obrigação acessória de pagar (cláusula de “take or pay”)¹⁵

O que se vê, portanto, é que não há definição única para cláusula *take or pay*, mas a essência da cláusula se mantém independentemente do mercado a que se encontre inserida: de um lado, a parte contratante se obriga a adquirir, por determinado tempo e a preço pré-estabelecido, um volume mínimo ; e, do outro, a contratada se obriga a fornecer – e, no caso do mercado de energia, a disponibilizar – a quantidade mínima contratada dentro do período acordado entre as partes, independentemente do volume a ser efetivamente utilizado pela contratante.

1.2. As funções da cláusula *take or pay*

Em linhas gerais, a cláusula *take or pay* busca trazer às partes previsibilidade quanto ao recebimento do preço e ao fornecimento do produto ou serviço mínimo contratado. Funciona, pois, como uma espécie de garantia para os dois lados do contrato, tendo como principal função a alocação de riscos entre as partes contratantes. Enquanto o comprador assume o risco de pagar pelo produto ou serviço, mesmo que não venha a utilizá-lo, para garantir que terá a quantidade mínima disponibilizada pelo preço previamente fixado, a parte contratada/vendedora absorve os riscos de oscilação dos preços e escassez do produto em troca da garantia de receita mínima por determinado período.¹⁶

Essa alocação de riscos entre as partes se dá pelo fato de que a cláusula *take or pay* confere às partes estabilidade a uma relação de longa duração, permitindo, como se demonstrará mais adiante, no capítulo 3, que os contratantes minimizem potenciais efeitos nocivos que as oscilações de mercado podem trazer às partes,

¹⁵ DINIZ, Felipe Pagni. DINIZ, Nathalie Pagni., *A não aplicação da cláusula de “take or pay” dos contratos de demanda de energia em razão dos atos governamentais advindos da pandemia*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325540/a-nao-aplicacao-da-clausula-de-take-or-pay-dos-contratos-de-demanda-de-energia-em-razao-dos-atos-governamentais-advindos-da-pandemia>, Acesso em 17.05.2022

¹⁶ A função de alocação de riscos da cláusula foi destacada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: “A estipulação do consumo mínimo envolve, antes de tudo, uma transferência de certos riscos da fabricante para a compradora. A fabricante assegura o fornecimento, empregando recursos e meios na produção de gases, desde que a compradora se disponha a adquirir quantidades mínimas de consumo” (TJSP, AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Rel. Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 30.01.2017)

ajustando os riscos aos quais pretendem efetivamente se submeter em operações de natureza bastante complexa¹⁷.

Além disso, a cláusula *take or pay* tem, ainda, a importante função econômica de viabilizar o financiamento de projetos, tendo em vista que os setores que normalmente fazem uso da cláusula exigem altos investimentos, tanto para a construção da complexa infraestrutura necessária para disponibilização do serviço quanto para a produção, manutenção e transporte dos produtos.¹⁸ É o caso, por exemplo, da construção de hidrelétricas e de contratos de transporte logístico.

Nesse contexto, Leonardo de Campos Melo destaca que “os financiadores dessas modalidades de empreendimentos exigem, naturalmente, fluxo financeiro estável e de longo prazo, que reflita as variações de preço no mercado específico, lastreado em mecanismos jurídicos que venham ao encontro dessas necessidades.”¹⁹

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando instado a se manifestar sobre o tema, reconheceu a importância da cláusula *take or pay* como instrumento de viabilização de investimentos em determinados negócios, tal como o de transporte logístico objeto daquela demanda:

Em meio às questões trazidas ao prosscênio pelos litigantes, lugar especial é ocupado pela cláusula *take or pay*, sob cuja égide foram ultimados o contrato de prestação de serviços e o seu respectivo aditamento. Vista como instrumento de viabilização do investimento, ela é usualmente aplicada em contratos de fornecimento de longo prazo como o celebrado pelos protagonistas

¹⁷ “ToP [take or pay] clauses constitute a fundamental element of risk allocation and a commercial balance agreed between the parties so that one can hardly see a tribunal not giving full effect to these provisions and restricting their enforceability” Tradução livre: As cláusulas *take or pay* constituem um elemento fundamental de alocação de risco e um equilíbrio comercial acordado entre as partes, de modo que dificilmente se vê um tribunal que não dê pleno efeito a essas disposições e restrinja sua exigibilidade (IYNEDJIAN, Marc, *Gas Sale and Purchase Agreements under Swiss Law* – ASA Bulletin, v. 30, n. 4, 2012, p. 749)

¹⁸ “Foi em meio a esse contexto negocial que a cláusula *take-or-pay* se desenvolveu, permitindo conciliar, em uma só operação: (a) a alocação de riscos entre as partes; (b) a garantia de fluxo de receitas para o vendedor - e, consequentemente, aos seus financiadores; (c) a garantia, para o comprador; de fluxo constante no fornecimento do gás, com impacto positivo direto no seu custo de capital e em suas atividades - v.g., o comprador pode, ele próprio, celebrar contratos com cláusulas *take-or-pay* com seus clientes; e (d) a não variação de preço conforme aumentos sazonais na demanda. Na sua essência, portanto, a cláusula *take-or-pay*, além de permitir a alocação de riscos entre as partes e garantir o fluxo de receitas ao vendedor - e, consequentemente, aos financiadores do empreendimento -, consiste em elemento de estabilização do preço e gerador de eficiência no mercado de gás natural” (MELO, Leonardo de Campos. *Cláusula take-or-pay: natureza jurídica*. Disponível em: <https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica>. Acesso em 19.12.2021).

¹⁹ Ibid.

deste processo e nos de compra e venda de gás natural -, pois asseguram a previsão de um fluxo de caixa mínimo ao vendedor, o que, evidentemente, não significa que os contratantes estarão totalmente blindados em relação às demais variantes que impactam o custo operacional do negócio jurídico.²⁰

Em determinadas circunstâncias, a cláusula *take or pay* representa, inclusive, uma condição para viabilidade do negócio, permitindo que sejam realizados investimentos de infraestrutura que possibilitem a exploração, a disponibilização e o fornecimento de energia à parte contratante²¹.

Além de viabilizar os investimentos iniciais necessários, assegurando aos financiadores o fluxo de caixa suficiente para garantia de seus recebíveis²², a função econômica da cláusula *take or pay* atende também aos interesses dos investidores²³ ao reduzir seus riscos, garantindo o retorno dos altos investimentos realizados para o início da operação.²⁴

²⁰ TJSP, AC nº 1084267-54.2015.8.26.0100. Rel. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado. j. 26.09.2019

²¹ Especificamente no que diz respeito a esse aspecto, Pedro Lins Conceição de Medeiros destaca que, no mercado de gás, a cláusula *take or pay* também é vista em alguns casos “como condição que viabiliza a realização dos investimentos de infraestrutura necessários ao início do desenvolvimento das atividades de exploração do gás natural, uma vez que o fluxo de renda, ao qual se referem, é, em regra, oferecido como garantia aos credores que financiarão o projeto” (MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. *A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional*. Revista de Direito Privado v. 98, mar-abr 2019, p. 189-225)

²² Cumpre notar que a cláusula ToP [take-or-pay] não foi concebida para penalizar o comprador que não retirar a quantidade indicada de gás, nem para criar a possibilidade de lucros injustificados para o vendedor. Dentro da estrutura de Project Finance, o esquema serve para assegurar um fluxo de caixa e não necessariamente um fluxo de gás, em razão de que o serviço da dívida não poderia depender do comportamento da curva de procura dos consumidores pelo energético (MIRANDA, Rogério S. *Contratos da Indústria de Gás Natural, Mitigação de Riscos de Mercado. Financiamento através de Project Finance*. In: Pires, Paulo Valois: *Temas de Direito do Petróleo e do Gás-Natural*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 262)

²³ “In other words, it is the acceptance of such a clause at the time of negotiations of the contract that the purchaser of the LNG or desalinated sea water gives the assurance to the seller and its bankers that the product will be sold and that the operation will be economically viable. But this clause also offers the advantage of securing the supply to the purchaser even though it is contrary to the philosophy of the market economy” Tradução livre: Em outras palavras, é a aceitação de tal cláusula no momento da negociação do contrato que o adquirente do GNL ou água do mar dessalinizada dá a garantia ao vendedor e seus banqueiros de que o produto será vendido e que a operação pode ser economicamente viável. Mas esta cláusula também oferece a vantagem de garantir o fornecimento ao comprador, embora seja contrário à filosofia da economia de mercado (TERKI, Nour-Eddine, *Penalty clauses and take or pay clauses in international long-term contracts*, International Business Law Journal, 2014, I.B.L.J, 2014, 2, 109-130)

²⁴ Como ressaltado por Bruno Gonçalves e Cristiano Travassos, “a indústria do gás natural, verbi gratia, demanda altos investimentos por parte do produtor/fornecedor quer seja no desenvolvimento dos poços produtores quer na construção de todas as facilities (gasoduto, city gates, etc.) intrínsecas ao transporte do gás natural até a sua efetiva entrega ao consumidor. Desta feita, em via de regra, o produtor/fornecedor, recorre a project finance objetivando viabilizar o empreendimento. Face ao

Essa função de garantir o retorno dos investimentos já foi, inclusive, destacada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao ressaltar que “a cláusula *take or pay*, assim como a cláusula *ship or pay* e a cláusula *make-up gas*, é comum ao mercado de compra e venda de gás natural, o qual, por envolver atividade negocial de grande risco, exige que seja assegurado um retorno mínimo de investimento aos fornecedores de gás.”²⁵

Na outra ponta, a cláusula *take or pay* permite ao contratante maior previsibilidade em relação ao preço de aquisição do produto ou serviço, evitando-se que o custo de aquisição se sujeite às oscilações e variações do mercado em que se encontra. No mercado de energia, por exemplo, o valor da energia pode oscilar abruptamente de uma semana para outra e, através da cláusula *take or pay*, as partes podem definir um preço fixo durante o curso do contrato, trazendo também maior previsibilidade ao contratante que terá conhecimento do valor a ser pago pela energia consumida sem as variações constantes do mercado que o colocariam em certa insegurança. Em outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Poder Judiciário destacou que, através da cláusula *take or pay*, há, na verdade, uma transferência de risco do vendedor para o comprador:

A estipulação do consumo mínimo envolve, antes de tudo, uma transferência de certos riscos da fabricante para a compradora. A fabricante assegura o fornecimento, empregando recursos e meios na produção de gases, desde que a compradora se disponha a adquirir quantidades mínimas de consumo.²⁶

A principal função, portanto, é a alocação de riscos entre as partes, garantindo-se um fluxo de receitas para o vendedor e maior previsibilidade de preço para o comprador, evitando-se as constantes e abruptas oscilações no preço de energia. Afigura-se, na verdade, como “principal mecanismo contratual de repasse

exposto a solução contratual através da qual o produtor/fornecedor busca mitigar os riscos advindos dos investimentos de tamanho vulto são os contratos de longo prazo com cláusulas de *take-or-pay*. (GONÇALVES, Bruno. TRAVASSOS, Cristiano H. *A eficácia das cláusulas de take-or-pay nos Tribunais brasileiros*. Disponível em:

<[²⁵ TJRS. AC nº 70054145420, 20ª Câmara Cível, Rel. Carlos Cini Marchionatti, julgado em 27.03.2019.](https://www.osti.gov/etdeweb/servlets/purl/21226271#:~:text=O%20uso%20da%20cl%C3%A1usula%20de,os%20investimentos%20intr%C3%ADnsecos%20%C3%A0%20produ%C3%A7%C3%A3o.>”. Acesso em 20.12.2021).</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁶ TJSP, AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Rel. Des. Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 30.01.2017)

dos compromissos assumidos ao longo da cadeia de valor”²⁷ ao fornecer uma “*ironclad guarantee that the return sought from the invested equity will be met*”²⁸.

Em última análise, portanto, a cláusula *take or pay*, ao viabilizar investimentos específicos pelo fornecedor e garantir um preço predeterminado ao comprador, não sujeito às variações do mercado, assume a função precípua de mitigar os riscos e administrar as incertezas inerentes à volatilidade dos preços da energia durante o prazo de vigência do contrato.

1.3. A flexibilização da cláusula *take or pay*

A cláusula *take or pay* tem como principal objetivo gerar segurança e previsibilidade para os contratantes, garantindo um fluxo de caixa mínimo por determinado período de tempo ao produtor e o fornecimento mínimo ininterrupto do produto ou serviço por preço pré-estabelecido ao consumidor. Contudo, essa rigidez trazida pela cláusula exige certas flexibilizações²⁹, notadamente para que os contratos se mantenham adequados à sua finalidade durante todo o prazo de duração, que normalmente é longo. Assim, “é usual que estes contenham outros mecanismos de adequação contratual, além das obrigações de consumo mínimo.”³⁰

Essa flexibilização decorre da imperiosa necessidade, subjacente ao mundo empresarial, de viabilizar um fluxo operacional mais equilibrado, razoável e principalmente negocial entre os contratantes, sobretudo pelo fato de que não raras vezes as empresas são surpreendidas com contratamentos que, se não tratados de maneira adequada, podem levar a atividade empresarial à bancarrota.

Os principais mecanismos de flexibilização da cláusula *take or pay* são os denominados *make-up rights* e *carry forward rights*. No primeiro caso, permite-se a utilização dos volumes mínimos contratados por prazo superior ao contrato. É a

²⁷ HOLLAND, Ben. *Enforceability of take-or-pay provisions in English law contract – resolved*. Journal of Energy & Natural Resources Law. 2016, p. 2

²⁸ Tradução livre: garantia inflexível de que o retorno desejado do patrimônio investido será atendido (GLACHANT, Jean-Michel; HALLACK, Michelle. *Take-or-pay contract robustness: a three step story told by the Brazil-Bolivia gas case?* Energy Policy, v. 37, 2009. p. 652-653)

²⁹ Alguns contratos podem conter outros mecanismos de equilíbrio adjacentes ao “take or pay”, possibilitando, por exemplo, a variação das quantidades dentro de limites para cima ou para baixo, a compensação posterior do pagamento efetuado a maior e mesmo a possibilidade de o comprador alienar o excesso do produto adquirido (ANDRADE, Flavia Cristina Moreira de Campos, *As cláusulas ‘take or pay’ e os impactos da covid-19*, disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-clausulas-take-or-pay-e-os-impactos-da-covid-19/>, acesso em 16.05.2022)

³⁰ MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. op. cit, p. 189-225.

hipótese em que o contratante pode estabelecer a contratação de um volume mínimo mensal e agrupar o consumo por trimestre, por exemplo, de modo que o volume contratado e não utilizados ao longo de determinado mês possa ser utilizado também nos dois meses subsequentes, compensando-se assim a não utilização com a utilização superior ao mínimo contratado nos meses seguintes.³¹ Normalmente, para que a cláusula não perca o seu sentido, há uma previsão da quantidade exata e o período em que poderá haver essa compensação, evitando-se uma demasiada exposição do produtor³².

Ao contrário da *make-up*, a cláusula *carry forward* funciona em sentido inverso, garantindo ao comprador que consumiu quantidade superior ao mínimo estabelecido que possa compensar futuramente em determinado período o excesso adquirido, aproveitando-se de uma redução pontual no volume mínimo contratualmente estabelecido.³³

Determinados contratos ainda preveem a chamada *market-out* ou *termination clause*, que fixa certas situações em que se pode requerer a resolução do contrato.³⁴

³¹ “O make up right consiste na possibilidade de o comprador acomodar a aquisição de determinada quantidade mínima mensal, por exemplo, ao longo de um trimestre. Caso o mínimo contratual não seja atingido num mês, o comprador poderá acomodar a aquisição do mínimo mensal ao longo dos dois meses restantes. Para tanto, terá que adquirir acima do volume mínimo do take or pay nos meses seguintes e, com isso, equalizar o consumo mínimo a que se obrigou” (MARQUEZ. Rafael Batista. op. cit.). No mesmo sentido: “The essential feature of the take-or-pay contract is that the purchaser-pipeline company contracts to buy the gas of the seller-producer under a long-term contract and agrees to take specified minimum quantities of the gas during designated time intervals or in subsequent periods called “make-up” periods. If the minimum amount of gas is not taken, the purchaser must nevertheless pay for it, but he may take the amount of gas paid for as additional gas during the make-up period. Tradução livre: A característica essencial do contrato take-or-pay é que a empresa compradora do gasoduto contrata a compra do gás do vendedor-produtor sob um contrato de longo prazo e concorda em receber quantidades mínimas especificadas de gás durante intervalos de tempo designados ou em períodos subsequentes chamados períodos de “recuperação”. Se a quantidade mínima de gás não for retirada, o comprador deve, no entanto, pagá-la, mas pode receber a quantidade de gás paga como gás adicional durante o período de reposição” (WEHNER, E. L.; VOELKEL, Stanley H. *Take-or-pay Gas-Purchase Contracts*. p. 785).

³² Nesse sentido, ressalta Vitor Silveira Vieira que “deve-se prever rigidamente a quantidade e o período nos quais haverá possibilidade de retirar o gás pago, a fim de não retirar do take or pay o seu sentido comercial. Também é possível estabelecer que o volume a ser utilizado sob o regime da cláusula de make up right dever ser pago com desconto, de modo a melhor preservar a finalidade da cláusula de take or pay com alguma flexibilização”. (VIEIRA, Vitor Silveira. op. cit., p. 101-150)

³³ “O carry forward right se aplica quando o comprador adquire volumes superiores ao volume acordado na cláusula take or pay. Com isso, caso no próximo ciclo de consumo mínimo o comprador não adquira o volume acordado, este poderá se valer do volume adquirido a maior no período anterior e equalizar a quantidade mínima que se obrigou contratualmente, afastando, assim, as consequências do descumprimento contratual” ((MARQUEZ. Rafael Batista. op. cit.)

³⁴ Há, ainda, a cláusula de *shortfall gas*, específica dos contratos de gás natural: “Os contratos de aquisição e distribuição de gás natural, por sua vez, podem conter a cláusula shortfall gas, por meio

Por fim, outro mecanismo bastante utilizado para flexibilização da cláusula é o *take or pay holidays*, em que o comprador, em dado período, obriga-se por quantidades inferiores ao consumo mínimo estabelecido³⁵.

Em resumo, nas palavras de Leonardo de Campos Mello:

Podem as partes, no exercício de sua autonomia negocial, atenuar o rigor da cláusula take-or-pay, permitindo, por exemplo, que o comprador, em dado período: (a) faça uso de quantidades de gás anteriormente pagas e não retiradas (direito de recomposição ou make-up rights), (b) compense volumes anteriores, adquiridos acima do disposto na cláusula take-or-pay, com quantidades futuras e inferiores ao patamar acordado (direito de compensação ou carry-forward rights), (c) receba descontos substanciais em razão de volumes não disponibilizados pelo fornecedor (shortfall gas) e (d) obrigue-se por quantidades inferiores de take-or-pay (take-or-pay holidays).³⁶

Feitos esses necessários esclarecimentos sobre a cláusula *take or pay*, passa-se a seguir à explanação acerca do mercado de energia, cujas particularidades devem ser destacadas antes de prosseguir à análise das controvérsias.

1.4. Contextualização do setor de energia

O sistema elétrico brasileiro é composto por um sistema único de equipamentos e instalações conectados entre si e que assegura o abastecimento e suprimento de energia em todo país, o chamado Sistema Integrado Nacional (SIN). À exceção de áreas isoladas, cujo abastecimento é feito por geradoras locais³⁷, o sistema é capaz de interligar todas as regiões do país, conectando usinas geradoras e consumidores de energia em busca de abastecimento. Esse Sistema Integrado Nacional foi criado em 1998 a partir da Resolução 351/98 da ANEEL, que passou a autorizar o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a monitorar a geração e transmissão desses sistemas interligados, e determinar às usinas o volume de

da qual “na hipótese em que for fornecida quantidade inferior àquela indicada pelo comprador, a este possa ser concedido um desconto” (MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. op. cit, p. 189-225.

³⁵ MELO, Leonardo de Campos. op. cit..

³⁶ MELO, Leonardo de Campos. op. cit..

³⁷ “Atualmente, existem 235 localidades isoladas no Brasil. A maior parte está na região Norte, nos estados de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Amapá e Pará. A ilha de Fernando de Noronha, em Pernambuco, e algumas localidades de Mato Grosso completam a lista. Entre as capitais, Boa Vista (RR) é a única que ainda é atendida por um sistema isolado. O consumo nessas localidades é baixo e representa menos de 1% da carga total do país. A demanda por energia dessas regiões é suprida, principalmente, por térmicas a óleo diesel.” (Disponível em <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/sistemas-isolados> Acesso em 11.04.2022).

energia a ser enviado a cada distribuidor (despacho de energia), de modo a evitar desperdícios³⁸.

Todas as empresas que produzem e transmitem energia no país encontram-se interconectadas e fazem parte do Sistema Integrado Nacional que, hoje, segundo o ONS, já tem uma capacidade instalada de mais de 170 mil megawatts e uma extensão de rede básica de transmissão de mais de 145 mil quilômetros³⁹.

Esse sistema interligado assegura uma maior segurança e confiabilidade das operações, garantindo que, se houver falha em duas linhas de transmissão, a eletricidade seja redirecionada de outras linhas, diminuindo o impacto das falhas para os consumidores⁴⁰. De um modo geral, cabe ao ONS a responsabilidade de combinar o menor custo de geração de energia e as melhores condições de segurança de abastecimento para os consumidores.

Os consumidores, conforme definição extraída da cartilha da Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia - ABRACEEL, são “as pessoas físicas ou empresas que solicitam o fornecimento de energia ou o uso da rede elétrico à empresa distribuidora local (alguns grandes consumidores usam diretamente as redes de transmissão), e que assumem as obrigações decorrentes desse atendimento à(s) sua(s) unidade(s) consumidora(s)”⁴¹.

Até a década de 1990, a comercialização de energia elétrica era controlada por regime de monopólio estatal, estando diretamente atrelada ao poder público toda a cadeia produtiva relacionada à geração, à distribuição e à transmissão de energia elétrica.

Depois da crise que marcou as décadas de 1980 e 1990, foram privatizados diversos serviços públicos. Em relação ao mercado de energia, viu-se a necessidade

³⁸ Conforme explicitado no artigo 13 da Lei nº 9.648/98: “As atividades de operação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional – SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS (...) Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas em contratos específicos celebrados com os agentes do setor elétrico, constituirão atribuições do Operador Nacional do Sistema Elétrico: a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados.”

³⁹ Disponível em <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/o-sistema-em-numeros>, Acesso em 28.06.2022

⁴⁰ Justamente devido a essas oscilações, a Lei nº 10.848, de 15.3.2004, dispôs, em seu artigo 2º, que “As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação”.

⁴¹ Esses consumidores, portanto, não se confundem com aqueles definidos no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

de criação de um mercado atacadista, que possibilitasse aos consumidores a busca por um livre acesso à transmissão de energia elétrica através de produtores livres a preços mais competitivos⁴². Essa mudança, em números, foi bastante expressiva. No ano 2000, havia 58 agentes associados no mercado, somando-se geradores⁴³, distribuidores⁴⁴, comercializadores⁴⁵ e consumidores livres⁴⁶ e especiais⁴⁷; já no ano de 2020, o número de agentes associados subiu para 10.734⁴⁸.

⁴² “Os principais objetivos do modelo setorial são promover a modicidade tarifária e a segurança de suprimento. A criação de dois ambientes de contratação (ACR e ACL), parte integrante desses mecanismos, trouxe maior transparência à atuação das distribuidoras, inclusive pela obrigatoriedade de licitação pela menor tarifa” (TIOMNO TOLMASQUIM, Mauricio. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Synergia, 2015, p. 108)

⁴³ Os geradores são os responsáveis pela produção física da energia elétrica realizada em usinas hidrelétricas, térmicas de diversos tipos, eólicas e solares. São remunerados pela energia que vendem a seus clientes por contratos ou através da liquidação no Mercado de Curto Prazo.

⁴⁴ Os distribuidores são responsáveis por levar a energia das subestações (“pontos de chegada” da transmissão) até o local de consumo. São concessionárias com monopólio da atividade de distribuição nas respectivas áreas de concessão. Eles cobram dos consumidores tarifas estabelecidas pela ANEEL, calculadas com base no custo da atividade. Além da distribuição propriamente dita (atividade “de fio”), os distribuidores têm o monopólio da comercialização de energia aos “consumidores cativos” (consumidores de menor porte, geralmente residenciais). A distribuição de energia é, portanto, um serviço público, regulado por contratos de concessão firmados entre as empresas de distribuição e a ANEEL.

⁴⁵ Os comercializadores são aqueles responsáveis pela venda de energia. No ambiente de contratação regulada, são as próprias distribuidoras as responsáveis pelas vendas aos consumidores cativos. No ambiente de contratação livre, os comercializadores adquirem energia de vários geradores com características diferentes e agregam essas aquisições em produtos que satisfaçam as necessidades dos consumidores.

⁴⁶ São os consumidores que utilizam acima de 1,5 MW, e têm o direito de escolher o seu provedor de energia. Eles devem pagar o “serviço de fio” à distribuidora local caso estejam conectados a uma rede de distribuição, caso contrário, pagarão apenas a tarifa de transmissão.

⁴⁷ São consumidores ou conjuntos de consumidores que utilizam acima de 0,5 MW, e que podem adquirir energia diretamente dos chamados “geradores incentivados” (centrais hidrelétricas, usinas a biomassa, eólicas e solares que injetem até determinados montantes de energia no sistema), possuindo desconto em suas tarifas de distribuição/transmissão.

⁴⁸ Disponível em <https://www.ccee.org.br/relatoriodeadministracao/relatorio-anual-administracao-ccee-2020.pdf>, Acesso em 27.06.2022

Diante disso, hoje, por força do artigo 1º da Lei nº 10.848/2004⁴⁹ e do Decreto nº 5.163/2004⁵⁰, que tratam da comercialização de energia elétrica, esta pode ocorrer de duas formas: (i) através do mercado regulado, que se dá com a contratação das grandes concessionárias de distribuição, reguladas pelo governo; ou (ii) pelo livre mercado, que é mais comum a grandes empreendimentos e confere às partes maior liberdade para contratar.

Há, portanto, dois grupos de consumidores:

No primeiro estão os que são compulsoriamente restritos pelo governo a adquirir energia elétrica exclusivamente da distribuidora de energia elétrica a cuja rede estão conectados, com condições do fornecimento, inclusive as tarifas pelo consumo da energia fixadas pela Aneel. A imensa maioria dos consumidores - os residenciais, o comércio, as pequenas indústrias e os consumidores rurais – estão nesse grupo, são os chamados consumidores cativos.

No segundo grupo estão os consumidores conhecidos como livres ou especiais. Esses são os que podem optar livremente pelo próprio fornecedor de energia elétrica, podendo negociar com ele, na forma que julgarem mais conveniente, as condições de contratação de energia, podendo definir de comum acordo o preço, o prazo de fornecimento e o local de entrega da energia, entre outras condições.⁵¹

Por outro lado, importante ressaltar, desde logo, que, diante da própria natureza da energia elétrica⁵² (bem móvel fungível), afigura-se verdadeiramente

⁴⁹ Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre: § 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre. § 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado. § 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.

⁵⁰ Decreto nº 5.163/2004: “Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á nos Ambientes de Contratação Regulada ou Livre, nos termos da legislação, deste Decreto e de atos complementares.”

⁵¹ Disponível em <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/post/2020/10/Cartilha-do-Consumidor-Livre-3.pdf>, Acesso em 28.06.2022

⁵² “(...) a energia elétrica tem qualidades muito especiais, que a diferenciam de uma normal mercadoria. O seu comportamento, decididamente, não é aquele com o qual o profissional do direito está habituado. A energia elétrica vive em um ambiente específico (o sistema elétrico), não é

impossível determinar a origem de cada *watt* de eletricidade adquirida e consumida por determinada pessoa ou empresa⁵³. Daí porque há premente necessidade de se ter um sistema interligado nacional, garantindo-se que, a todo momento⁵⁴, haja energia elétrica suficiente para atender a demanda da população. São diversas geradoras de energia produzindo energia suficiente para atender a toda demanda da população, de acordo com os critérios técnicos necessários, dentre os quais se encontra, por exemplo, a sazonalidade hidrológica de cada região.

No mercado de energia, há, ainda, uma peculiaridade bastante característica: o contrato de compra e venda de energia, independentemente do mercado a que se encontre inserido – se regulado ou livre –, representa, na verdade, um mero instrumento financeiro⁵⁵. As partes não compram nem vendem efetivamente a energia; não há entrega física, apenas a sua disponibilização no mercado – que poderá inclusive ser realizada por qualquer distribuidora. Nas palavras de Maurício Tolmasquim, “a comercialização de energia elétrica no SIN é um fenômeno contratual e contábil, ou seja, o vendedor, isoladamente considerado, não está

(economicamente) armazenável, de sorte que deve ser produzida no exato momento em que é requerida pelos consumidores e no exato montante em que por eles requerida. Além disso, ela percorre caminhos elétricos que ‘misturam’ todas as produções dos diferentes geradores no sistema (nas redes de transmissão e também naquelas de distribuição) e se movimenta em atenção às leis da física (menor resistência), e não em base a quaisquer arranjos contratuais.” (LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Instituições de Direito da Energia Elétrica*, v. 1. Londres: Laccademia Publishing, 2020, pp. 17-18).

⁵³ “O adquirente recebe a energia elétrica disponível no SIN sem que saiba a sua procedência, o vendedor (gerador ou comercializador) pode não gerar e mesmo assim o comprador é servido. (...) Nesse arranjo técnico e financeiro se verifica que o comprador da energia tem ‘direitos à energia’, não importando quem será o seu produtor, tendo em vista a intercambialidade (fungibilidade) dos elétrons. Esses direitos à energia se baseiam nos contratos de compra e venda firmados nos termos da legislação e registrados na CCEE. Com esse registro, o adquirente tem a certeza que poderá utilizar a energia contratada independentemente da atuação do seu vendedor.” (COSTA, Maria D’Assunção. “Contrato de compra e venda de energia: A diferença que faz a diferença”. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*, t. III. Rio de Janeiro: Synergia, 2014, p. 504).

⁵⁴ “O primeiro destaque é que a produção e o consumo ocorrem de forma praticamente instantânea, ou seja, o elétron que está sendo utilizado para manter uma lâmpada acesa foi gerada praticamente naquele instante em alguma turbina de algum gerador conectado à rede. A tecnologia atual não permite o armazenamento de energia em grande escala, de modo que a remuneração é estabelecida conforme a medição da produção e do consumo. Disso decorre uma das mais relevantes premissas para a identificação das obrigações multilaterais, o fato de o mercado estar sempre em base ‘zero’, pois matematicamente a energia produzida é igual a energia consumida, subtraídas as perdas decorrentes do transporte.” (SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. *Aspectos bilaterais e multilaterais da comercialização de energia elétrica*. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*, t. V. Rio de Janeiro: Synergia, 2016, p. 471).

⁵⁵ “os contratos de compra e venda são essencialmente utilizados para gerenciar riscos financeiros de variação do preço da energia elétrica” (DAVID, Solange. *A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil*. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*, t. I. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 57).

necessariamente obrigado a entregar fisicamente a energia, pois a geração depende essencialmente do despacho do sistema como um todo, determinado pelo ONS”⁵⁶.

Além disso, para assegurar o controle e o bom funcionamento do mercado, a legislação do setor elétrico exige que os contratos celebrados com partes relacionadas sejam homologados pela ANEEL, devendo a ANEEL verificar a adequação e a licitude de todos os elementos dele constantes, como determina expressamente os §§ 1º e 2º, da Resolução nº 22, de 4 de fevereiro de 1999⁵⁷.

Ainda que os contratos de energia sejam instrumentos financeiros, para garantir maior segurança às operações de compra e venda de energia elétrica na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – responsável por viabilizar a comercialização de energia no mercado brasileiro –, a adesão e a operação dos agentes são condicionadas à prova de lastro (garantias físicas das usinas eventualmente modeladas sob determinado agente e/ou por contratos de compra e venda de energia) e à constituição de garantias financeiras, com valores diretamente relacionados às operações de compra e venda de energia no período contabilizado (conforme artigo 2º do Decreto nº 5.163/2004⁵⁸). A ausência de garantias financeiras para o volume de energia contratado e a ausência de lastro para venda dessa quantidade de energia dão ensejo à aplicação de diversas sanções pela CCEE, podendo culminar, inclusive, no desligamento do agente, nos termos do artigo 3º da Resolução Normativa ANEEL nº 545/2013.

14.1. Contratos de compra e venda de energia no mercado regulado

⁵⁶ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. op. cit., p. 102.

⁵⁷ Art. 1º A celebração de acordos, ajustes, convênios e contratos, por concessionária ou permissionária com integrantes do seu grupo controlador, diretos ou indiretos; com empresas controladas ou coligadas; com pessoas físicas ou jurídicas que, juntamente com a concessionária ou permissionária, façam parte, direta ou indiretamente, de uma mesma empresa controlada; com pessoas físicas e jurídicas que tenham diretores ou administradores comuns, tendo por objeto a transferência de tecnologia, assistência técnica e prestação de serviços de forma contínua e regular, deverá observar os procedimentos estabelecidos nesta Resolução. § 1º Os acordos, ajustes, convênios e contratos serão designados, doravante, instrumentos contratuais. § 2º Deverão ser submetidos ao exame e aprovação da ANEEL, dentro do prazo de 30 (trinta) dias da data em que forem firmados e nas condições desta Resolução, os instrumentos contratuais celebrados entre as concessionárias ou permissionárias, e as pessoas físicas ou jurídicas listadas no "caput" deste artigo, em especial, os que versem sobre direção, gerência, engenharia, contabilidade, consultoria, compras, informática, construção, operação, manutenção, supervisão, planejamento e testes de avaliação dos sistemas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

⁵⁸ Art. 2º: “Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições: I – os agentes vendedores deverão apresentar lastro para a venda de energia para garantir cem por cento de seus contratos”.

O mercado regulado de energia é aquele composto por relações contratuais reguladas pelo Estado, por meio da atuação conjunta da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, associação civil, sem fins lucrativos, criada pelo Decreto nº 5.177/2004⁵⁹, para viabilizar a própria comercialização de energia elétrica no país.

Por sua vez, a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, nesse mercado, é ainda mais preponderante, na medida em que, sendo responsável por prover toda a fiscalização e controle da produção, comercialização e transmissão de energia elétrica no Brasil, a ANEEL é também responsável por definir as tarifas e as regulamentações do setor do mercado regulado de energia. A sua função primordial é garantir o funcionamento adequado do setor de energia no Brasil, podendo, para tanto, criar normas, aplicar sanções, estabelecer tarifas e dirimir divergências entre consumidores e concessionárias de distribuição de energia⁶⁰.

No ambiente de contratação regulada, é feita, então, a venda de energia pelas sociedades titulares de empreendimentos geradores (hidrelétricas, termelétricas, nucleares, eólicas, *etc.*) às distribuidoras, mediante a celebração de contratos de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado e também a venda de energia pelas distribuidoras aos “consumidores cativos”, assim entendidos como

⁵⁹ Decreto nº 5.177/2004: “Art. 1º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob regulação e fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. § 1º A CCEE tem por finalidade viabilizar a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. § 2º O Estatuto Social da CCEE e suas alterações serão aprovados pela Assembleia Geral e homologados pela ANEEL.”; e “Art. 2º A CCEE terá, dentre outras, as seguintes atribuições: I - promover leilões de compra e venda de energia elétrica, desde que delegado pela ANEEL; II - manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações; III - manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no Ambiente de Contratação Livre - ACL; IV - promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica; V - apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD do mercado de curto prazo por submercado; VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo; VII - apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da convenção de comercialização, aplicar as respectivas penalidades; e VIII - apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo, nos termos da convenção de comercialização. (...)”.

⁶⁰ Disponível em <https://www.gov.br/aneel/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/a-aneel>, Acesso em 21.07.2022

aqueles que comprem energia da distribuidora local de serviço público e não têm a opção de escolher seu próprio fornecedor de energia⁶¹.

Os consumidores cativos, então, se submetem às condições de mercado, celebrando um modelo padrão de contrato, sem que lhes seja facultada a possibilidade de negociar preço e condições de pagamento. Ao final do mês, pagam uma única fatura de energia, acrescida de taxas sobre o serviço de distribuição e geração de energia, além da taxa de iluminação pública que lhes é repassada pela distribuidora local. É o mercado mais expressivo no cenário brasileiro, regulado pelo governo, e que abrange a larga maioria da população, que não atinge o nível mínimo de consumo para poder negociar no mercado livre⁶².

No mercado regulado, o preço da energia é negociado por leilões públicos promovidos pela ANEEL, operacionalizados na CCEE, e repassado aos consumidores mês a mês, podendo sofrer reajustes e revisões mensais. Ademais, por influência do sistema de bandeiras tarifárias⁶³, o preço da energia no mercado regulado está suscetível a diversos aumentos ao longo do ano. Ao consumidor cativo incumbe apenas uma mera anuência junto à distribuidora local, nos termos da minuta contratual previamente estabelecida, em edital, pela CCEE⁶⁴.

⁶¹ Lei Federal nº 10.848/2004: “Art. 1º (...) § 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.”. Decreto nº 5.163/2004: “Art. 1º. (...) § 2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como: I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos; (...)”.

⁶² Nos termos dos arts. 15 e 16 da Lei Federal nº 9.074/1995⁶² e do art. 1º, § 2º, VIII, do Decreto nº 5.163/2004, qualquer consumidor “com carga igual ou superior a 3.000 kW”, tem a liberdade para escolher participar do mercado livre e contratar, com qualquer agente do mercado, a compra do volume de energia que entender conveniente ao seu empreendimento, de acordo com os preços, prazos e condições negociadas e estipuladas entre comprador e vendedor.

⁶³ É o sistema que sinaliza aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica, e, através de indicadores das cores das Bandeiras (verde, amarela ou vermelha), indicam se a energia custará mais ou menos em função das condições de geração de eletricidade (Disponível em

<https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/tarifas/bandeiras-tarifarias#:~:text=junho%2F2022%3A%20VERDE-.Bandeiras%20tarif%C3%A1rias%20%C3%A9%20o%20Sistema%20que%20sinaliza%20aos%20consumidores%20os,condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20gera%C3%A7%C3%A3o%20de%20eletricidade.>, Acesso em 14.07.2022)

⁶⁴ “Os consumidores cativos firmam contratos de adesão, no ACR, com o fornecedor de energia da região onde estiverem localizados. A relação entre o consumidor cativo e o fornecedor de energia da região, dependendo do caso, recebe especial proteção da legislação consumerista. Haverá aplicação do Código de Defesa do Consumidor quando o consumidor for o destinatário final do serviço de energia elétrica, como ocorre com a eletricidade consumida por pessoa física para uso residencial (...).” (TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. op. cit., p. 69).

Nesses leilões, as usinas geradoras de energia elétrica participantes oferecem determinada quantidade de energia para as concessionárias participantes, que fazem suas ofertas considerando o preço máximo estabelecido pelo Ministério de Minas e Energia, ao qual se encontra diretamente vinculada a ANEEL, para se evitar um aumento indiscriminado e abrupto do preço de energia repassado aos consumidores finais – o qual, por óbvio, se encontra diretamente relacionado ao preço de aquisição da energia pelas concessionárias nos leilões.

Em regra, os contratos assumidos pelas concessionárias nesses leilões são de longo prazo e com cifras bastante expressivas. O último leilão de energia realizado no ano de 2021, por exemplo, movimentou R\$ 57,3 bilhões, com início do suprimento da energia previsto apenas para 2026 e 2027, e contratos de vigência de 15 anos.⁶⁵

Assim, no mercado regulado de energia, o preço pago pelos consumidores engloba o preço da energia, o custo de transmissão e os encargos definidos pelo governo e repassados pelas distribuidoras de energia aos consumidores finais sob a denominação de *Tarifa de Energia*. Além disso, engloba, ainda, os custos para construção, operação e manutenção da infraestrutura de distribuição e de transmissão da própria distribuidora e transmissora, que é o que efetivamente remunera a atividade desempenhada por distribuidoras e transmissoras de energia.

De acordo com a Cartilha do Consumidor da ABRACEEL, “estima-se que, de cada R\$ 100,00 de conta de luz de consumidores, R\$ 35,00 são relativos ao custo da energia elétrica, R\$ 35,00 são impostos e encargos e R\$ 30,00 servem para pagamento das redes de transporte da energia”⁶⁶.

A grande diferença para o livre mercado, a seguir detalhado, se encontra na possibilidade de o consumidor negociar diretamente com os fornecedores o quanto pagará pela energia efetivamente consumida; os encargos de distribuição e de transmissão de energia, regulados pelo governo federal, não podem ser negociados pelas partes, dado que apenas a cobrança é repassada às concessionárias. A distribuidora ou a transmissora deve, então, celebrar com os consumidores

⁶⁵ Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/business/ultimo-leilao-de-energia-do-ano-movimenta-r-573-bilhoes-com-desagio-de-1534/>, Acesso em 28.06.2022

⁶⁶ Disponível em <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/post/2020/10/Cartilha-do-Consumidor-Livre-3.pdf>, Acesso em 28.06.2022

contratos de uso do sistema de distribuição⁶⁷, e cobrar deles as tarifas relacionadas ao uso dessas redes.

Nas palavras de Marcelo Dickstein e Eduardo Cardoso:

Em relação ao contrato celebrado pelo consumidor cativo, é importante destacar duas características típicas: a sujeição do consumidor ao preço de energia definido pelo regulador (tarifa) e a cobrança correspondente ao volume de energia que tiver sido consumido. Todo o mês, portanto, a distribuidora local cobrará do consumidor cativo a tarifa de energia de acordo com o volume consumido no período que tiver sido apontado no relógio de medição⁶⁸

Passa-se, a seguir, então, às considerações acerca do livre mercado, com características bastante distintas.

142 Contratos de compra e venda de energia no livre mercado

O Ambiente de Contratação Livre de energia elétrica – ACL –, no Brasil, teve início no ano de 1998, e se encontra regulamentado pelo Decreto n. 5.163/2004, cujo artigo 47 prevê, em seu parágrafo único, que “as relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes”.

Desde 1998, permite-se, portanto, que a comercialização de energia elétrica no Brasil também possa se dar através de transações no sistema interligado nacional, com condições e preço da contratação negociadas exclusivamente entre o consumidor e o vendedor, sem interferência do Estado. Exige-se, apenas, que os contratos sejam devidamente registrados junto à CCEE e se submetam às suas regras de comercialização, de modo a possibilitar uma gestão eficiente dos

⁶⁷ Segundo a Resolução Normativa nº 205/2005 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição é um “contrato celebrado entre a permissionária e um usuário ou entre aquela e sua supridora, estabelecendo as condições gerais do serviço a ser prestado, os montantes de uso contratados por ponto de conexão, bem como as condições técnicas e comerciais a serem observadas para o uso do sistema de distribuição.”

⁶⁸ DICKSTEIN, Marcelo. CARDOSO, Eduardo, *Contratos de compra e venda de energia elétrica: a invocação de força maior como justificativa à inexecução da obrigação de pagar pelo consumidor livre.*, in *Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, vol. II, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (coord.), Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 907-936

contratos de comercialização de energia em relação à energia que é injetada no SIN.⁶⁹

Esse modelo de contratação livre está em grande expansão no cenário brasileiro, onde as contas de energia atingem preços cada vez maiores, impondo à população a busca por soluções financeiramente mais vantajosas. Em contrapartida, assegura, ainda, a livre concorrência no mercado de energia, fugindo-se dos preços praticados pelas grandes distribuidoras reguladas pelo poder público⁷⁰.

Os maiores consumidores de energia no livre mercado se encontram nas regiões sudeste e centro-oeste, que representaram 63% do consumo no Brasil no ano de 2021. O mercado industrial, por sua vez, representou 85%⁷¹ do consumo, tendo em vista que, diante dos altos custos de produção no setor industrial, o planejamento financeiro e o barateamento da energia têm impacto significativo⁷².

⁶⁹ “Nesse ambiente de contratação, os agentes gozam de mais liberdade, agindo com autonomia na fixação de preço, prazo e quantidade, mas tendo de observar regras e procedimentos de comercialização aplicáveis e levar os contratos a registro na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.” (PONTUAL, Pedro. *Uma abordagem panorâmica da transferência de controle societário dos agentes de mercado do setor elétrico brasileiro*. In: VIVAN, Alexei Macorin; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito e Energia*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 220-221).

⁷⁰ Sobre as vantagens do ambiente de contratação livre (ACL) em relação ao de contratação regulada, Debora Nunes Mora destaca: “Minimização de custos: no ACL, uma vez que a energia é adquirida por meio de contratos bilaterais, o consumidor tem a possibilidade de negociar preços, prazos e condições, como flexibilidades mensais dos volumes contratados e sazonalização anual do contrato de acordo com seu perfil de consumo, que se encaixem em suas necessidades, o que possibilita a redução de custos; Previsibilidade: ter um contrato de médio a longo prazo com um indexador definido resulta em maior previsibilidade no preço de energia a ser pago. [...]; Escolha de fornecedores: como a escolha do fornecedor de energia é livre, é possível fazer parcerias que tragam benefícios para o consumidor. [...]; Adequação ao perfil de risco do consumidor: ao migrar para o mercado livre, o consumidor pode – e deve – adequar a sua estratégia de contratação de energia ao seu perfil de risco. [...]; Customização do produto: O consumidor pode desenhar um produto com características específicas, tais como: sazonalidade de acordo com a sua curva de produção, períodos de paradas programadas para manutenção, preços com teto na tarifa de consumidor cativo etc. [...]; Oportunidades conjunturais: estando no mercado livre, é possível a um consumidor tirar proveito de oportunidades conjunturais do mercado. [...]; Gestão do insumo energia: O consumidor pode também em situações de fechamento de unidades ou redução do consumo vender a parte excedente do seu contrato no mercado, desta forma a energia passar a ser tratada como um insumo qualquer da sua linha de produção, onde ele tem controle sobre o preço de contratação, a evolução do preço no longo prazo e a gestão do seu estoque face às suas necessidades.” (MOTA, Debora Nunes. *O Ambiente de Contratação Livre e a Expansão da Oferta de Energia Elétrica. Uma proposta conceitual para a financiabilidade, sob a ótica do financiador*. 2015. Dissertação de Mestrado pelo Programa de Pós Graduação em Administração de Empresas da Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25463/25463.PDF>, acesso em 27.06.2022).

⁷¹ Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/noticias/53198812/consumo-no-acl-cresceu-61-em-2021-diz-abraceel>, Acesso em 28.06.2022

⁷² “De modo geral, os consumidores livres são sociedades que têm como ativos indústrias ou outros empreendimentos que demandam quantidade significativa de energia elétrica. Por uma opção empresarial, tais consumidores, ao invés de simplesmente adquirir a energia da única distribuidora

Outro grande diferencial desse modelo de contratação é a possibilidade de renegociação da energia pelos próprios contratantes, que se dá no chamado mercado de curto prazo ou mercado de diferenças. Isso só é possível pelo fato de todos os contratos de compra e venda de energia serem registrados na CCEE, a quem compete a atividade de contabilizar e fiscalizar a geração e o consumo de energia elétrica no Sistema Integrado Nacional. Esse contrato, devidamente registrado, deve conter, pelo menos, a quantidade de energia negociada e os prazos de duração, com suas respectivas datas de início e término do fornecimento, permitindo-se a contabilização e liquidação financeira das transações de energia no sistema interligado⁷³. Daí porque a necessidade, já mencionada, de que todos os produtores, geradores, consumidores, comercializadores e concessionárias de distribuição de energia sejam obrigatoriamente registrados na CCEE⁷⁴.

Esse diferencial é extremamente relevante também pelo fato de que, na prática, o consumidor livre dificilmente conseguirá consumir o mesmo volume de energia em todos os meses de vigência do contrato de compra e venda. Assim, há, como destacado por Marcelo Dickstein e Eduardo Cardoso, 3 (três) cenários possíveis:

Há, então, idealmente, três possíveis cenários. Se os números forem iguais para um determinado agente – isto é, se o comprador tiver consumido o volume exato adquirido pelo(s) seu(s) contrato(s) –, a sua situação é neutra e não há impacto financeiro para esse consumidor. Se o volume consumido for superior ao volume que tinha respaldado por contrato, o consumidor estará em posição devedora perante o mercado e terá que arcar com o preço da respectiva diferença. E se o volume consumido for inferior ao volume objeto do(s) seu(s) contrato(s) registrado(s), o consumidor

local (em um ambiente de monopólio natural formalizado por um contrato de concessão), preferem ir ao mercado livre (em que há competitividade) negociar com os variados players que têm interesse em vender energia e, após pesquisas e avaliações negociais e comerciais de custo-benefício, contratar a compra com um (ou mais) agente que tenha disponibilidade para atender ao seu pleito. A opção pela participação e comercialização no mercado livre representa verdadeiro exercício da autonomia privada, conjugada com a livre concorrência” (DICKSTEIN, Marcelo. CARDOSO, Eduardo, op. cit., p. 907-936)

⁷³ “O registro da transação energética na CCEE inclui apenas as partes envolvidas, os montantes de energia e o período de vigência; os preços da energia negociada não são objeto de registro e são utilizados unicamente pelas partes envolvidas e suas liquidações bilaterais.” (CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso básico de direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010, p. 65).

⁷⁴ “As relações comerciais entre agentes vendedores e compradores são regidas predominantemente por contratos de compra e venda de energia, os quais, sem exceção, devem ser registrados na CCEE. Esse registro vincula a contratação de longo e médio prazo ao mercado de curto prazo, pois toda a energia medida (gerada e consumida) é comparada com as transações de compra e de venda de energia registradas para cada agente, sendo as diferenças liquidadas no mercado de curto prazo da CCEE.” (TOLMASQUIM, Maurício Tiomno, op. cit., p. 107).

estará em posição credora e receberá do mercado o preço correspondente à diferença.⁷⁵

Ou seja, diferentemente do que se dá nos mercados mais tradicionais, no mercado de energia, a produção e a geração de energia não estão diretamente relacionadas ao seu efetivo consumo, podendo haver, mês a mês, sobra ou excesso na geração de energia a que se obrigou determinada usina, assim como o consumidor poderá consumir uma quantidade distinta (para mais ou para menos) daquela efetivamente contratada⁷⁶.

Para compatibilizar essas diferenças entre o que foi contratado, gerado e consumido, a CCEE realiza uma medição da quantidade de energia produzida por cada agente. As diferenças entre os contratos, a geração e o consumo de todos os agentes são apuradas e contabilizadas e o resultado é valorado ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD)⁷⁷. As operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma conjunta (multilateral), não havendo indicação de comprador e vendedor. Um agente em posição credora recebe seu crédito de todos os devedores do mercado e não de um agente devedor específico. Em contrapartida, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores e não especificamente a um ou outro agente credor, cabendo a CCEE realizar o acerto final entre a geradora, comercializadora e o consumidor⁷⁸.

O exemplo abaixo, proposto pela ABRACEEL em sua cartilha ao consumidor, ilustra bem o funcionamento do mercado:

Caso um consumidor no Sul do Brasil contrate energia elétrica de uma usina no Nordeste, a energia efetivamente entregue pode ter origem em outra usina, em qualquer outro local. Caso a usina do Nordeste deixe de entregar a energia, o consumidor não ficará sem eletricidade. Seu fornecimento de eletricidade está garantido por seus contratos de energia, e será fornecido por outra geradora ou

⁷⁵ DICKSTEIN, Marcelo. CARDOSO, Eduardo, op. cit., p. 907-936

⁷⁶ “(...) o contrato de compra e venda de energia elétrica tem atipicidades que o distingue dos demais contratos disciplinados na legislação, o que lhe confere um perfil único dentre as espécies contratuais.” (COSTA, Maria D’Assunção. op. cit., p. 503).

⁷⁷ Decreto nº 5.163/2004: “Art. 56. Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, deverão ser registrados na CCEE, segundo as condições e prazos previstos em procedimento de comercialização específico, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL, nos casos aplicáveis. (...) Art. 57. A contabilização e a liquidação no mercado de curto prazo serão realizadas com base no PLD. (...) Art. 58. O processo de contabilização e liquidação de energia elétrica, realizado segundo as regras e os procedimentos de comercialização da CCEE, identificará as quantidades comercializadas no mercado e as liquidadas ao PLD.”

⁷⁸ Disponível em <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/post/2020/10/Cartilha-do-Consumidor-Livre-3.pdf>, Acesso em 28.06.2022

comercializador. Na CCEE será feito o acerto entre a geradora ou comercializador que forneceu a energia e aquela que não pode fazê-lo.

Confira outros exemplos de posições de agentes na liquidação do mercado de curto prazo:

No exemplo 1, o consumidor consumiu **mais** do que contratou:



No exemplo 2, o consumidor consumiu menos do que contratou.



Como esse consumidor consumiu menos do que contratou, deve receber na liquidação da CCEE o montante de 10 MWh multiplicado pelo PLD.⁷⁹

A liquidação no mercado é feita de forma praticamente automática pela CCEE – Câmara de Comércio de Energia Elétrica, sem que se faça necessária sequer a celebração de contratos de curto prazo. A CCEE verifica geradores e consumidores que excederam ou tiveram sobras em seus contratos e promove a liquidação. As diferenças são liquidadas pelo preço do mercado de curto prazo, que reflete o custo marginal de operação⁸⁰.

⁷⁹ Disponível em <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/post/2020/10/Cartilha-do-Consumidor-Livre-3.pdf>, Acesso em 28.06.2022

⁸⁰ “O processo completo de cálculo do PLD consiste na utilização dos modelos matemáticos computacionais NEWAVE e DECOMP, os quais produzem como resultado o Custo Marginal de Operação (CMO) de cada submercado, respectivamente em base mensal e semanal. O CMO é, portanto, o custo da energia elétrica que orienta o ONS a realizar a coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica no SIN. Importa destacar que desde 2020, o CMO de cada submercado passou a ser calculado em base semi-horária, ou seja, a cada meia-hora, resultado da adoção de outro modelo matemático computacional, o Dessem.” (<https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/post/2020/10/Cartilha-do-Consumidor-Livre-3.pdf>)

A cláusula *take or pay* se insere nesse mercado diante do risco de o consumidor livre ter que arcar com um preço desconhecido no futuro em razão do excesso do seu consumo. O PLD, como já se disse, é definido semanalmente pela CCEE e pode oscilar de maneira bastante significativa, o que decorre de variáveis como a condição hidrológica, disponibilidade de recursos naturais para a geração de energia, preços de combustíveis, flutuações na demanda, entre outras. Veja-se que, em setembro de 2021, o preço do PLD atingiu o valor de R\$ 1.128,72/MWh e, em abril de 2022, o valor de R\$ 55,70/MWh⁸¹:



No livre mercado, os consumidores livres visam justamente evitar que essa intensa flutuação do preço impacte diretamente em suas operações, garantindo maior previsibilidade e estabilidade e mantendo hígida a sua operação com fluxo financeiro pré-determinado⁸². A depender do preço efetivamente negociado para compra da energia, o consumidor livre pode, por exemplo, adquirir uma quantidade muito superior à necessária à sua operação, acreditando que, no mercado de curto prazo, conseguirá negociar a sobra de energia com um PLD superior ao valor de compra⁸³.

⁸¹ Disponível em: <https://www.ccee.org.br/precos/painel-precos> Acesso em 11.04.2022.

⁸² “(...) a variação do PLD frequentemente expõe os contratantes de energia elétrica ao risco de default da respectiva contraparte, colocando em xeque a estabilidade das relações jurídicas previamente estabelecidas, causando um efeito que, por vezes, pode inclusive extravasar a relação bilateral descumprida e repercutir nos contratos firmados entre a parte prejudicada e terceiros, cujo atendimento dependia do cumprimento do contrato inadimplido originalmente. Nesse caso, resta evidente que o agente inadimplente na relação contratual é o causador dos prejuízos diretos e indiretos sofridos pela parte inocente que, por conta do default original, não pode honrar os seus compromissos no âmbito de contratos com terceiros” (WALTENBERG, David. *O mercado livre de energia elétrica e a segurança jurídica*. p. 9. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI316854,51045-O+mercado+livre+de+energia+elettrica+e+a+seguranca+juridica>>) Acesso em: 11.04.2022.

⁸³ “Após a contabilização efetuada pela CCEE, ocorre a liquidação financeira mensal, na qual os agentes com déficits são devedores ao PLD e os agentes com sobras são credores ao PLD. Assim, os agentes do mercado, desde que possuam sobras de energia elétrica, podem optar por liquidar sua geração no curto prazo, ao PLD. Em determinados períodos em que o PLD esteja mais elevado, ou conforme sua previsão de evolução, essa pode ser uma estratégia que amplia a possibilidade de

Em síntese, uma das grandes particularidades desse mercado é a possibilidade de o consumidor negociar a energia paga, mas não utilizada, no mercado de curto prazo, conhecido como o *mercado de diferenças*, justamente por ser onde são contabilizadas e liquidadas as diferenças entre o volume gerado, contratado e consumido.

Trata-se, portanto, de risco operacional⁸⁴. O consumidor livre que consumiu mais do que contratou pode ter que arcar com o pagamento do excedente a preço significativamente superior ao valor do contrato; e o consumidor livre que consumiu menos do que contratou pode ter pago à vendedora um preço muito mais alto do que o PLD praticado no mercado de curto prazo.

Como destacam Marcelo Dickstein e Eduardo Cardoso, o consumidor livre pode funcionar “como trader na Bolsa de Valores”⁸⁵. Tratando-se de um ambiente altamente especulativo, o consumidor livre pode adotar uma estratégia que, por vezes, lhe será favorável e, em outras, pode lhe ser drasticamente prejudicial. “Tudo faz parte da álea inerente ao mercado livre de energia, integrado por players profissionais e capacitados, não havendo espaço para amadores”⁸⁶.

atuação no mercado e maximiza o retorno financeiro.” (DAVID, Solange. “O mercado de curto prazo de energia elétrica e o aprimoramento de mecanismos de segurança das operações”. (DAVID, Solange. in VIVAN, Alexei Macorin; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito e Energia*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 196).

⁸⁴ “[P]or isso, diferentemente do ACR, em que a maior parte dos riscos é assumido pelas distribuidoras compradoras e repassado para os consumidores cativos (finais), no ACL as partes devem definir suas estratégias de modo a minimizar eventuais riscos e exposições, inclusive para que se evitem indesejáveis efeitos a terceiros, em razão da estrutura multilateral do Mercado de Curto Prazo e da aplicação das regras e procedimentos” (DAVID, Solange, *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*, vol. II, Rio de Janeiro, Synergia, 2013)

⁸⁵ DICKSTEIN, Marcelo. CARDOSO, Eduardo, op. cit., p. 907-936

⁸⁶ Ibid., p. 907-936

2. Colocação do problema: a natureza jurídica da cláusula *take or pay* no mercado de energia

2.1. Contextualização do problema e dos riscos decorrentes da cláusula *take or pay*

A energia, como se demonstrou, não se perde. Se não for consumida pelo contratante que a adquiriu, poderá ser vendida, cedida ou liquidada no mercado e paga por terceiro que apresentar déficit. É justamente em virtude dessa possibilidade de renegociação da energia que, nesse mercado, a polêmica acerca da aplicação da teoria da onerosidade excessiva é ainda mais acentuada.

O preço de liquidação de diferenças é, por sua vez, o ponto chave da controvérsia. Esse preço é calculado pela CCEE na semana anterior à geração e ao consumo da energia elétrica e tem por base os valores de disponibilidade declarados de geração nos contratos registrados na CCEE e o consumo efetivamente previsto⁸⁷.

Nesse contexto, não há dúvidas de que o preço de liquidação de diferenças, no livre mercado, pode variar significativamente de uma semana para outra. Essa variação, normalmente, é resultado das previsões de chuva – que, por exemplo, alteram a geração de energia por hidrelétricas –, do consumo total negociado e de alguns outros fatores que impactam diretamente no setor elétrico.

Em alguns casos, essa variação abrupta do preço pode decorrer simplesmente de uma baixa demanda pelo consumo de energia. Esse fato ficou público e notório durante a pandemia da Covid-19⁸⁸, em que, diante do fechamento de diversos estabelecimentos comerciais e de ordens de restrição de circulação em diversos locais ao redor do mundo, a utilização de energia elétrica foi reduzida drasticamente, o que ocasionou uma queda vertiginosa do preço de liquidação de diferenças.

Como apenas a energia contratualmente assegurada protege o consumidor da variação de preços nesse mercado – que, como já se demonstrou, é muito volátil

⁸⁷ Disponível em <https://www.ccee.org.br/precos/conceitos-precos>, Acesso em 15.07.2022

⁸⁸ Em 06 de fevereiro de 2020, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 13.979/2020, “para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, que determinava, dentre outras medidas, isolamento, quarentena, restrição de entrada no país e de locomoção de pessoas. Pouco depois, aprovou também o Decreto Legislativo n. 6 de 2020, que decretava estado de calamidade pública, proibia a entrada de determinados estrangeiros no país e autorizava o ensino à distância mesmo para modalidades presenciais.

–, é comum, no livre mercado, a inserção da cláusula *take or pay*, com a negociação de uma quantidade mínima de energia contratada. Isso se dá, tal como demonstrado, tanto para permitir a organização financeira e de fluxo de caixa das distribuidoras, como para permitir uma melhor negociação do contratante, reduzindo o preço da energia com uma garantia de pagamento por uma quantidade mínima.

Em muitos casos, as partes negociam também uma flexibilização da quantidade mínima, seja através da possibilidade de utilização da energia paga, mas não utilizada em meses subsequentes (*make up rights*), seja através de um desconto mínimo em caso de não utilização da energia mínima contratada (*market out*).

Por se tratar de ambiente privado e de negociação livremente pactuada entre as partes – cada qual de acordo com seus próprios interesses, sendo juiz de suas conveniências e interesses⁸⁹ –, a atuação do regulador deve ser mínima, sob pena de desvirtuamento da própria distinção entre o ambiente de contratação livre e o ambiente de contratação regulada (art. 1º do Decreto n. 5.163/2004)⁹⁰.

Os contratos firmados entre as partes impedem, portanto, a volatilidade de preços da energia. Os contratos, por sua vez, funcionam como instrumento financeiro da operação, e não pressupõem a entrega física da energia e tampouco impõem que a energia consumida seja exatamente aquela produzida pelo vendedor. Exige-se apenas que o vendedor e o comprador tenham lastro para sua venda e consumo: o vendedor quanto à possibilidade de produção e distribuição daquela energia; e o comprador com a garantia financeira da operação baseada também no consumo mínimo esperado.

Ao final, as partes descobertas – seja o consumo a menor ou a maior – serão levadas ao mercado de curto prazo, liquidando-se, em caráter multilateral, a operação. Diz-se multilateral pois não há nenhuma espécie de pagamento direto entre credores e devedores; toda a operação financeira se dá no âmbito e sob o intermédio da CCEE sem contraparte específica e pré-determinada.

Isso significa dizer, portanto, que, em determinadas hipóteses, poderá haver, inclusive, um lucro financeiro para o próprio comprador, que poderá negociar a energia paga e não consumida a um preço de liquidação de diferenças superior ao

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2019, p. 71

⁹⁰ Essa diretiva encontra-se, inclusive, de acordo com os termos da própria Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), que incluiu o parágrafo único no artigo 421 do Código Civil, para determinar que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

preço do contrato. Esse fato, somado a algumas outras peculiaridades do mercado de energia acima demonstradas, tem implicação direta no que diz respeito à possibilidade de aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula *take or pay*.

Por motivos óbvios, a discussão cinge-se, via de regra, ao preço da energia contratada *versus* o preço de liquidação de diferenças quando este significativamente inferior àquele, gerando, ao contratante, uma excessiva onerosidade no âmbito daquele contrato. Contudo, o simples fato de apenas existir a possibilidade de lucro na operação traz consigo implicações bastante relevantes e que não devem, de nenhuma maneira, ser desconsideradas quando da análise da aplicação da teoria da onerosidade excessiva, mas serão oportunamente abordadas no decorrer deste trabalho.

Antes disso, o problema começa em determinar a natureza jurídica da cláusula *take or pay*, que tem especial relevância na análise do regime jurídico a ela aplicável e é responsável, ainda hoje, por gerar grande insegurança jurídica às partes contratantes diante da falta de um entendimento consolidado sobre o tema.

2.2. Teorias acerca da natureza jurídica da cláusula *take or pay*

Uma das grandes controvérsias relativas à cláusula *take or pay* cinge-se à sua natureza jurídica, sobretudo pelo fato de que, na ausência de legislação específica sobre o tema, a cláusula pode ser livremente pactuada entre as partes. Diante disso, o que se vê, na prática, é que a cláusula pode assumir naturezas jurídicas distintas de acordo com as negociações havidas entre as partes, com o mercado em que ela se insere e, principalmente, de acordo com a forma em que ela é redigida⁹¹.

Esse fato decorre também da ausência de um regramento específico. De regra, a função da cláusula é, como já se disse, assegurar uma quantidade mínima, mas pode ser tratada de diversas maneiras a depender do mercado em que se encontra inserido e da forma como as partes efetivamente pactuaram essa obrigação.

⁹¹ “A natureza jurídica da cláusula de “take or pay” dependerá do contexto contratual em que estiver inserida, mas em muitos casos essa assume a de uma cláusula penal, objetivando precificar o prejuízo do fornecedor caso o volume mínimo não seja consumido (artigos 408 e seguintes do Código Civil).” (ANDRADE, Flavia Cristina Moreira de Campos, op. cit.)

Não por outro motivo, há grande controvérsia sobre a natureza jurídica da cláusula *take or pay*, havendo, na doutrina e na jurisprudência, diversas acepções distintas, algumas delas com base, inclusive, na doutrina estrangeira sobre o tema, que é igualmente controvertida.

A natureza jurídica “está ligada a uma perspectiva finalista e funcional”⁹², devendo-se levar em consideração, sobretudo, os interesses econômicos das partes. Essa interpretação é também abordada por Paula Forgioni, que defende que a interpretação dos contratos empresariais deve considerar a racionalidade jurídico do negócio, de modo a se analisar a influência das relações empresariais com o mundo jurídico⁹³.

Sem pretensão de esgotar todas os entendimentos havidos sobre o tema, pretende-se, a seguir, destacar as principais correntes acerca da natureza jurídica da cláusula *take or pay*, revelando-se, ao final, os motivos pelos quais não se pode concordar com todos esses entendimentos quando consideradas as particularidades do mercado de energia anteriormente destacadas.

Antes, contudo, de prosseguir a essa análise, é extremamente importante compreender que, no mercado de energia, tal como já antes mencionado, os contratos celebrados entre as partes são apenas e tão somente instrumentos financeiros, não havendo jamais – até mesmo por impossibilidade material – a entrega efetiva da energia pela contratante à contratada. A comercializadora, devidamente autorizada pela ANEEL, tem plena liberdade para negociar o preço e a quantidade de energia a ser vendida ou comprada no mercado livre, não ficando obrigada a adquirir energia de concessionárias ou permissionárias que atuam no mercado regulado e cujas tarifas são pré-fixadas pela ANEEL.

A função da comercializadora, no mercado de energia elétrica, é, então, de gerenciar o risco do gerador – totalmente avesso a baixos preços – e do próprio consumidor especial vinculado ao livre mercado – totalmente avesso a altos preços –, de modo a garantir previsibilidade, liquidez e segurança ao preço da energia para

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008, p. 610.

⁹³ Ainda no que diz respeito aos ensinamentos de Paula Forgioni: “Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma. Isso faz com que ambos os agentes econômicos planejem sua jogada de acordo com esse padrão “de mercado”. Não se pode permitir que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente nele adotado. Isso leva ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas”. (FORGIONI, Paula Andrea. op. cit. p. 232).

todos os elos dessa cadeia. O dinamismo do mercado de comercialização de energia é bastante similar ao procedimento de negociação e de conclusão de negócios da Bolsa de Valores, com enorme flutuação dos preços da energia⁹⁴.

É justamente por conta da alta flutuação de preços e da imprevisibilidade do mercado de energia que o comercializador realiza a sua própria análise de risco e adquire energia da geradora – ou mesmo de outros comercializadores – em contratos de curto ou longo prazo, para depois realizar a venda para os consumidores ou para outros comercializadores, que devem estar previamente associados à CCEE.

Daí porque a comercialização de energia elétrica é constituída por um instrumento financeiro, por meio do qual há clara divisão entre a operação física de entrega da energia (geração/consumo) e a operação comercial (comercialização), permitindo-se que esses instrumentos financeiros de compra e venda de energia elétrica no livre mercado sejam utilizados para gerenciar os riscos financeiros da variação do preço da energia⁹⁵.

Especificamente sobre esse tema, Solange David destaca que:

(...) diferentemente do ACR, em que a maior parte dos riscos é assumido pelas distribuidoras compradoras e repassado para os consumidores cativos (finais), no ACL as partes devem definir suas estratégias de modo a minimizar eventuais riscos e exposições, inclusive para que se evitem indesejáveis efeitos a terceiros, em razão da estrutura multilateral do Mercado de Curto Prazo e da aplicação das regras e procedimentos⁹⁶.

Em outras palavras, o contrato firmado pelos comercializadores de energia nada mais é do que um instrumento financeiro, por meio do qual as partes adquirem determinada posição contratual para contratarem energia a determinado preço certo por um período de tempo preestabelecido, protegendo-se das oscilações de preço da energia no curto prazo.

O consumidor do mercado livre de energia elétrica deixa, portanto, de ser um mero consumidor cativo, a quem só é permitido comprar energia do distribuidor do local onde estão instaladas os seus negócios – sem liberdade tarifária e possibilidade de negociação com a distribuidora local –, e passa a ser um agente da

⁹⁴ DICKSTEIN, Marcelo. CARDOSO, Eduardo, op. cit., p. 907-936

⁹⁵ Ibid, p. 907/936

⁹⁶ DAVID, Solange. *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*, op. cit.

CCEE, sendo possível a negociação da quantidade e do preço da energia, dentro do ambiente de contratação livre, com tarifas e condições mais favoráveis do que aquelas ofertadas ao consumidor cativo.

2.2.1. Cláusula de preço

Antes de refutar os entendimentos havidos sobre o tema, permita-se destacar, desde logo, a conclusão deste trabalho no que se refere à natureza jurídica da cláusula *take or pay*: trata-se de cláusula de preço. E o motivo é muito simples.

A cláusula *take or pay*, de um lado, impõe ao comprador a obrigação de pagar por uma quantidade mínima a preço pré-determinado, não sujeito às oscilações de mercado, por determinado período de tempo; e, de outro, impõe ao vendedor a obrigação de disponibilizar ao comprador quantidade mínima de energia por mês. Não há, para nenhuma das partes, a obrigação de consumir uma quantidade mínima de energia; a do comprador é pagar pela disponibilização da energia; e a do vendedor é apenas e tão somente de disponibilizar a energia, independentemente de seu consumo.

Do mesmo modo, não há, às partes, alternatividade ou faculdade no que diz respeito ao cumprimento da obrigação. A obrigação é única, específica e determinada tanto para um quanto para outro contratante.

Além disso, não se trata de obrigação acessória (de garantia) nem tampouco aleatória, pois não há risco a ser garantido e nem tampouco evento futuro e incerto ou incerteza quanto aos ganhos e perdas patrimoniais dele decorrentes. A quantidade mínima contratada será disponibilizada e o preço por ela determinado será pago. A utilização ou não da energia disponibilizada não é objeto do contrato e nem tampouco se relaciona às obrigações assumidas pelo comprador, que se propõe a pagar para ter aquela energia à sua disposição sem que seja necessário socorrer ao mercado de curto prazo em que o preço é sabidamente volátil.

A verdade é que a cláusula *take or pay* faz as vezes de uma cláusula de preço pura e simples, que estabelece quanto o comprador pagará ao vendedor para que lhe disponibilize, por determinado período, quantidade de energia pré-estabelecida entre as partes.

Ou seja, apesar de muitas teorias e acepções distintas a respeito de sua natureza jurídica, como será demonstrado adiante, a cláusula *take or pay* estabelece

obrigação verdadeiramente simples e bastante comum em contratos, com a peculiaridade de se estabelecer negocialmente um preço fixo de acordo com a quantidade mínima de energia contratada a ser disponibilizada em determinado período de tempo.

Feitos esses necessários esclarecimentos sobre as características dos contratos de compra e venda de energia e estabelecida a premissa que assenta este trabalho, passa-se a seguir a tratar da natureza jurídica a que foi atribuída a cláusula *take or pay* em determinadas oportunidades, refutando uma a uma de acordo com o entendimento aqui manifestado sobre a correta aceção quanto à natureza jurídica da cláusula *take or pay*.

2.2.2. Cláusula Penal

A cláusula penal⁹⁷ é, como se sabe, elemento acessório da obrigação principal e encontra-se diretamente relacionada ao inadimplemento imputável da obrigação; ela “só se justifica na medida da existência de outra obrigação, cujo inadimplemento se busca evitar”⁹⁸. Em regra, a cláusula penal tem por função a prefixação de eventual indenização na hipótese de inadimplemento e adquire, na maior parte dos casos, uma função até mesmo coercitiva.

Como destacam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

A cláusula penal consiste, genericamente, na obrigação acessória em que as partes definem determinada consequência para o inadimplemento absoluto ou relativo de uma obrigação. O conteúdo da cláusula penal é ordinariamente uma soma em dinheiro; nada obsta, porém, a que o objeto da prestação seja de outra natureza como a dação de uma coisa, um fato, etc. Assim, nada impede que se estipule, como cláusula penal, incidente na hipótese de inadimplemento de uma obrigação de fazer, uma obrigação de fazer algo diverso.

A cláusula penal somente pode ter lugar naqueles casos em que o inadimplemento tenha decorrido de fato imputável ao devedor (CC, art. 408). A culpa é elemento essencial à mora (CC, art. 396),

⁹⁷ De acordo com Clóvis Bevilacqua, é “*um pacto acessório, em que se estimulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir ato ou fato a que se obrigou, ou, apenas, o retardar. (...) O fim da cláusula penal é reforçar a obrigação, dando ao credor um meio mais pronto de coagir o devedor a cumpri-la, no tempo e pela forma devida. A sua utilidade é determinar, previamente, as perdas e danos*” (in Comentários, art. 916 do CC 1916, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975, p. 54).

⁹⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 235

sendo também indispensável à responsabilização por inadimplemento absoluto (CC, art. 393), razão pela qual a culpa no descumprimento é necessária à incidência da cláusula penal, salvo se as partes tiverem de outra forma estipulado, hipótese em que se exigirá controle de merecimento de tutela do ajuste entabulado semelhante àquele mencionado anteriormente acerca da assunção do risco de caso fortuito ou força maior.⁹⁹

Pode-se, assim, atribuir à cláusula penal três espécies: (i) cláusula de fixação antecipada da indenização; (ii) cláusula de coerção em substituição à prestação principal; e (iii) cláusula de coerção exclusivamente sancionatória¹⁰⁰, podendo-se, em qualquer delas, assumir uma natureza moratória, sem prejuízo da obrigação principal, ou compensatória e substitutiva à execução da obrigação principal do contrato.

Adepto da teoria de que a cláusula *take or pay* representa subespécie de cláusula penal, Rafael Batista Marquez defende, em sua dissertação de mestrado, que “o pagamento decorrente do descumprimento da cláusula *take or pay*, além de funcionar como um incentivo para o cumprimento do contrato, serve, principalmente, como uma prefixação dos danos em caso de descumprimento contratual”¹⁰¹. A premissa adotada por Rafael Batista Marquez é a de que a cláusula *take or pay* seria, na prática, uma cláusula penal pelo fato de que não seria necessária a efetiva demonstração de prejuízos – apenas o inadimplemento da obrigação – e que a obrigação principal do contrato seria o consumo mínimo, havendo o inadimplemento pelo simples fato de não ter se atingido o consumo mínimo previsto no contrato.

Na doutrina estrangeira, há, de igual forma, quem defende tratar-se de cláusula penal a cláusula *take or pay*¹⁰², já tendo também havido entendimento da jurisprudência estrangeira no sentido de que o inadimplemento da cláusula *take or pay* se caracterizaria pelo não atingimento do volume mínimo contrato, ensejando, portanto, a aplicação da penalidade prevista na cláusula *take or pay*¹⁰³.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson., *Fundamentos do direito civil*, vol. II, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 385/386

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. op. cit.. p. 614.

¹⁰¹ MARQUEZ. Rafael Batista. op. cit..

¹⁰² Scott E. Masten and Keith J. Crocker. Source, *Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas*. The American Economic Review, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association. p. 1087.

¹⁰³ England and Wales High Court. Queen’s Bench 344. M & J Polymers Ltd v. Imerys Minerals Ltd. Rel. Min. Burton J. J. em 29.02.2008

Nesse cenário, a obrigação principal seria o consumo e/ou utilização da energia e o não atingimento do volume mínimo contratado caracteriza o inadimplemento da obrigação e ensejaria o pagamento de uma penalidade nos termos previstos por meio da cláusula *take or pay*.

Apesar de haver uma série de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo também entendendo por classificar a cláusula *take or pay* como espécie de cláusula penal¹⁰⁴, há, por outro lado, alguns óbices a essa qualificação. O principal deles é a ausência de elementos da acessoriedade¹⁰⁵ e do inadimplemento. O comprador se obriga a adquirir do vendedor, em determinado período, uma quantidade mínima de energia, independentemente de sua efetiva utilização. O vendedor, por sua vez, se obriga apenas a disponibilizar a energia ao comprador. O pagamento do valor contratado, a toda evidência, representa apenas e tão somente a obrigação assumida pelo consumidor e integra a própria essência da avença, sem vínculo algum com eventual inadimplemento¹⁰⁶. Em termos ainda mais objetivos, o pagamento ocorrerá independentemente de a energia contratada ser utilizada ou não, e não se relaciona, de nenhuma maneira, ao inadimplemento do comprador¹⁰⁷.

Até mesmo porque, ainda que o volume mínimo contratado seja, de fato, utilizado, a parte contratante terá o dever de arcar com o pagamento do valor mínimo contratado. Nesse caso, seria absolutamente irrazoável entender-se pela qualificação da cláusula *take or pay* como cláusula penal se, inquestionavelmente, terá havido o cumprimento da obrigação principal – consumo mínimo contratado –, devendo-se, de igual forma, o pagamento do preço do contrato sem que a esse preço possa ser imputada natureza penal, moratória ou coercitiva.

¹⁰⁴ TJSP, AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Relator Desembargador Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, TJSP, julgado em 30.1.2017; TJSP, AC nº 1033293-87.2019.8.26.0224, Rel. Ailton Pinheiro de Castro, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 04/03/2021; TJSP, AC nº 1107236-92.2017.8.26.0100, Rel. Ailton Pinheiro de Castro, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 25/02/2021; TJSP, AC nº 0118469-21.2008.8.26.0100, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 30.07.2013.

¹⁰⁵ A cláusula penal, a toda evidência, representa um pacto secundário e acessório diretamente relacionado ao inadimplemento da obrigação principal.

¹⁰⁶ MELO, Leonardo de Campos. Cláusula take-or-pay: op. cit.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, confira-se doutrina estrangeira: "While liquidated damages provisions require the breaching party to pay a sum that is fixed by the contract upon breach, the alternative contract requires the payment of a fixed sum regardless of whether there is a breach of contract by the buyer: Thus, the take-or-pay provision is not a penalty for breach, but a performance obligation" (COFFREY, Rodrick J, "Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflictin Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-Or-Pay Provisions". In B.Y.U Journal of Public Law, v. 14, 1999-2000, p. 167).

Do mesmo modo, não se pode considerar a efetiva utilização do volume mínimo contratado como a obrigação devida pela parte contratante pelo simples fato de que não haveria, nesse caso, sequer interesse do credor – leia-se: do distribuidor de energia – no consumo ou utilização da energia mínima. O interesse da contratada se encontra diretamente relacionado à contraprestação financeira pela disponibilização da energia. Não há, por nenhum ângulo que se analise, interesse do distribuidor de energia de que a contratante, de fato, se obrigue a efetivamente utilizar a energia mínima contratada¹⁰⁸. Portanto, não havendo obrigação de consumo ou de utilização mínima, não há que se falar em inadimplemento, e consequentemente em aplicação da cláusula *take or pay*, diante do não atingimento do volume mínimo.

Além disso, a classificação da cláusula *take or pay* como cláusula penal representaria, em rigor, duas consequências primordiais: a incidência da regra constante do artigo 413 do Código Civil¹⁰⁹ e o afastamento de penalidades pelo descumprimento contratual do não pagamento referente à cláusula *take or pay*.¹¹⁰

Em relação à primeira, haveria o risco de ficar sem utilidade a função a ela atribuída, na medida em que, pela regra do artigo 413 do Código Civil, o valor da cláusula penal poderia ser reduzido se manifestamente excessivo. Isso significa dizer, por exemplo, que, no mercado de energia elétrica, se a utilização da energia fosse mínima, poder-se-ia considerar a redução do valor devido por se tornar manifestamente excessivo em relação à energia efetivamente consumida¹¹¹. Essa possibilidade acabaria, na verdade, por desnaturar a cláusula *take or pay*, desestabilizando a racionalidade da fórmula de preço e do contrato como um todo e trazendo insegurança e imprevisibilidade ao mercado¹¹².

E mais. No que diz respeito à segunda consequência, não se poderia atribuir nenhuma penalidade para a hipótese de descumprimento da cláusula *take or pay*, tendo em vista que, considerando tratar-se de cláusula penal, a previsão de uma

¹⁰⁸ VIEIRA, Vitor Silveira. op. cit., p. 101-150

¹⁰⁹ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹¹⁰ VIEIRA, Vitor Silveira. op. cit., p. 101-150

¹¹¹ TJSP, AC 0118469-21.2008.8.26.0100, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 30.07.2013; TJSP, AC 0050466-63.1998.8.26.0100, Rel. Des. Pereira Calças, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 04.05.2011; TJSP, AC 990.10.090319-5, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 14.09.2010.

¹¹² MARQUEZ. Rafael Batista. op. cit.

penalidade pelo descumprimento de uma cláusula penal – cuja natureza, como se disse, é de prefixar a indenização decorrente do inadimplemento – acabaria por ensejar em verdadeiro *bis in idem*¹¹³.

Por sua vez, sabendo-se que a cláusula penal se aplica nas hipóteses de inadimplemento culposo da obrigação, entender a cláusula *take or pay* como cláusula penal significaria atribuir culpa a todo inadimplemento decorrente da não utilização da obrigação mínima contratada, o que, em muitos casos, pode não representar a realidade dos fatos.

Até mesmo porque, como já se disse, a intenção das partes, com a inserção da cláusula *take or pay*, é apenas garantir maior previsibilidade e segurança ao negócio através de contraprestações previamente estabelecidas entre as partes em relação a um nível mínimo de energia¹¹⁴. A efetiva utilização da energia afigura-se absolutamente irrelevante para fins de cumprimento das obrigações atinentes às partes.

Ao se deparar sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se manifestou no sentido de classificar a cláusula *take or pay* como cláusula penal (ou outra espécie de penalidade), ao reputar abusiva a cláusula em relação consumerista por impor ao comprador o efetivo consumo da quantidade mínima estipulada¹¹⁵. Não há, na verdade, obrigação de consumo mínimo. Às distribuidoras de energia afigura-se absolutamente irrelevante se haverá ou não o efetivo consumo pelo consumidor. Importa, pois, a obrigação pecuniária decorrente daquela relação contratual que, inclusive, serviu como lastro perante a CCEE para o desenvolvimento de sua atividade e geração de energia. A obrigação do consumidor, a toda evidência, é apenas de pagar pelo mínimo contratado,

¹¹³ TJSP, AC 9232322-58.2008.8.26.0000, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 09.10.2012; TJSP, AC 990.10.208588-0, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 09.11.2010. TJSP. AC 1052595-91.2016.8.26.0100. Rel. Des. Mourão Neto. 27ª Câmara de Direito Privado. j. em 26.11.2019; TJSP. AC 1119069-44.2016.8.26.0100. Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida. 28ª Câmara de Direito Privado. j. em 05.02.2019.

¹¹⁴ “Enquanto obrigações de take-or-pay ostentam natureza independente, integrando o conjunto de prestações que formam o objeto do negócio contratado, cláusulas penais são obrigações acessórias de formação sucessiva, sujeitas ao requisito legal do inadimplemento. Não poderia ser diferente porque: em primeiro lugar, cada instituto é sujeito à disciplina diversa segundo o ordenamento brasileiro; e, em segundo, porque vai de encontro à finalidade econômica do instrumento do take-or-pay como mecanismo de alocação de riscos entre os contratantes” (MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de., op. cit. P. 189/225)

¹¹⁵ TJRJ, AC nº 0000828-18.2010.8.19.0203, Rel. Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, 23ª Câmara Cível, j. 19.03.2014.

garantindo-se o fluxo financeiro esperado pela vendedora, independentemente de sua respectiva utilização.

Trata-se, pois, de obrigação de pagamento, que não se confunde, de nenhuma maneira, a uma penalidade. O equívoco, por sua vez, reside na própria compreensão de que a obrigação assumida pelo contratante seja de utilizar a quantidade mínima contratada, quando, na verdade, a obrigação é apenas de pagar pela quantidade mínima contratada, disponibilizada, independentemente de seu uso.¹¹⁶

Esse entendimento já foi destacado na doutrina estrangeira por Ben Holland em relação ao mercado de gás natural, oportunidade na qual o autor destacou, ainda, ser esse o entendimento majoritário da jurisprudência inglesa¹¹⁷:

There are two separate obligations in most take-or-pay contracts. First, there is the obligation on the seller to make the gas available to the buyer. Secondly, there is the obligation on the buyer to pay for the gas that has been made available (either as well as, or instead of, taking up the gas). Again, in relation to send-or-pay contracts, there are also two separate obligations. First, there is the obligation on the transportation company to make the gas transportation service and facilities available to the shipper. Secondly, there is the obligation on the shipper to pay for the service (either as well as, or instead of, taking up the service by injecting gas). Both of these obligations create a benefit for the other party. This being so, it had been widely understood that take-or-pay payments, or send-or-pay transportation fees, would be considered by English law to be an amount due to the seller or transportation company as a debt for having made the gas or the transportation services available, and not as damages for any failure on the other party to take, or to ship, gas. This is because the seller or the transportation company is providing the service of

¹¹⁶ Esse mesmo equívoco foi incorrido por Rafael Batista Marquez ao afirmar que, “considerando que o valor da obrigação decorrente do inadimplemento da cláusula take or pay fora prefixado quando da assinatura do contrato, pode-se dizer que se trata de uma cláusula penal” (MARQUEZ. Rafael Batista. op. cit.).

¹¹⁷ The overwhelming majority of established English law decision make clear that a clause requiring a party to pay a set amount, such as a take-or-pay amount, cannot be held to be unenforceable as a penalty unless the paying party is in breach of contract, for example by failing to take LNG that it is obliged to take under an LNG sale and purchase agreement (SPA). Alternatively, in relation to a send-or-pay amount, by failing to ship gas that it is obliged to ship under a gas transportation agreement. This is because the rule on penalties is understood to only apply to amounts that the paying party has to pay by way of damages, not by way of a debt. Tradução livre: A esmagadora maioria das decisões da lei inglesa deixa claro que uma cláusula exigindo que uma parte pague um valor fixo, como um valor take-or-pay, não pode ser considerada inexecutável como penalidade, a menos que a parte pagante esteja em violação do contrato, por exemplo, ao não receber GNL que é obrigado a tomar ao abrigo de um contrato de compra e venda de GNL (SPA). Alternativamente, em relação a um valor de envio ou pagamento, ao deixar de enviar o gás que está obrigado a enviar por força de um contrato de transporte de gás. Isso porque entende-se que a regra das penalidades se aplica apenas aos valores que o pagador deve pagar a título de indenização, não a título de dívida (HOLLAND, Ben, op. cit., p. 443-453)

making gas or transportation services available to the other party, in accordance with the Gas Sales Agreement (GSA) or Gas Transportation Agreement (GTA), which will create a debt owing to the seller or the transportation company for that service. On this basis, it had been long understood that the rule on penalties should not apply at all.¹¹⁸

Vê-se, portanto, que, se o consumo a menor constitui uma opção do comprador, não se pode falar em inadimplemento e tampouco se atribuir à cláusula *take or pay* a natureza jurídica de cláusula penal. Por conseguinte, não havendo natureza indenizatória, a cláusula *take or pay* representa, na verdade, apenas um preço pactuado pela simples disponibilização da energia, ainda que não utilizada¹¹⁹.

Assim, tratando-se de obrigação, não há como se atribuir à cláusula *take or pay* uma natureza jurídica de penalidade. Resta, contudo, definir a que tipo de obrigação a cláusula *take or pay* se encontra vinculada.

2.2.3. Obrigação alternativa

A obrigação alternativa se caracteriza “pelo fato de a exoneração do devedor depender do cumprimento de qualquer das prestações que constituem o seu múltiplo objeto”¹²⁰. Ou seja, uma obrigação alternativa tem como objeto duas ou mais prestações, distintas entre si, incumbindo ao devedor, em regra, a faculdade de escolher por meio de qual delas irá adimplir a obrigação. Não há, portanto, uma

¹¹⁸ Ibid. p. 443/453. Tradução livre: Existem duas obrigações distintas na maioria dos contratos take-or-pay. Em primeiro lugar, há a obrigação do vendedor de colocar o gás à disposição do comprador. Em segundo lugar, há a obrigação do comprador de pagar pelo gás que foi disponibilizado (tanto quanto, ou em vez de, pegar o gás). Novamente, em relação aos contratos de envio ou pagamento, também existem duas obrigações separadas. Em primeiro lugar, há a obrigação da transportadora de disponibilizar o serviço e as instalações de transporte de gás ao embarcador. Em segundo lugar, existe a obrigação do expedidor de pagar pelo serviço (além de, ou em vez de, aceitar o serviço injetando gás). Ambas as obrigações criam um benefício para a outra parte. Sendo assim, era amplamente entendido que os pagamentos take-or-pay, ou taxas de transporte send-or-pay, seriam considerados pela lei inglesa como um valor devido ao vendedor ou empresa de transporte como uma dívida por ter feito o gás ou os serviços de transporte disponíveis, e não como danos por qualquer falha da outra parte em receber ou enviar gás. Isso porque o vendedor ou a transportadora está prestando o serviço de disponibilização de gás ou serviços de transporte para a outra parte, de acordo com o Gas Sales Agreement (GSA) ou Gas Transportation Agreement (GTA), que criará uma dívida ao vendedor ou à empresa de transporte para esse serviço. Com base nisso, há muito se entendia que a regra das penalidades não deveria se aplicar de forma alguma.

¹¹⁹ FRANCO, Nancy Gombossy de Melo; JUNIOR, Fernando Medici. op. cit..

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson., op. cit., p. 148

condição; as duas obrigações são igualmente certas, válidas e eficazes e independem da ocorrência de evento futuro e incerto¹²¹.

No caso, apesar da nomenclatura utilizada pela doutrina e pelo próprio Código Civil, alternativas são apenas as prestações; a obrigação é única e ela, ao fim do dia, que deve ser cumprida pela parte que se obrigou¹²². No exemplo da seguradora que se obriga a indenizar o segurado, a obrigação, como se disse, é de indenizar o segurado, seja através da reposição do bem objeto do contrato de seguro em iguais condições seja através de indenização pecuniária em valor correspondente ao do objeto segurado. A essência desse tipo de obrigação está justamente na alternatividade das prestações.

Nos contratos com cláusula *take or pay*, de fato, são duas as opções possíveis: (i) pagar o volume mínimo e utilizá-lo; ou (ii) pagar o volume mínimo e não utilizá-lo. Ocorre, contudo, que, invariavelmente, nas duas hipóteses, a prestação da obrigação deverá se dar por meio do pagamento do volume mínimo contratado; a alternatividade se dará apenas em relação à utilização ou não do volume mínimo contratado, o que, por óbvio, não se confunde com a obrigação que incumbe ao contratante (de pagar).

Com base justamente nessa premissa, Leonardo de Campos Melo conclui que, no direito brasileiro, a cláusula *take or pay* “consiste em obrigação alternativa em benefício do comprador, ocorrendo a concentração no ato da escolha, entre pagar por volume mínimo de gás e retirá-lo, ou pagar por volume mínimo de gás, sem retirá-lo”¹²³.

De forma bem semelhante, J. Michael Medina destaca que os tribunais estrangeiros, em geral, consideram que a cláusula *take or pay* se trata de um *alternative method of performance*, que confere ao comprador a escolha entre pegar e pagar pelo volume mínimo contratado ou simplesmente pagar pelo volume mínimo contratado¹²⁴.

¹²¹ Em outras palavras, “é alternativa a obrigação quando, de diversas prestações, uma só que seja satisfeita extingue a obrigação” (ALVES, João Luiz, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Anotado*, vol. 4, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p.21)

¹²² TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson., op. cit, p. 148

¹²³ MELO, Leonardo de Campos. op. cit..

¹²⁴ MEDINA, J. M. *The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future*, 27 *Tulsa L. J.* 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 09.05.2022

A jurisprudência estrangeira também já se mostrou simpática a esse entendimento no caso *Royce Realty & Developing, Inc. v. Arkla, Inc.*, em que a Suprema Corte de Oklahoma entendeu que a cláusula *take or pay* conferia obrigações alternativas, sendo a primeira retirar e pagar a quantidade mínima de gás e a segunda não retirar a quantidade mínima e, mesmo assim, pagá-la¹²⁵. Na ocasião, a Suprema Corte de Oklahoma consignou, ainda, que a obrigação de pagar a diferença não constituiria um remédio para o descumprimento da opção de pagar e retirar a quantidade mínima, tampouco uma cláusula de limitação de danos, mas sim uma segunda alternativa para o caso de não se decidir por retirar a quantidade mínima¹²⁶.

Há de se ressaltar, contudo, que, no contrato de compra e venda com cláusula *take or pay*, a contraprestação devida pela parte se limita ao pagamento do preço pela obrigação mínima contratada e, sobre essa obrigação – a obrigação principal –, não há qualquer alternatividade. Ou seja, o adimplemento da obrigação se dá, em qualquer dos casos, por meio do pagamento do preço pré-estabelecido, sendo a utilização ou não da quantidade mínima contratada caráter meramente acessório e irrelevante para o cumprimento da obrigação, que não corresponde, de nenhuma maneira, à obrigação de utilizar a energia, apenas de pagar por sua disponibilização.

Aqui se aplica, de igual modo, o entendimento apostado em contraposição à caracterização da cláusula *take or pay* como cláusula penal: não se pode falar em obrigação de consumo mínimo pelo simples fato de que, dentre outros motivos, não há sequer interesse do credor – do distribuidor de energia – em imputar ao contratante a obrigação de efetivamente utilizar um volume mínimo de energia. O interesse do credor, ao fim do dia, cinge-se à contraprestação financeira decorrente da disponibilização de um volume mínimo de energia contratado.

A impossibilidade de se caracterizar a cláusula *take or pay* como uma obrigação alternativa fica ainda mais nítida quando contrapostos, por Vitor Vieira, dois exemplos, um de cláusula *take or pay* e outro de obrigação alternativa:

¹²⁵ A natureza alternativa da cláusula *take or pay* também foi reconhecida em *Associated British Ports v. Ferryways NV*. Na ocasião, o juízo de inglês consignou que a obrigação de adquirir quantidade mínima não constituía um sucedâneo das perdas e danos, mas apenas oferecia uma faculdade ao devedor de optar por uma entre duas prestações independentes.

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Oklahoma. *Royce Realty & Developing, Inc. v. Arkla, Inc.* Caso no 77693. Julgado em 13/07/1993.

A distinção entre obrigação alternativa e cláusula de *take or pay* torna-se ainda mais clara quando contrapomos a situação presente nesta com exemplos daquela. São exemplos de obrigações alternativas o comprometimento de A em ‘entregar a B o televisor X ou a aparelhagem estereofônica Z, à escolha do devedor’; dar livro ou mil reais; ou vender um de três cavalos. Temos, ainda, a possibilidade de ‘o hóspede pode escolher, dentre os pratos do dia (entrada, peixe, carne [ou] sobremesa)’ ou a de o ‘vendedor de café pode[r] entregar o tipo a ou o tipo b’. Em todos esses exemplos, há variação da prestação devida, como se requer para a caracterização de obrigação alternativa, enquanto que tal variação não se verifica nos contratos com cláusula de *take or pay*, nos quais a prestação devida pelo comprador é sempre a pecuniária¹²⁷

Nesse contexto, apesar de o termo “*take or pay*” induzir à ideia de que haveria uma alternatividade entre as prestações, o que se vê, na prática, é que a alternatividade se limita à nomenclatura da cláusula. Uma obrigação alternativa, como já se disse, exige que as prestações tenham objetos distintos e que haja uma incerteza inicial quanto ao objeto da obrigação a ser prestada a exclusivo critério de uma das partes¹²⁸. Na cláusula *take or pay*, por outro lado, não há indeterminação na obrigação a ser prestada; ao fim do dia, sabe-se que o adimplemento da obrigação se dará por meio do pagamento do preço estipulado em contrato, pois, apenas essa obrigação tem o condão de efetivamente representar o adimplemento da obrigação, independentemente do que foi, de fato, consumido.

2.2.4. Obrigação de garantia

Há, ainda, quem entenda que a cláusula *take or pay* assegura o cumprimento da obrigação assumindo os riscos da não utilização do mínimo contratado. Com base nessa premissa, classificar-se-ia a cláusula *take or pay* como obrigação de garantia.

A obrigação de garantia nada mais é do que “a eliminação de um risco que pesa sobre o credor”¹²⁹, cujo adimplemento se verifica pela simples assunção do risco pelo devedor, mesmo que o risco não venha a se concretizar. O traço característico é, portanto, garantir um risco predeterminado.

¹²⁷ VIEIRA, Vitor Silveira. op. cit, p. 101-150

¹²⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2019, p. 75

¹²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meio de resultado e de garantia*. in: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

Nesse sentido, encontra-se também a definição nas palavras de Judith Martins-Costa, que tratou inclusive de distinguir, em breves notas, a cláusula de garantia da cláusula penal:

Cláusulas ou convenções de garantia são aquelas em que se estipula uma obrigação de garantia, vale dizer: o devedor assegura ao credor determinado resultado, assumindo o risco da não-verificação do mesmo qualquer que seja a sua causa. Trata-se, em síntese, de uma promessa de indenização, caso o resultado não seja obtido, nem a impossibilidade objetiva exonerando o devedor, uma vez que esse, expressamente, assumiu o risco da não verificação do efeito ou resultado pretendido. Só por esses traços genericamente alinhados percebe-se a distinção relativamente à cláusula penal que exige a culpa (e não o risco) como elemento de incidência¹³⁰

Ou seja, nas obrigações de garantia, o devedor se compromete com o cumprimento da obrigação independentemente da verificação do resultado previsto. Muitas vezes, essa garantia encontra-se assegurada até mesmo nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, tal como faculta às partes o artigo 393 do Código Civil¹³¹, mas, em geral, “o devedor da garantia assume a obrigação de atuar perante um fato futuro e incerto, tendo direito à remuneração pela tão só assunção do risco, independentemente, portanto, de sua efetiva verificação”¹³².

Vitor Vieira, ao analisar o instituto da cláusula *take or pay*, entende tratar-se de obrigação de garantia pelo fato de que se estipula não apenas a obrigação de pagar determinado valor pela disponibilidade do produto ou serviço, mas também se determina que essa obrigação será devida independentemente da utilização efetiva do bem ou serviço contratado nos mesmos termos da obrigação pecuniária previamente estabelecida entre as partes¹³³.

Ocorre, contudo, que, na cláusula *take or pay*, como já se disse, a obrigação assumida pela distribuidora de energia é apenas e tão somente de disponibilizar a energia mínima contratada, de modo que a contratante não está obrigada, em nenhum dos casos, a garantir uma quantidade mínima de utilização, mas apenas pagando pelo produto ou serviço efetivamente prestado pela contratada – a

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 629

¹³¹ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

¹³² TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson., op. cit, p. 165

¹³³ VIEIRA, Vitor Silveira. op. cit., p. 101-150

disponibilização da energia propriamente dita, cuja utilização, pela contratante, é absolutamente irrelevante para relação jurídica estabelecida entre as partes.

A controvérsia, como se vê, perpassa exclusivamente pela compreensão de que a obrigação principal assumida pela contratante cinge-se ao pagamento da energia mínima a ser disponibilizada pela contratada, não havendo, em nenhum caso, obrigação de efetivamente retirar a energia disponibilizada pela contratada. Esse entendimento, absolutamente singular aos mercados de energia e de gás, é fundamental para que se compreenda a natureza jurídica da cláusula *take or pay* e as obrigações assumidas pelas partes no âmbito desta relação contratual.

2.2.5. Obrigação aleatória

Intrinsicamente relacionada à obrigação de garantia encontra-se obrigação decorrente de contrato aleatório. Há quem diga, inclusive, tratar-se a obrigação de garantia de subespécie de obrigação de resultado singularizada por seu caráter aleatório¹³⁴.

Os contratos aleatórios, embora tenham previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, e, inclusive, uma seção exclusivamente a eles dedicada dentro do capítulo intitulado “contratos”, não foram definidos pelo legislador e, tampouco, detidamente regulamentados.

Na Seção VII, do Capítulo V, do Código Civil, o legislador brasileiro se limitou a regular as vendas aleatórias, ao lado de preceitos específicos no âmbito dos contratos aleatórios típicos, quais sejam, o seguro, a constituição de renda, o jogo e a aposta¹³⁵. O mesmo não ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico italiano, que serviu de base para Código Civil brasileiro, que, ainda no Código Civil de 1865, definia o contrato aleatório, em seu artigo 1.102, como um “contrato de sorte ou aleatório, quando para ambos os contraentes ou para um desses a vantagem depende de um acontecimento incerto”.

O traço característico distintivo desta espécie contratual é a álea, compreendida como “a incerteza de ambos os contratantes, existente no momento

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, vol.II - Teoria Geral das Obrigações, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2015, p. 194

¹³⁵ BANDEIRA, Paula Greco, *Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 12

da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto, incontrolável e previsto pelas partes”¹³⁶.

Nesse contexto, embora não expressamente definidos pelo legislador, são qualificados como aleatórios “os contratos em que a extensão das prestações de uma das partes, por se encontrar submetida a um acontecimento incerto, não é precisamente conhecida e, portanto, não apresenta relação de equivalência com as prestações da outra parte”¹³⁷.

Considerando-se que o risco¹³⁸, em maior ou menor escala, é intrínseco à grande maioria dos contratos, inclusive aos contratos comutativos, cabe, aqui, diferenciar os conceitos de álea econômica, presente, via de regra, em qualquer relação contratual, e álea jurídica, típica dos contratos aleatórios.

A álea econômica, também chamada de álea normal¹³⁹, é aquela intrínseca à causa do negócio jurídico entabulado, que se relaciona com a possibilidade de, no momento da execução de contratos comutativos, de natureza diferida ou continuada, o custo e o valor das prestações tenham sofrido variações positivas ou negativas – como, por exemplo, em uma obra em contrato de empreitada.¹⁴⁰

De outro lado, encontra-se a álea jurídica, característica dos contratos aleatórios, que consiste na incerteza de ambos os contratantes, no momento da celebração do contrato, quanto aos ganhos e perdas patrimoniais que dele podem

¹³⁶ Ibid., p. 253

¹³⁷ DIAS, Antônio Pedro Medeiros, *Revisão e Resolução do Contrato por Excessiva Onerosidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 114

¹³⁸ Cumpre, aqui, destacar, nas palavras de Paula Greco Bandeira, que, “Se, de um lado, o risco econômico corresponde à vantagem ou ao dano economicamente apreciável decorrente de evento incerto, o risco jurídico, de outro lado, se verifica quando o evento incerto ou ignorado incide sobre o an ou sobre o quantum das prestações. Ou, ainda, diz-se que o risco jurídico se refere à possibilidade de mudança jurídica da situação subjetiva dos contraentes. Nesta direção, indicam-se duas hipóteses nas quais se configura o risco jurídico. A primeira refere-se ao desenvolvimento de uma atividade da qual resulta, só por si, responsabilidade para o agente, cujo exemplo mais eloquente consiste na responsabilidade objetiva. A segunda concerne às consequências danosas de um evento incerto que atinja a situação jurídica ativa de seu titular, a exemplo do risco de impossibilidade superveniente da prestação por causa não imputável ao devedor” (BANDEIRA, Paula Greco, op. cit., p. 12)

¹³⁹ “Além disso, relaciona-se a previsibilidade do evento com a ‘álea normal do contrato’, na medida em que uma alta de preços, por exemplo, não será considerada imprevisível se não ultrapassar uma ‘alta sazonal’, que estará compreendida dentro dos contornos da álea normal do contrato” (FRANTZ, Laura Coraddini, *Revisão dos Contratos: elementos para sua construção dogmática*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25)

¹⁴⁰ BANDEIRA, Paula Greco, op. cit., p. 254

advir em decorrência de eventos incertos, mas previstos pelas partes.¹⁴¹ Na visão de Paula Greco Bandeira:

os contratos aleatórios se diferem tradicionalmente dos comutativos por duas diferenças básicas: (i) os contratos comutativos têm, ab initio, desde a celebração do contrato, suas prestações conhecidas, certas e determinadas ou determináveis, enquanto que nos contratos aleatórios há incerteza dos contratantes, no ato de estipulação do contrato, quanto às suas prestações, cuja existência ou extensão dependerá da ocorrência do evento incerto, desconhecida no momento da celebração do negócio; e (ii) os contratos comutativos se caracterizam pela equivalência entre as prestações, isto é, as prestações guardam equilíbrio entre si, ao que passo que nos contratos aleatórios tal equivalência não existe, vez que há probabilidade de ganho ou perda para os contratantes, a depender da verificação do evento incerto¹⁴².

Há, portanto, quem entenda tratar-se de obrigação decorrente de contrato aleatório a natureza jurídica da cláusula *take or pay* sob o fundamento de que a utilização da energia disponibilizada seria um evento aleatório, futuro e incerto, que resultaria em ganho ou perda patrimonial dos contratantes. A álea jurídica seria, então, a não utilização da quantidade mínima contratada, caracterizando-se o contrato com cláusula *take or pay* como se aleatório fosse.

Nesse sentido, encontra-se o entendimento de Rafael Baleroni:

[A] obrigação contratual do adquirente (no contrato de fornecimento) (...) de pagar por quantidades (...) de gás natural, independentemente de receberem ou utilizarem efetivamente a quantidade (...) paga, corresponde a uma prestação cuja contraprestação está sujeita a um risco, uma incerteza, uma álea, pois poderá até mesmo não vir a ocorrer¹⁴³.

Contrário a essa teoria, encontra-se Leonardo de Campos Melo – que, como já dito, se filia ao entendimento de que a natureza jurídica da cláusula *take or pay* seria de obrigação alternativa –, que sustenta que os defensores da natureza aleatória da cláusula *take or pay* acabam por confundir, na verdade, a álea jurídica com a álea econômica do contrato.

¹⁴¹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros, op. cit, p. 114

¹⁴² BANDEIRA, Paula Greco, op. cit., p. 82.

¹⁴³ BALERONI, Rafael, “Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural”, in RTDC, vol. 27, 2006, pp. 256 e 263

“Os defensores da natureza aleatória das cláusulas take-or-pay a fundam no risco de inadimplemento, parcial ou integral, da obrigação de compra de quantitativos mínimos de gás. Por se não poder afirmar, no ato da contratação, se o comprador honrará a sua obrigação, o negócio seria marcado pelo risco, a atrair para si a natureza aleatória. O argumento não se sustenta, pois não se pode confundir a álea, como elemento fundamental do contrato aleatório, com aquela, absolutamente corriqueira em qualquer relação contratual, em que poderá ocorrer o inadimplemento, notadamente naquelas em que se tem certeza quanto à prestação das partes.”¹⁴⁴

De igual modo, Leonardo de Campos Melo entende que não haveria desproporção manifesta entre as prestações das partes “nas hipóteses em que os quantitativos mínimos de gás são adquiridos, mas não retirados” ¹⁴⁵, afastando-se, por conseguinte, mais um traço distintivo dos contratos aleatórios.

Assim, fato é que, nos contratos com cláusula *take or pay*, as obrigações das partes encontram-se perfeitamente delineadas, de modo que, ainda que não utilizados os quantitativos mínimos previstos pelo comprador, as prestações encontram-se definidas pelas partes, tratando-se, pois, de contratos comutativos, por meio dos quais se sujeitam as partes, de um lado, a realizar o pagamento mínimo previsto, e, de outro, a disponibilizar a quantidade de energia mínima contratada, independentemente de sua utilização, que não se caracteriza por obrigação assumida pelas partes¹⁴⁶.

Essa relação, a toda evidência, distancia-se, por exemplo, do contrato de safra futura, de natureza sabidamente aleatória, em que, de fato, não há como se garantir como será aquela safra (nem tampouco se ela existirá, em virtude das intempéries que podem ocorrer em relação à safra), mas o preço dela já se encontra pré-determinado. Isso porque, ainda que não se possa prever com exatidão, quando da celebração do contrato, a quantidade mínima de energia a ser efetivamente utilizada, pode-se determinar, desde logo, qual será a quantidade mínima a ser

¹⁴⁴ MELO, Leonardo de Campos. op. cit.

¹⁴⁵ Também não se pode afirmar que a cláusula take-or-pay carregaria em si uma desproporção manifesta entre as prestações das partes, nas hipóteses em que os quantitativos mínimos de gás são adquiridos, mas não retirados, e que esse seria mais um traço distintivo dos contratos aleatórios. Isso porque, em contratos comutativos, a equivalência das prestações não é aferida por critérios puramente objetivos, de idêntica expressão econômica. (...) Além disso, as cláusulas take-or-pay podem ser comercialmente justificáveis, em razão da natureza da contratação e dos interesses subjacentes (MELO, Leonardo de Campos. op. cit.)

¹⁴⁶ Ibid.

disponibilizada pela distribuidora de energia, sendo esta a obrigação assumida no âmbito daquela relação contratual.

Assim, estabelecida a premissa de que a natureza jurídica da cláusula *take or pay* é de cláusula de preço e tendo sido rechaçadas as demais teorias estudadas sobre o tema, no capítulo seguinte será analisada a possibilidade de se aplicar a teoria da onerosidade excessiva aos contratos com cláusula de *take or pay* no mercado de energia.

3. Alocação de risco nos contratos de compra e venda de energia elétrica com cláusula *take or pay* e a aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva

3.1. A liberdade contratual e a alocação de riscos no contrato

O artigo 421 do Código Civil¹⁴⁷ confere às partes liberdade para contratar, desde que respeitados os limites impostos pela função social do contrato. A regra geral, tal como disposta no parágrafo único da referida norma, é a da intervenção mínima, devendo a revisão contratual ser excepcional, tal como disposto no artigo 421-A¹⁴⁸, inciso III, do Código Civil.

Essa liberdade, todavia, é pré-contratual, pois, celebrado o contrato, vige a regra justamente oposta: as partes não poderão se desincumbir das obrigações assumidas sem o consentimento prévio de todas as partes contratantes, exceto se em virtude de outros institutos jurídicos previstos em lei. Nesse sentido, tem-se, como efeito do princípio da obrigatoriedade dos contratos justamente a alienação da liberdade dos contratantes, sendo vedada às partes a possibilidade de romper os vínculos contratuais celebrados sem o consentimento prévio da contraparte,¹⁴⁹ bem como alterar o conteúdo ajustado.

O princípio da conservação dos contratos, a seu turno, impõe tanto ao legislador quanto ao intérprete a árdua tarefa de, a despeito da irrevogação das partes, manter hígido o negócio jurídico celebrado no que diz respeito aos planos da existência, validade e eficácia, ainda que, para conservação desses contratos, seja necessária sua correção e/ou revisão¹⁵⁰

¹⁴⁷ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”

¹⁴⁸ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II Teoria Geral das Obrigações. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 134

¹⁵⁰ “Aplica-se também o princípio da conservação quando se trata de permanência da eficácia; realmente, quando os efeitos do negócio jurídico não correspondem aos que, de início, estavam previstos, de forma que, então, certos elementos categoriais naturais (ditas ‘cláusulas de garantia

A esse respeito, Anderson Schreiber destaca que “sintetizado no brocardo latino *pacta sunt servanda*, o princípio da obrigatoriedade do contrato exprime a força vinculante do instituto, refletida na expressão de que o contrato tem ‘força de lei’, originada no Code Napoléon”.¹⁵¹

Francisco Paulo de Crescenzo Marino, por sua vez, questiona se o princípio da conservação concederia ao intérprete um salvo-conduto para criar um remédio revisional às hipóteses de onerosidade excessiva fundadas no artigo 478 do Código Civil. A resposta, por ele mesmo desenvolvida, é categoricamente negativa, sendo, no seu entendimento, vedada a possibilidade de revisão contratual fora dos limites impostos pela norma contida no artigo 478 do Código Civil.¹⁵²

Ou seja, na visão de Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a quem se filia minoritária doutrina, não seria possível a interpretação extensiva do artigo 479 do Código Civil, para legitimar um remédio revisional não expresso em lei, sobretudo pelo fato de que o meio conservativo previsto na referida norma seria bastante peculiar em relação aos demais:

Note-se a presença de uma significativa particularidade do meio conservativo previsto no art. 479 do Código Civil em relação à maior parte das outras figuras tradicionalmente relacionadas ao princípio da conservação: nele, a manutenção demanda a modificação do conteúdo de uma determinada relação contratual em curso. Ao contrário, na maior parte dos demais meios conducentes à conservação (i) o conteúdo negocial não sofre qualquer alteração (v.g., na conservação interpretativa, na conversão substancial e não confirmação dos negócios anuláveis etc.), (ii) há mera correção ou ajuste de valores (v.g., na ação estimatória, na restituição de parte do preço em caso de evicção parcial e na correção do valor da prestação do art. 317), ou (iii) há a redução do conteúdo negocial, seja por conta da adaptação ou da substituição de cláusula tida por inválida (v.g., a redução da cláusula penal e a redução da taxa de juros ao máximo permitido

implícitas’) atuem, o ordenamento jurídico, em vez de ordenar, pura e simplesmente, a resolução (ineficácia superveniente), admite, aqui também, ‘correções que levam à conservação dos efeitos do negócio (por exemplo: a permissão para optar por ação de abatimento de preço, em vez de ação redibitória, no caso dos vícios redibitórios – art. 1.105 do CC [de 1916, equivalente ao art. 442 do Código de 2002]; a possibilidade de escolher a restituição de parte do preço, em vez de resolver o contrato, no caso da evicção parcial – art. 1.114 do CC [de 1916, equivalente ao art. 455 do Código de 2002]; a revisão judicial, nos casos de contratos onerosos desequilibrados pela excessiva onerosidade de uma das prestações etc.)” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66/69)

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 403

¹⁵² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*, São Paulo: Almedina, 2020, p. 35/36

em lei), seja por meio da separação e da preservação da parte válida do conteúdo (art. 184 do Código Civil).¹⁵³

Há, contudo, quem defenda entendimento diametralmente oposto no sentido de que o princípio da conservação dos negócios jurídicos levaria a uma regra geral de revisão dos contratos, ao contrário do que expressamente determina o artigo 478 do Código Civil.¹⁵⁴

No Brasil, o posicionamento favorável da jurisprudência à revisão ou à resolução do contrato por onerosidade excessiva se deu após a promulgação da Constituição da República de 1988. Para concretizar a tábua axiológica inaugurada pela Constituição da República de 1988, o Código Civil de 2002 inovou em relação ao Código anterior ao estabelecer a possibilidade de resolução (e revisão¹⁵⁵) dos

¹⁵³ Ibid., p. 37

¹⁵⁴ “Não se pode mais dizer, diante de todos os dispositivos legais que consagram a revisão, que a revisão contratual não é admitida no direito brasileiro. Não se pode dizer também, diante do princípio da conservação dos negócios jurídicos, que as disposições legais sobre revisão seriam taxativas. Se a regra fosse a resolução, aí sim faria sentido interpretar as disposições legais como taxativas. Mas não são. Exceção, diante do princípio da conservação dos negócios jurídicos, é a resolução. E por isso ela vem expressa no art. 478. Não há somente um fundamento legal para a revisão. Há um todo, um conjunto que a fundamenta, formado por todas as disposições legais que a autorizam expressamente, e pelo princípio dogmático da conservação dos negócios jurídicos, que ilumina as disposições expressas, mas não se limita a elas, extravasando por todo o ordenamento” (CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo, *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*, São Paulo, 2010, Dissertação (Mestrado em direito civil), Universidade de São Paulo).

¹⁵⁵ Para Anderson Schreiber, trata-se, inclusive, de um dever de renegociar, que “não configura um dever de alcançar certo resultado ou de aceitar novas condições propostas pelo contratante desfavorecido pelo desequilíbrio; não se trata de um dever de revisar o contrato extrajudicialmente, mas simplesmente de ingressar em renegociação, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando e respondendo, com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante. Desdobra-se em duas etapas: (a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado; e (b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder a uma proposta nesse sentido, analisando-a seriamente” (SCHREIBER, Anderson, *Equilíbrio Contratual e dever de renegociar*, São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 341). Francisco Marino, em sentido contrário, defende sobre a possibilidade de revisão do contrato que “[c]onquanto prevalecente, essa posição está longe de ser unânime. A jurisprudência nacional parece dividida, não tendo sido possível identificar uma tendência claramente majoritária. Inúmeros são os argumentos esgrimidos pela doutrina nacional no afã de justificar o poder revisional do devedor da prestação excessivamente onerosa. Independentemente da maior ou menor clareza com que vêm empregados, eles afetam, a um só tempo, os arts. 478 e 479 do Código Civil. Com efeito, admitir a revisão contratual por iniciativa do devedor significa incluir, ao lado do remédio resolutório previsto no art. 478, um segundo e distinto remédio. Essa inclusão altera a dinâmica dos dois artigos, calcados em determinado equilíbrio de posições jurídicas: a posição jurídica modificativa atribuída ao credor é uma reação ao exercício da posição jurídica extintiva titulada pelo devedor. Na medida em que constrói o poder revisional do devedor, esse equilíbrio é (intencionalmente) alterado” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, op. cit, p. 22/23)

contratos de duração alterados por fatos supervenientes à sua celebração, desde que preenchidos os requisitos necessários (Código Civil, artigo 478¹⁵⁶).

Dentre esses requisitos, encontra-se a ocorrência de um fato imprevisível e extraordinário¹⁵⁷ não considerado pelas partes quando da celebração do negócio jurídico, e ensejador de onerosidade excessiva para um dos contraentes. Ressalte-se, por oportuno, que, como destacado pelo Enunciado n. 366 da IV Jornada de Direito Civil, “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.¹⁵⁸

No que diz respeito aos remédios legais disponíveis para os casos de onerosidade excessiva nos contratos de execução diferida ou continuada, o legislador previu duas hipóteses. A primeira facultada ao devedor, a quem a prestação se tornou excessivamente onerosa, de resolver o contrato (Código Civil, art. 478); e a segunda, ao credor, de evitar a resolução, oferecendo a possibilidade de reequilibrar o contrato (Código Civil, art. 479).

Embora, em uma leitura literal da norma, entenda-se tratar-se de direito potestativo do credor a possibilidade de revisão do contrato quando as prestações se tornarem excessivamente onerosas para uma das partes, prevalece, nos dias de hoje, o princípio da preservação dos pactos ou conservação dos negócios jurídicos,

¹⁵⁶ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

¹⁵⁷ “(...) parece-nos que a melhor interpretação é no sentido de compreender de forma ampliativa a expressão ‘motivos imprevisíveis’ contida na redação do art. 317 do Código Civil, que deve ser entendida como equivalente ao requisito ‘acontecimentos extraordinários e imprevisíveis’ previsto no art. 478 do Código Civil, que trata propriamente do instituto da onerosidade excessiva no Direito brasileiro. (...) A imprevisibilidade de um determinado evento é entendida, em termos gerais e naturalísticos, como a impossibilidade de, no momento de formação do contrato, se representar mentalmente a ocorrência futura de um dado evento. (...) Embora ainda seja tema controvertido, entende-se majoritariamente que os termos ‘extraordinariedade’ e ‘imprevisibilidade’, não obstante muitas vezes coincidirem nos casos concretos, não são sinônimos. O fato extraordinário consiste naquele cuja ocorrência não obedece ao curso normal, ou estatisticamente comum da vida ordinária, se situando fora da ordem habitual de sucessão de eventos, como guerras ou epidemias.” (DIAS, Antônio Pedro Medeiros, op. cit., p. 57, 59 e 65)

¹⁵⁸ No mesmo sentido, encontra-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: STJ, Resp 783.520/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3a Turma, j. 07.05.07)

segundo o qual se deve priorizar a revisão¹⁵⁹ e o reequilíbrio do contrato¹⁶⁰ em detrimento de sua efetiva resolução.¹⁶¹ Com base nessa percepção, consignou o Enunciado n. 367 do CJF/STJ que “em observância ao princípio da conservação, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório”.

Assim, verificando-se tratar-se de situação de excessiva onerosidade, a teoria se aplica também em virtude dos princípios da preservação dos pactos ou conservação dos negócios jurídicos, sujeitando as partes ao dever de renegociar as bases do contrato quando constatado fato imprevisível e extraordinário que torne a prestação excessivamente onerosa a uma das partes¹⁶².

No que diz respeito aos remédios legais disponíveis para os casos de onerosidade excessiva nos contratos de execução diferida ou continuada, o legislador, como já se disse, previu duas hipóteses. A primeira facultada ao devedor,

¹⁵⁹ Não à toa, o Enunciado n. 176 do CJF/STF dispõe que “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

¹⁶⁰ “Assim, o princípio do equilíbrio contratual não está adstrito a mero reforço daquilo que já derivaria da própria noção de comutatividade, centrada sobre o vínculo corresponsivo entre prestações. Sua aspiração é mais ampla que a mera desvalorização de um dado estrutural já presente na ordem jurídica brasileira. Destina-se a impedir não somente que um contratante sofra sacrifício econômico desproporcional ao benefício econômico obtido – o que se pode denominar desequilíbrio contratual vertical, porque constatado a partir da comparação entre as dimensões econômicas dos direitos e obrigações recíprocos que compõem o objeto do contrato –, mas também que sofra sacrifício econômico desproporcional ao assumido – o que se pode denominar desequilíbrio contratual horizontal, porque verificado a partir do agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, entre o momento da formação do contrato e o momento da sua execução” (SCHREIBER, Anderson, *Equilíbrio Contratual e dever de renegociar*, op. cit., p. 56)

¹⁶¹ “Além disso, em matéria de contratos, o sistema brasileiro, em sendo possível manter o vínculo entabulado entre os contratantes, prefere a revisão dos termos da avença à sua extinção. Trata-se do princípio da preservação dos pactos ou conservação dos negócios jurídicos, que embasa, a propósito, o art. 479 do Código Civil, do qual se depreende que, conquanto haja onerosidade excessiva para um dos contratantes e estejam configurados os requisitos para a resolução do contrato previstos no art. 478, a resolução poderá ser evitada caso a outra parte se ofereça a modificar equitativamente as condições do contrato. O Código Civil, assim, não reconhece a resolução por onerosidade excessiva como direito potestativo daquele que se vê em posição de iniquidade, porquanto a disposição da outra parte em reequilibrar materialmente o contrato afasta o direito à extinção” (NASSER, Paulo Magalhães, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108/109)

¹⁶² “Assim no direito privado como em direito público, somente se há de atender; a favor do devedor, à mudança de circunstâncias, quando a continuidade das circunstâncias faz parte do conteúdo do negócio jurídico, ou se foi concluído tendo-se em conta, acordadamente, circunstâncias cuja persistência ou aparição seria de esperar-se, ou se à resolução ou rescisão do negócio jurídico é preferível, para o que há de atenuar as consequências, que se proceda a reajuste ou a revisão de contrato. É preciso que, a par da onerosidade excessiva, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável conforme o tráfico. Não há limite a priori para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo. A sanção normal é a rescisão, salvo se o credor admite o abatimento; ou o abatimento, salvo se o credor prefere a rescisão.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 263).

a quem a prestação se tornou excessivamente onerosa, de resolver o contrato (Código Civil, art. 478); e a segunda, ao credor, de evitar a resolução, oferecendo a possibilidade de reequilibrar o contrato (Código Civil, art. 479).

Por outro turno, deve-se ter em mente que todo contrato importa uma gestão de riscos. É justamente essa alocação, livremente realizada pelas partes, que define o sinalagma contratual, a corresponsabilidade entre as prestações de cada uma das partes contratantes. É através da análise dos riscos potenciais e das disposições específicas estabelecidas pelas partes que se verifica o equilíbrio econômico de um negócio jurídico em concreto¹⁶³.

É importante que essa racionalidade, da análise do abstrato ao concreto, oriente o jurista na interpretação do negócio jurídico. Isso, é claro, em todas as relações paritárias, em que não há disparidade de informações entre as partes, mas sobretudo nos contratos entre empresários, em que há simetria entre os contratantes, e todas as partes envolvidas estão em busca do lucro de suas operações¹⁶⁴. Nesse sentido o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF) afirma que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações empresariais”.

¹⁶³ Cada tipo contratual possui critérios de repartição do risco previamente estabelecidos em lei. Entretanto, as partes poderão modelar a alocação de riscos do negócio, inserindo na sua causa repartição de riscos específicos e incomum a certa espécie negocial. Ao lado do tipo contratual, o intérprete, para fins de identificação da alocação de riscos e das respectivas responsabilidades, há de considerar a qualidade das partes, investigando-se a atividade normalmente praticada pelos contratantes. A título de ilustração, considera-se justo imputar maior risco ao empresário do que a indivíduo que não seja expert em determinado setor. Ou, ainda, imputar a responsabilidade ao contratante pelo risco inerente à atividade econômica por ele regularmente desenvolvida. Deve-se, também, observar se há cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, bem como o sistema de responsabilidades que decorrem da interpretação sistemática e teleológica das cláusulas contratuais. (...) A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelas partes e mediante o qual os contratantes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do concreto, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-individual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes (BANDEIRA, Paula Greco; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Civil, v. 6, out.-dez./2015, p. 12)

¹⁶⁴ “O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados. Dizemos que a ‘natureza e o espírito do contrato’ comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo escopo de lucro que grava cada uma delas” (FORGIONI, Paula op. cit, p. 40)

A gestão de riscos permite, dentre outros – por exemplo, a alteração da alocação de riscos entre as partes –, o alargamento da álea normal do contrato¹⁶⁵, de modo que o risco passa a ser previsível e a consequência de sua verificação passa a ser atribuível a uma das partes. Há, contudo, de se observar a ressalva de que “as áleas e a especulação se comportam, igualmente, dentro de certos limites de previsão, além dos quais as partes nada percebem, desde que as variações não podem ser concebidas como infinitas”.¹⁶⁶

A Lei de Liberdade Econômica consagrou expressamente essa elaboração doutrinária ao incluir o art. 421-A no Código Civil, segundo o qual “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos”, devendo ser respeitada a alocação de riscos definida pelas partes.¹⁶⁷ O dispositivo veio para valorizar a autonomia privada e a racionalidade econômica dos contratos.¹⁶⁸

Assim, tem-se que a alocação de riscos é instrumento por meio do qual as partes conferem dinamismo à contratação, alargando a álea normal do negócio e atribuindo maior responsabilidade ao devedor, inclusive por fatos imprevisíveis e extraordinários.¹⁶⁹

¹⁶⁵ “A álea deve ser compreendida pela incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrolável, embora previsto pelas partes. Diz-se em termos de atribuição patrimonial pois o lucro ou o prejuízo sobre o qual recai a incerteza dos contratantes ao firmarem o negócio se afigura jurídico, não já econômico, traduzindo-se na execução de prestação (com a transferência de ativo), em favor da contraparte, deflagrada pelo implemento do evento incerto” (BANDEIRA, Paula Greco. op. cit, p. 25)

¹⁶⁶ BESSONE, Darcy, *Do contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 296

¹⁶⁷ Art. 421-A, CC. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

¹⁶⁸ Seguindo, conforme o art. 421-A, inc. II, do CC/02, a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada. Assim, é preciso levar em conta, por exemplo, os investimentos realizados pelas partes e a oportunidade de reavê-los, sem prejuízo da obtenção dos lucros esperados, de acordo com a racionalidade econômica e as regras de tráfego de cada negócio em si. Repete-se, assim, o sentido já previsto no novo art. 113, § 1º, inc. V, do Código Civil, que, como visto, menciona a racionalidade econômica das partes (TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Segunda parte. In: *Migalhas*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>> Acesso em 13.06.2022)

¹⁶⁹ Nesse sentido: “A despeito das regras oferecidas pela teoria legal do risco, podem as partes gerir os acontecimentos inevitáveis e necessários, predeterminando, por exemplo, quais eventos consideram caso fortuito capaz de impossibilitar a execução da prestação. Admite-se, outrossim, que uma das partes assuma o risco da impossibilidade causada por caso fortuito. O próprio Código

3.2. A cláusula *take or pay* como gestão de risco empresarial

No mercado de energia, a alocação de risco é praxe e se dá sobretudo por meio da inserção das cláusulas *take-or-pay* nos contratos. Desenvolvida como forma de estabilizar as relações contratuais altamente reguladas, a cláusula *take or pay* estabelece responsabilidades diferentes para as partes por meio da assunção de riscos que podem se verificar independentemente da vontade dos contratantes.

Recorde-se que a cláusula *take or pay*, nos contratos de fornecimento de energia, configura regramento por meio do qual se estabelece para o comprador a obrigação de adquirir do fornecedor uma quantidade mínima de energia especificada em contrato, em um determinado lapso temporal. E, ainda que o comprador não tenha capacidade ou necessidade de adquirir a totalidade da quantidade indicada no contrato, deverá pagar o preço mínimo fixado.

Daí porque a cláusula *take or pay* se revela também uma forma de alocação convencional do risco entre os contratantes, de modo que o risco principal atribuído ao vendedor é de que o preço de mercado aumente durante a execução do contrato e ao comprador é de que o preço da energia venha a ser inferior ao do contrato, uma vez que, independentemente das mudanças de mercado, o valor da energia a ser comercializado deverá ser aquele previsto em contrato.¹⁷⁰

Civil permite, no caput do artigo 393, que os contratantes convençionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, fazendo com que persista a responsabilidade do devedor mesmo se a inexecução decorrer de evento inevitável, para o qual este não tenha concorrido. Homenageia-se a autonomia privada, reconhecendo-se que a solução adotada como regra pela lei pode não se coadunar com os interesses concretos envolvidos no negócio” (BANDEIRA, Paula Greco; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos*. op. cit., p. 17.)

¹⁷⁰ It is generally accepted that the primary purpose of take-or-pay provisions is to allocate risk between the buyer and seller of natural gas. The take-or-pay provision removes some of the risk from the seller and places some of the risk on the buyer. The seller risks that the market price will exceed the contract price at some point during the duration of the contract, and that it will be obligated to sell the gas at the lower contract price. The buyer risks that the market price will fall below the contract price at some point during the duration of the contract, and it will be obligated to either buy gas at a higher price than it is able to resell it or to pay for a minimum quantity of gas even if it never takes that minimum quantity. Tradução livre: É geralmente aceito que o objetivo principal das disposições de take-or-pay é de alocar o risco entre o comprador e o vendedor de gás natural. A cláusula take-or-pay remove parte do risco do vendedor e coloca parte do risco no comprador. O vendedor corre o risco de que o preço de mercado exceda o preço do contrato em algum momento durante a vigência do contrato e que seja obrigado a vender o gás ao preço mais baixo do contrato. O comprador corre o risco de que o preço de mercado caia abaixo do preço do contrato em algum momento durante a vigência do contrato, e será obrigado a comprar gás a um preço mais alto do que é capaz de revender ou a pagar uma quantidade mínima de gás, mesmo que nunca leve essa quantidade mínima (COFFEY, Rodrick, op. cit. p. 165).

Considerando que o mercado de energia, como se demonstrou, é bastante volátil, trata-se de relevante risco assumido pelas partes, justamente com o objetivo de conferir estabilidade à relação de longa duração na qual se envolvem. Com essa estipulação, os contratantes minimizam os potenciais efeitos nocivos que as oscilações de mercado poderiam trazer à relação jurídica.¹⁷¹

Em outras palavras, por meio da cláusula *take or pay*, as partes passam a se responsabilizar pelas alterações de valor do mercado, devendo manter-se fiel ao que foi contratado a despeito de modificações mercadológicas supervenientes sofridas pelo setor de energia (ou qualquer outro em que se encontre inserida).

Pode-se inferir, assim, que a cláusula *take or pay*, em regra, impede que as partes aleguem a força maior ou o caso fortuito como excludente de responsabilidade¹⁷². Isso ocorre porque o risco assumido pelas partes se relaciona justamente com essa flutuação de preço, alterando a álea normal do contrato. Tem-se, portanto, que o contratante se compromete a adquirir energia (e o vendedor a disponibilizar) mesmo que sobrevenha o risco assumido (no caso, a oscilação mercadológica, as alterações no preço, e as modificações no setor, por exemplo).

Desse modo, a impossibilidade decorrente do caso fortuito não exonerará o devedor da obrigação, de forma que, na hipótese de descumprimento da obrigação, restará configurado o inadimplemento absoluto.¹⁷³

¹⁷¹ There are several purposes served by take-or-pay provisions, in favor of both producers and pipeline companies. First, the provision creates an atmosphere of stability in the producer-pipeline company relationship. Prior to such provisions, pipeline companies took gas from producers only when the companies needed the gas, leaving the times and quantities of deliveries varied and unpredictable. The resulting instability was unsatisfactory for the producer and inefficient as a whole, so the minimum “take” provision was utilized. Additionally, a take-or-pay provision minimizes the potentially harmful effect of a sudden change in market demand of gas. Tradução livre: São vários os propósitos atendidos pelas disposições de take-or-pay, tanto em favor de produtores quanto de empresas de gasodutos. Em primeiro lugar, a disposição cria um clima de estabilidade na relação produtor-empresa de oleodutos. Antes de tais disposições, as empresas de gasodutos levavam gás dos produtores apenas quando as empresas precisavam do gás, deixando os tempos e as quantidades de entregas variadas e imprevisíveis. A instabilidade resultante foi insatisfatória para o produtor e ineficiente como um todo, de modo que a provisão mínima de “tomada” foi utilizada. Além disso, uma disposição take-or-pay minimiza o efeito potencialmente prejudicial de uma mudança repentina na demanda do mercado de gás (*Penalty clauses and forfeiture of monies paid*. In: *St. Mary Law Journal*, v. 18, 1986-1987, p. 263).

¹⁷² Admite-se, tradicionalmente, que o nexo de causalidade pode ser interrompido pela intervenção de fatores estranhos à cadeia causal, desde que aptos a romper o liame de causalidade inicial entre a atividade do agente e o dano. Como excludentes de causalidade, apontam-se três categorias fundamentais: (i) o caso fortuito ou força maior; (ii) a culpa exclusiva da vítima; e (iii) o fato de terceiro. (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. op. cit., p. 639-640).

¹⁷³ Nesse sentido: “Comprometendo-se o devedor a prestar mesmo que sobrevenha o risco assumido, a impossibilidade decorrente do caso fortuito indicado na cláusula não o exonera da obrigação, mas configura, em vez disso, inadimplemento absoluto. A gestão da superveniência do evento inevitável

Essa gestão positiva de riscos, ou seja, a atribuição de responsabilidade por meio de cláusulas contratuais deve ser observada pelas partes durante toda a execução do negócio. Isso é fundamental para que se respeite a finalidade do negócio:

Convém insistir: o respeito à alocação de riscos efetuada pela autonomia privada (isto é, ao equilíbrio contratual) pauta-se pelo princípio da obrigatoriedade dos pactos. Deste modo, uma vez geridos os riscos econômicos atinentes à determinada operação negocial, de forma positiva ou negativa, os contratantes devem obedecer a essa alocação de riscos no decorrer da inteira execução contratual, como forma de atendimento à finalidade do negócio.¹⁷⁴

A controvérsia cinge-se à possibilidade de essa regra, a depender do caso concreto, poder ser excepcionada, se houver um efeito extraordinário decorrente de um evento previsível e alocado entre as partes. Ou, mais do que isso, de essa regra poder ser excepcionada se uma causa específica impactar diretamente nos riscos assumidos pelas partes por meio da cláusula *take or pay* (isto é, se as partes assumem o risco a qualquer custo ou apenas dentro da variação razoável, mercadológica e possivelmente esperada pelas partes).

Tem-se, aqui, portanto, duas situações específicas sob as quais se pode debater a excepcionalidade da regra: a variação excessiva decorrente de um evento previsível e alocado entre as partes apta a ensejar um efeito extraordinário causador de desequilíbrio contratual; e a variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorrente de evento extraordinário.

3.3. Aplicação da teoria da onerosidade excessiva na hipótese de efeito extraordinário decorrente de evento previsível e ordinário

e necessário transforma um risco econômico extraordinário (embora previsível) em um risco de inadimplemento no âmbito do concreto regulamento de interesses (fato previsto). O inadimplemento, nesse caso, não decorre de inexecução culposa, mas da assunção contratual do risco: embora o caso fortuito exclua o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e a inexecução da prestação, a assunção expressa do risco estabelece um nexo de imputação entre o evento inevitável e o devedor, a atribuir-lhe a responsabilidade pela inexecução” (BANDEIRA, Paula Greco; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. op. cit., p. 17).

¹⁷⁴ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. In: *Revista de Direito Privado*, v. 65, jan.-mar./2016, p. 195-208.

O artigo 478 do Código Civil determina que, “[n]os contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Na doutrina brasileira, prevalece o entendimento de que o artigo 478 do Código Civil exige que o desequilíbrio contratual decorra de fato superveniente, imprevisível e extraordinário.

A discussão, em grande parte dos casos, passa ao largo da superveniência do evento¹⁷⁵ e refere-se à compreensão do que, de fato, se qualificaria como evento imprevisível e extraordinário – já houve divergência, inclusive, a respeito de as duas expressões serem ou não empregadas como sinônimos¹⁷⁶. Apesar de muitas vezes coincidirem no caso concreto, já se consolidou entendimento de que as duas expressões não são sinônimas¹⁷⁷.

A extraordinariedade decorre, portanto, de critério objetivo consubstanciado no grau de possibilidade de verificação de um acontecimento em uma ordem habitual de eventos; enquanto a imprevisibilidade de critério subjetivo baseado nas aptidões pessoais e específicas das partes contratantes. Apesar do critério subjetivo,

¹⁷⁵ “Cabe, no caso de desequilíbrio contratual, causado por onerosidade excessiva, uma revisão nos termos do contrato, que implica a atualização dos valores nele consignados, para que não restem as partes contratantes fora da realidade de seu querer inicial, totalmente alterado pela situação posterior” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2019, p. 43).

¹⁷⁶ Nesse sentido: “A disposição reproduz, e na mesma ordem, os adjetivos empregados pelo art. 1.467 do CC italiano; todavia, não exibem relevo autônomo, reduzindo-se o parâmetro do extraordinário aos quadrantes ditados pelo imprevisível. Criticável que seja a redundância bem se compreende a ênfase do legislador. Importará, assim, a anormalidade ou anomalia do evento, a alteração que escapa à regra, a que produz um sobressalto, um acidente, no curso ordinário ou série natural de acontecimentos” (ASSIS, Araken de, *Da Resolução por Onerosidade Excessiva*, in ALVIM, Arruda; ARRUDA, Tereza (coord.), *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. V., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 716-717). Na mesma direção, Laura Coradini Frantz registra a “prescindibilidade da referência à extraordinariedade do fato”, que, a seu ver, exprimiria autêntica “redundância” com o requisito da imprevisibilidade (FRANTZ, Laura Coradini, op. cit., p. 123-124).

¹⁷⁷ “Pode-se dizer, de modo geral, que nossa doutrina define o fato extraordinário como aquele que escapa ao curso normal dos acontecimentos, divergindo do que se afigura comum na vida ordinária. Assim, catástrofes naturais, guerras e epidemias constituiriam, ao menos naqueles países em que tais eventos não se verificam com frequência, fatos extraordinários. Tratar-se-ia, portanto, da aplicação de um critério objetivo de probabilidade, baseado em estatísticas ou na simples observação daquilo que ordinariamente acontece. O caráter objetivo da extraordinariedade serviria precisamente para distingui-la da imprevisibilidade. Enquanto se considera extraordinário aquilo que escapa objetivamente à sucessão habitual dos acontecimentos, o fato imprevisível seria aquele que as partes não puderam subjetivamente antever.” (SCHREIBER, Anderson, *Equilíbrio Contratual e dever de renegociar*, op. cit., p. 169/170)

deveria ser considerado, por parte da doutrina, o dever de diligência do contratante a luz do que haveria de ser razoavelmente considerado¹⁷⁸.

Especificamente no que diz respeito à imprevisibilidade, esse entendimento encontra certa resistência por parte da doutrina, que entende que o parâmetro abstrato de diligência “poderia acabar resultando na aplicação da proteção contra a onerosidade excessiva mesmo em favor de um contratante que concretamente sabia do acontecimento futuro”¹⁷⁹. Entende-se, ao fim do dia, que imprevisível deve ser aquilo que não pode ser “legitimamente esperado pelas partes no momento da conclusão do ajuste, levando-se em conta as suas características subjetivas, incluindo a sofisticação dos contratantes, mas também as objetivas circunstâncias do negócio, as características do ramo de atividade no qual a prestação se encontra inserida, a natureza do contrato etc”¹⁸⁰. Na mesma linha, Ruy Rosado de Aguiar Junior entende que, para aplicação da teoria da onerosidade excessiva, deve ser avaliada a “previsibilidade em concreto” dos contratantes¹⁸¹.

Com base nessas premissas, tem prevalecido o entendimento de que a imprevisibilidade deve ser aferida em concreto¹⁸², levando-se em conta as circunstâncias particulares de cada caso e, sobretudo, as especificidades dos contratantes no que diz respeito à possibilidade de antever as situações através do conjunto de informações disponíveis e das condições de mercado.

¹⁷⁸ “Se a teoria exige a ocorrência de eventos futuros, não se pode basear numa maior ou menor capacidade de antevê-los, como faz crer sua interpretação literal. Assim, o homem será punido por não profetizar ou ver antes de todos o rumo dos acontecimentos. O que se exige, na verdade, é o cálculo e a prudência nos negócios. Numa expressão, a diligência normal de um bom pai de família” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, *Revisão Judicial dos Contratos*, in GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo Oliveira (org.), I Congresso Luso Brasileiro de Direito, Coimbra: Almedina, 2014, p. 136)

¹⁷⁹ SCHREIBER, Anderson, *Equilíbrio Contratual e dever de renegociar*, op. cit., p. 172

¹⁸⁰ Ibid., p. 173

¹⁸¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 155

¹⁸² DIAS, Antônio Pedro Medeiros, op. cit., p. 61. Na mesma linha do entendimento havido no âmbito do Direito português: “Definido assim que o que se deve entender por imprevisibilidade, resta resolver outro aspecto que tem íntima conexão com este – o do critério de aferição da imprevisibilidade. Neste campo duas orientações são possíveis: ou se avalia a imprevisibilidade em concreto, por referência à pessoa dos contraentes, ou se tem em conta o que um homem médio poderia prever naquelas circunstâncias. (..) A este respeito é inteiramente aceitável o argumento tirado pelo Dr. Rocha de Gouveia por aplicação analógica do §3º do artigo 717 do Código Civil. Aceite que este preceito consagra o critério da apreciação da culpa em concreto, princípio plenamente justificado pela consideração de nos contratos ‘as partes serem eleitas uma pela outra em consideração das suas qualidades normais, pelo que é com elas que devem contas’, entendemos que se pode afirmar que razões idênticas são de invocar em matéria de determinação da imprevisibilidade da alteração” (FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A teoria da imprevisão no Direito Civil português*. Lisboa: Quid Juris, 2001, p. 108)

O critério diferenciador de um evento ordinário e um evento extraordinário, por sua vez, decorre da probabilidade de ocorrência do evento e não da capacidade de as partes efetivamente anteverem a sua ocorrência.

Essa distinção fica bem clara na explicação de Antônio Pedro Medeiros Dias:

Para ilustrar a diferença entre os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade, pode-se utilizar como exemplo a passagem do cometa Halley pelo sistema solar. Trata-se de evento extraordinário, tendo em vista ocorrer apenas uma vez a cada 75,3 anos (ou seja, consiste certamente em acontecimento fora da ordem comum dos eventos), mas não imprevisível, na medida em que se sabe exatamente quando serão as próximas passagens do cometa pelo sistema solar.¹⁸³

Do exemplo trazido por Antônio Pedro Medeiros Dias denota-se que, embora todo evento ordinário possa ser previsto pelas partes, nem todo evento extraordinário é imprevisível aos contratantes. Para que se aplique a teoria da onerosidade excessiva não basta, portanto, o preenchimento do requisito de extraordinariedade, devendo ser também comprovada a imprevisibilidade do evento.

Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, os tribunais brasileiros estenderam a aplicação da teoria da onerosidade excessiva não apenas aos fatos imprevisíveis e extraordinários, mas também aos efeitos imprevisíveis e extraordinários. O maior exemplo disso foi a aplicação da teoria da imprevisão nos casos em que a inflação nos contratos culminou no aumento desordenado dos índices em proporções imprevisíveis e extraordinárias¹⁸⁴.

Em acórdão paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça, em voto do Ministro Aldir Passarinho, assentou em que “não se cuidava da mera existência da inflação, mas da exacerbação de seu crescimento, acelerando, desmedidamente, a perda do poder aquisitivo da moeda”¹⁸⁵.

Ou seja, se o evento previsível e ordinário produzir efeitos em proporções imprevisíveis e extraordinárias, os requisitos para aplicação da teoria da onerosidade excessiva restarão devidamente preenchidos.

¹⁸³ DIAS, Antônio Pedro Medeiros, op. cit., p. 65

¹⁸⁴ STJ, REsp n. 46.532/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 05.05.2005; TJRJ, AI n. 1999.002.02041, Rel. Des. Ademir Pimentel, 15ª C.C., j. 26.05.1999

¹⁸⁵ STJ, REsp n. 46.532/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 05.05.2005

Apesar do rigor técnico usualmente considerado pela jurisprudência pátria na aplicação da teoria da onerosidade excessiva – que já deixou de considerar diversos eventos como imprevisíveis e extraordinário¹⁸⁶ –, já se viu, em outras ocasiões, a sua aplicação aos efeitos imprevisíveis e extraordinários decorrentes de eventos previsíveis e ordinários, como, por exemplo, a variação do dólar em contratos de arrendamento mercantil vinculados à flutuação cambial¹⁸⁷ e ao aparecimento súbito de rachaduras de grande extensão em imóvel objeto de promessa de compra e venda financiada¹⁸⁸.

Assim, pode-se dizer, tal como concluiu Antônio Pedro Dias Medeiros, que “a imprevisibilidade e a extraordinariedade podem dizer respeito tanto à verificação do fato em si como aos efeitos do fato, ou seja, à idoneidade do evento para produzir certo efeito, ou mesmo sua duração e intensidade”¹⁸⁹. Mais do que isso, há de se reconhecer a imprevisibilidade, e conseqüentemente a possibilidade de se aplicar a teoria da onerosidade excessiva, “mesmo na hipótese em que determinado fato já tenha começado a produzir seus efeitos no momento de celebração do contrato ou que nesse momento sua incidência já tenha sido previsível, mas era então impossível prever que tal evento pudesse resultar em determinadas conseqüências ou atingir tão longa duração”¹⁹⁰.

Isso, contudo, não significa dizer que haveria um salvo-conduto para se qualificar, de forma genérica e indiscriminada, os efeitos decorrentes de eventos extraordinários (e catastróficos, tal qual a pandemia da Covid-19¹⁹¹) como imprevisíveis e extraordinários aptos a ensejar a aplicação da teoria da onerosidade excessiva¹⁹². Muito pelo contrário. Há de se proceder, em qualquer caso, à análise

¹⁸⁶ Como, por exemplo, a variação do dólar em contrato de compra e venda em que o preço não foi estabelecido em moeda estrangeira (TJSP, AC nº 668.373-0/3, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pereira Calças, j. 19.05.2004), variação do preço da soja aliada a intempéries climáticas (STJ, REsp 722.130, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.12.2005; STJ, REsp 936.741, 4ª T., Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 03.11.2011), entre outros.

¹⁸⁷ STJ, REsp n. 293.864, 3ª Turma, Rel., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 07.03.2002

¹⁸⁸ TJSP, AC n. 0001004-08.2006.8.26.0602, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 27.11.2012

¹⁸⁹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros, op. cit., p. 65

¹⁹⁰ Ibid., p. 66

¹⁹¹ “A pandemia, entretanto, não pode ser invocada de forma abusiva, ou como remédio a todos os males. Cabe ao devedor o ônus de demonstrar os impactos efetivos do evento em seu contrato, o que supõe uma análise casuística e abrangente do negócio pactuado, eventual possibilidade de mitigação dos prejuízos, entre outros” (ANDRADE, Flavia Cristina Moreira de Campos, op. cit.)

¹⁹² “[...] é somente à luz da impossibilidade da prestação específica de um contrato que se pode cogitar, tecnicamente, de caso fortuito ou força maior para fins de liberação do devedor. E o mesmo vale para acontecimentos ditos extraordinários ou imprevisíveis, noção que somente faz sentido

pormenorizada do evento e de seus efeitos, de modo a distinguir a probabilidade e a proporção de sua ocorrência a luz do que seria efetivamente previsível pelas partes quando da celebração do negócio jurídico, considerando-se as peculiaridades de cada uma das partes envolvidas e da atividade em que se encontram inseridas.

No mercado de energia não é diferente em relação à aplicação da teoria da onerosidade excessiva, devendo-se averiguar a previsibilidade e extraordinariedade do evento e de seus efeitos antes de se concluir pela aplicação ou não dos efeitos da teoria da onerosidade excessiva, levando-se em consideração que “o que realmente importa para a resolução do contrato é a imprevisibilidade da desproporção de seu alcance, e não do fato que tenha ocasionado tal desequilíbrio”¹⁹³.

3.4. Aplicação da teoria da onerosidade excessiva na hipótese de variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorrente de evento extraordinário

Deve-se analisar, ainda, se a teoria da onerosidade excessiva se aplica quando a variação, embora não excessiva se comparada a mercado, causa desequilíbrio no contrato e decorre de evento extraordinário não previsto pelas partes quando da consecução do contrato.

É o caso, por exemplo, dos impactos no preço da energia decorrentes dos conflitos havidos em razão da guerra entre a Rússia e a Ucrânia, iniciada em fevereiro do ano de 2022. A Rússia é um fornecedor estratégico mundial de insumos de petróleo e gás natural. A guerra ocasionou o aumento dos custos de insumos, impactando todo o elo da cadeia produtiva, sobretudo o custo dos projetos em curso e a serem desenvolvidos para construção de usinas termelétricas¹⁹⁴.

juridicamente diante da aferição específica de excessiva onerosidade para o cumprimento de um determinado contrato. Não se pode classificar acontecimentos – nem aqueles gravíssimos, como uma pandemia – de forma teórica e genérica para, de uma tacada só, declarar que, pronto, de agora em diante, todos os contratos podem ser extintos ou devem ser revistos”. (SCHREIBER, Anderson. “Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional”. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>>). Acesso em 20.06.2022.

¹⁹³ FRANTZ, Laura Coraddini, op. cit., p. 78

¹⁹⁴ Disponível em <https://www.ecoenergia.com.br/blog/impactos-da-guerra-no-mercado-energetico/>, Acesso em 18.07.2022

Todos esses fatores naturalmente repercutem no preço da energia comercializada no Brasil e, por óbvio, nos contratos de energia celebrados no livre mercado, com preços pré-estabelecidos entre as partes, que não consideraram a possibilidade de guerra no continente europeu como um dos riscos a se considerar para o aumento ou diminuição no preço da energia.

Trata-se, portanto, de evento extraordinário, não previsto pelas partes, fora da álea normal do contrato e, por óbvio, capaz de ensejar um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Resta saber se, diante da natureza do contrato e das particularidades do mercado de energia, essa circunstância é capaz de ensejar a aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, prevalece o entendimento de que, até mesmo nos contratos aleatórios – sabidamente “de risco” e distintos dos contratos de energia –, o risco contratual está circunscrito à álea do contrato – ou seja, ao risco efetivamente assumido pelas partes quando da celebração do contrato – e não a todo e qualquer risco, de modo que não haveria qualquer óbice à aplicação da teoria da onerosidade excessiva no que diz respeito à álea não assumida pelas partes.

Esta possibilidade, aliás, foi também consagrada no Enunciado n. 440 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que consignou que “é possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”.

Sobre o tema, Orlando Gomes destaca que “fora de sua álea contratual específica, os contratos aleatórios podem perfeitamente sofrer os efeitos de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que prejudiquem o equilíbrio entre as prestações”.¹⁹⁵

Com base no mesmo entendimento, Darcy Bessone afirma que “as áleas e a especulação se comportam, igualmente, dentro de certos limites de previsão, além dos quais as partes nada percebem, desde que as variações não podem ser concebidas como infinitas”.¹⁹⁶

Ora, se até mesmo nos contratos aleatórios – em que o risco é subjacente à própria celebração do contrato – aplica-se a teoria da onerosidade excessiva quando

¹⁹⁵ GOMES, Orlando, *Contratos*, op. cit., p. 218

¹⁹⁶ BESSONE, Darcy, op. cit., p. 296

o desequilíbrio decorre de evento fora dos limites previstos pelas partes, por que não o seria em relação aos contratos de energia celebrados no âmbito do livre mercado?

3.5. Aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula *take or pay*

Os contratos de energia com cláusula *take or pay* estabelecem relações de longa duração. De um lado, a distribuidora de energia se compromete a disponibilizar certa quantidade de energia por determinado período de tempo; de outro, o comprador se compromete ao pagamento de um volume mínimo de energia independentemente de sua utilização, a preço predeterminado entre as partes.

Apesar de efetivamente representar um instrumento de gestão de risco empresarial, a cláusula *take or pay* acaba por, invariavelmente, submeter as partes a riscos potencialmente maiores do que aqueles aos quais estariam expostas no mercado tradicional, ainda que previsíveis e considerados quando da celebração do contrato e da análise de risco-retorno da operação.

A possibilidade de melhores condições de mercado encontra-se, por óbvio, diretamente relacionada aos riscos submetidos pelas partes no curso do contrato, garantindo-se, de um lado, volume mínimo considerável de energia a ser disponibilizado a preços fixos e, de outro, preço mais competitivos e não voláteis do que aqueles praticados no mercado regulado.

As partes, ao assim procederem, ampliam a álea normal do contrato e incluem, para além dos riscos subjacentes e intrínsecos a contratos dessa natureza, outros relacionados ao volume mínimo a ser disponibilizado e ao preço mínimo a ser pago com base em uma tarifa prefixada, independentemente das oscilações de mercado e, principalmente, da utilização, pelo contratante, da energia disponibilizada pela contratada.

Por assim ser, não há dúvidas de que a oscilação no preço da energia comercializada no livre mercado, no curso do contrato, afigura-se risco não apenas previsível e extraordinário como também efetivamente previsto pelas partes no curso das negociações. Não se pode, portanto, considerar a natural e esperada oscilação no preço da energia como evento imprevisível (e tampouco extraordinário) que torne o contrato excessivamente oneroso para qualquer das

partes. Essa aceção prevalece, por óbvio, para os dois lados da moeda. Se o preço da energia ficar em patamares mais elevados do que o preço fixado no contrato não poderá a distribuidora alegar a excessiva onerosidade do contrato, tal como não poderá a compradora requerer a revisão ou a resolução do contrato se o preço da energia comercializada no livre mercado tornar-se, no curso do contrato, inferior ao preço ao qual se obrigou.

Essa regra pode ser excepcionada, aplicando-se a teoria da onerosidade excessiva, se os efeitos decorrentes desses eventos, já inseridos na álea normal do contrato por força da cláusula *take or pay*, se derem em proporções significativamente maiores do que aquelas que poderiam ser efetivamente previstas pelas partes ou se a variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorrente de evento extraordinário.

Certamente, em contratos celebrados no ano de 2019 – pouco antes da pandemia da Covid-19, que se iniciou em março de 2020 –, não se poderia prever que, por meses, o Brasil (e o mundo) ficariam em período de lockdown, com restrição à circulação de pessoas e ordem de fechamento de diversos estabelecimentos comerciais, como fábricas e *shopping centers*. Essa medida, naturalmente, trouxe enorme impacto ao livre mercado de energia que, do dia para noite, viu o Preço de Liquidação de Diferenças atingir patamar baixíssimo e nele se manter por longo período, pois o consumo dos compradores inseridos no livre mercado foi reduzido a nível mínimo em virtude do fechamento das atividades por decreto governamental.

Nesse caso, apesar de a cláusula *take or pay* representar, *a priori*, a inserção dos efeitos da pandemia dentro da álea normal do contrato¹⁹⁷, deve-se proceder a uma análise pormenorizada acerca da proporção e dos efeitos da pandemia na

¹⁹⁷ Dessa sorte, eventual pleito de modificação/não aplicação da cláusula de *take or pay* com fundamento no artigo 478 deve ser analisado com cuidado redobrado, atentando-se ao especial racional econômico a que visam tutelar. Particular atenção merece o requisito da extraordinariedade do evento, pois a inserção do *take or pay* modifica substancialmente a álea ordinária e extraordinária do contrato. Essa cláusula internaliza no contrato a maior parte dos riscos relacionados à variação dos preços, o que não ocorre em outros contratos de compra e venda. A partir daí eventos que outrora poderiam ser tidos por estranhos à álea passam a compor a própria matriz de risco. Por conseguinte, um fato a princípio extraordinário (v.g., pandemia de Covid-19) pode acabar alocado dentro da distribuição de riscos que surge em consequência da inclusão da cláusula de *take or pay*. (GIANNOTTI, Luca. SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno - *A cláusula de take or pay e a equação econômica do contrato de fornecimento*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opinio-clausula-take-or-pay-contrato-fornecimento>, acesso em 21.06.2022)

relação contratual entabulada entre as partes¹⁹⁸. Ou seja, se a pandemia pode, em determinadas hipóteses, ser considerada um evento imprevisível e extraordinário¹⁹⁹, nos contratos relacionados ao livre mercado de energia com cláusula *take or pay* não se pode considerar a imprevisibilidade ou a extraordinariedade do evento, *per se*, para aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

A exemplo do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão relatado pelo Ministro Aldir Passarinho a respeito da inflação e do crescimento desmedida dos índices que retiravam o poder aquisitivo da moeda²⁰⁰, pode-se dizer que a pandemia da Covid-19 representou uma onerosidade manifestamente excessiva aos contratantes, que não apenas estariam pagando por uma quantidade significativa de energia que, apesar de disponibilizada, não seria nem de longe utilizada²⁰¹, mas também pelo fato de que o preço da energia seria aquele prefixado em contrato, significativamente maior do que o Preço de Liquidação de Diferenças, que se encontrava em patamares mínimos diante da oferta e da demanda.

Apesar de, no livre mercado de energia, haver a possibilidade de as partes compensarem as diferenças – no caso, de o comprador vender a “sobra” de energia contratada –, as perdas ainda assim seriam bastante significativas, pois o Preço de Liquidação de Diferenças foi, ao longo da pandemia da Covid-19 e da imposição de medidas restritivas de circulação, certamente muito inferior àqueles que serviram como base aos contratos celebrados entre compradores e distribuidores no período que antecedeu à pandemia.

¹⁹⁸ “Registre-se que nem por isso a indiscriminada invocação da pandemia obrigará ou autorizará o deferimento de pretensões extraordinárias e desprovidas da indispensável comprovação. Assim, é indispensável a demonstração da causalidade entre a impossibilidade de cumprimento de certa obrigação com as medidas tomadas para o combate da pandemia e seus efeitos. Até porque, a pandemia, que não discrimina a quem e nem como atingir, também é potencialmente lesiva aos interesses do Agravado. É necessário analisar-se concreta e holisticamente os efeitos que as restrições governamentais de combate à pandemia da COVID-19 estão a gerar, até porque, sem essa análise, pavimentado estará o caminho para a absoluta insegurança jurídica tão ou mais nefasta que os efeitos econômicos”. (TJSP, AI nº 2081873-90.2020.8.26.0000, Rel. Des. Mauro Conti Machado. 16ª Câmara de Direito Privado, j. 27.09.2020)

¹⁹⁹ “Não há dúvida de que a pandemia da covid-19, e todas as suas consequências no campo econômico, é um fator de extrema anormalidade e imprevisibilidade, tendo impacto em maior ou menor grau nos contratos de fornecimento. Pode resultar em obstáculo temporário ao cumprimento das obrigações ou mesmo na impossibilidade da prestação, resultando no direito de o devedor buscar os mecanismos legais para a resolução do pacto” (ANDRADE, Flavia Cristina Moreira de Campos, op. cit.)

²⁰⁰ STJ, REsp n. 46.532/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 05.05.2005

²⁰¹ Esse foi o fundamento mais utilizado nas demandas que tratavam dos pedidos de revisão dos contratos de energia com cláusula *take or pay* em decorrência da pandemia. Todavia, com ele, aqui, não se concorda.

Nesse contexto, diversas foram as demandas judicializadas no início da pandemia da Covid-19 e das medidas restritivas de circulação, inclusive com pedido de antecipação dos efeitos da tutela²⁰², para que fossem suspensas as cobranças decorrentes da cláusula *take or pay*, substituindo-se o valor devido pelo volume mínimo de energia disponibilizado pelo valor da energia efetivamente consumida, ainda que com base nos preços estabelecidos no contrato. E muitas foram as decisões favoráveis aos consumidores em detrimento das distribuidoras de energia²⁰³.

Foram muitas também as demandas aventureiras no embalo da pandemia, pretendendo revisar o contrato sem que houvesse sequer sido demonstrado eventual impacto da pandemia na atividade desempenhada pela contratante, seja por se tratar de atividade essencial²⁰⁴ - e, portanto, não afetada pelas medidas restritivas – seja pelo consumo ter sido significativamente inferior ao mínimo contratado antes mesmo do início da pandemia²⁰⁵.

Ocorre, contudo, que a decisão de simplesmente alterar a forma de cobrança da energia no livre mercado – ignorando-se as previsões contratuais em detrimento da energia efetivamente utilizada – revela-se verdadeiramente atécnica e afeta, como já se demonstrou, a todo o sistema elétrico do país.

A oscilação do preço da energia foi devidamente considerada quando da celebração do contrato e, mais do que isso, a receita mínima a ser auferida pela distribuidora em decorrência dos contratos celebrados no livre mercado é o que mantém hígida a atividade por ela desempenhada. Ao fim do dia, a distribuidora é também dependente da entrada de capital considerada naqueles contratos para geração de energia e manutenção do sistema elétrico interligado de todo país.

²⁰² TJSP, AI nº 2128227-76.2020.8.26.0000, Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 30/06/2020

²⁰³ TJSP, AC nº 1039653-32.2020.8.26.0053, Rel. Des. Ângela Lopes, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 29/03/2022; TJSP, AC nº 1014939-07.2020.8.26.0506, Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 23/03/2022; TJSP, AC nº 1014619-66.2020.8.26.0114, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 22/03/2022; TJSP, AC nº 1023767-04.2020.8.26.0114, Rel. Des. Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 24/02/2022; TJSP, AC nº 1039643-85.2020.8.26.0053, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 23/02/2022; TJSP, AC nº 1037326-70.2020.8.26.0100, Rel. Des. Angela Lopes, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 10/02/2022

²⁰⁴ TJSP, AI nº 2169129-37.2021.8.26.0000, Rel. Des. Milton Carvalho, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 09/09/2021

²⁰⁵ TJSP, AC nº 1018015-51.2020.8.26.0114, Rel. Des. L. G. Costa Wagner, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2021

Admitir a aplicação da teoria da onerosidade excessiva – cujo fundamento, como se demonstrou, é a imprevisibilidade e a extraordinariedade dos efeitos decorrentes de determinados eventos, ainda que estes previsíveis e ordinários – representa verdadeira chancela à possibilidade de revisão e, até mesmo, de resolução desses contratos.

Isso, contudo, não significa dizer que a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, com a consequente revisão e alteração das circunstâncias fáticas e contratuais que deram ensejo à celebração do negócio jurídico, deva se dar de forma atécnica e desproporcional.

O grande desafio encontra-se em estabelecer critérios objetivos, razoáveis e que levem também em consideração as particularidades do mercado de energia e a importância do papel das distribuidoras, geradoras e comercializadoras de energia para o sistema elétrico brasileiro.

Abre-se, na verdade, um verdadeiro leque de opções ao operador do Direito para que, com base nos ditames legais pertinentes e sobretudo considerando as peculiaridades do mercado, possa aplicar o direito sem desconsiderar a importância de determinados *players* na economia e na geração de energia do país.

Postergar o pagamento do valor mínimo contratado e não utilizado, acrescido das prestações futuras após superado o evento imprevisível e extraordinário que tornou o contrato excessivamente oneroso; dividir os prejuízos entre as partes, impondo-se ao contratante a obrigação de pagamento de apenas 50% (cinquenta por cento) da diferença entre a energia mínima contratada e a energia não utilizada; considerar a média global utilizada como critério de definição do valor devido nos meses de não utilização total de energia; são apenas alguns exemplos que podem ser utilizados na prática jurídica e devidamente explorados na ocorrência de eventos semelhantes à pandemia da Covid-19 que, embora possa ser prevista pelas partes (apesar de seu caráter extraordinário), gera efeitos verdadeiramente imprevisíveis e extraordinários.

A análise, ao fim do dia, deverá ser sempre casuística para que se possa chegar à solução mais justa para os dois lados da moeda; sempre levando em consideração que as distribuidoras de energia desempenham relevantíssimo papel à sociedade e dependem de toda a cadeia para geração e distribuição de energia.

Não se deve deixar de lado, ainda, as já conhecidas possibilidades de flexibilização da cláusula que podem ou não ter sido contratualmente previstas

pelas partes. Essas cláusulas, sem dúvidas, configuram verdadeiro escape para situações imprevisíveis como a pandemia da Covid-19: a cláusula de *hardship*, que impõem às partes o dever de renegociar as bases do contrato – como, por exemplo, as definições dos volumes mínimos de energia – em caso de modificação das condições ordinariamente pactuadas; e as cláusulas de *make up* e *carry forward rights*, que permitem a compensação por desvios da média de utilização da energia ao longo do contrato.

A ausência dessas cláusulas de flexibilização representa a assunção de riscos ainda maiores no curso do contrato, mas não é o bastante para impedir que se configure a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, pois não altera o fato de que os efeitos e as proporções de determinados eventos previsíveis, por vezes, geram impactos imprevisíveis e extraordinários. Essa circunstância permanece hígida a despeito de as partes terem assumido o risco de não permitir a flexibilização da cláusula *take or pay*.

Há de se destacar, ainda, que não basta considerar, para aplicação da teoria da onerosidade excessiva, apenas o período em que o evento (ou o efeito dele decorrente) imprevisível ou extraordinário ocorreu. Nesses casos, deve-se levar em consideração a variação do contrato ao longo de toda a sua duração, para analisar se o preço da energia efetivamente pago pelo contratante se mostrou excessivamente oneroso ao longo de todo o contrato ou apenas ao longo do período em que se deu o evento imprevisível e extraordinário.

A análise, portanto, deve ser global e não apenas pontual. Se o preço da energia pago foi inferior ao valor de mercado – ou ao Preço de Liquidação de Diferenças – durante grande parte do contrato, não haveria que se falar em onerosidade excessiva apenas durante aquele período em que se deu o evento imprevisível e extraordinário. Essa análise deve se estender e retroagir a todo o contrato, não devendo ficar adstrita àquele lapso temporal em que o contrato se mostrou oneroso ao contratante.

Esse rigor técnico na aplicação da teoria da onerosidade excessiva, para além de privilegiar os termos dos contratos livremente pactuados entre as partes em detrimento de uma revisão desarrazoada e desproporcional dos contratos atrelados ao livre mercado de energia, é extremamente importante para que se mantenha hígido o sistema elétrico interligado do país, sabidamente dependente do papel desempenhando por cada um de seus participantes, que, por sua vez, dependem da

entrada de capital referente à energia mínima disponibilizada por meio desses contratos com cláusula *take or pay*.

Deve-se atentar, ainda, ao fato de que a situação pode ser justamente a oposta ao que se viu em razão da pandemia da Covid-19. E, justamente por se tratar de contrato bilateral, com direitos e obrigações impostas aos dois polos do contrato, é que deve ser aplicado o mesmo raciocínio quando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato se der em favor dos contratantes, sobretudo nas hipóteses em que a variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorre de evento extraordinário.

Tome-se como exemplo a já citada guerra entre Rússia e Ucrânia iniciada em fevereiro de 2022. No Brasil, não houve nenhum impacto no consumo de energia (ao contrário do que ocorreu durante a pandemia da Covid-19, em que houve redução brusca e abrupta do consumo de energia), mas o preço da energia foi bastante afetado pelo aumento do custo dos insumos em decorrência da dificuldade de importação do mercado europeu.

Com isso, aumentou-se significativamente o custo da energia, de modo que, em muitos contratos celebrados no livre mercado, o valor do preço fixado pelo volume mínimo de energia contratado pode ter sido praticado em valores inclusive inferiores ao custo da energia para as distribuidoras. Esse fato, sabidamente decorrente de evento extraordinário, gera um desequilíbrio no contrato e o torna excessivamente oneroso às distribuidoras, que podem passar a pagar (e não a receber) para disponibilizar energia (se o custo de sua disponibilização for superior ao preço praticado no contrato).

Essa situação, além de prejudicar todo o sistema único interligado de energia – dado que as distribuidoras, geradoras e comercializadoras precisam da entrada de capital para manutenção de suas atividades –, justifica a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, para que as partes possam revisar os termos do contrato de modo a adequá-lo à realidade verificada, ao menos enquanto perdurar o evento extraordinário que alterou as circunstâncias fáticas consideradas pelas partes quando da celebração do contrato.

As medidas a serem adotadas pelas partes e pelo operador do Direito se equivalem àquelas sugeridas nas hipóteses em que há um efeito extraordinário decorrente de evento previsível pelas partes. A análise, a ser casuisticamente

considerada, deve sempre levar em consideração todo o período de duração do contrato para analisar as variações positivas e negativas havidas no curso da relação entre as partes, evitando-se que a situação de desequilíbrio fique adstrita a um curto período de tempo e acabe por causar um desequilíbrio ainda maior no contrato se considerado todo o período contratado.

Assim, apesar de se entender pela aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula *take or pay*, trata-se de hipótese excepcional a ser considerada em raríssimos casos sob pena de comprometer todo o sistema único interligado do país, que sabidamente depende da previsibilidade das receitas auferidas em virtude dos contratos celebrados no livre mercado.

Considerações Finais

A cláusula *take or pay*, embora não expressamente regulada no direito brasileiro, tem um conceito bem definido pela doutrina e pela jurisprudência. Especificamente no mercado de energia, nada mais é do que uma cláusula por meio da qual uma parte impõe à outra a obrigação de adquirir uma quantidade mínima de energia por determinado período de tempo, e a determinado preço. Em contrapartida, a “outra” se obriga a disponibilizar essa quantidade mínima de energia por mês, independentemente de sua utilização. E, aqui, uma vez mais, é preciso destacar: a contraprestação da distribuidora de energia limita-se à disponibilização da quantidade mínima de energia contratada e nenhuma relação tem com a quantidade mínima efetivamente utilizada.

Essa peculiaridade é fundamental para que se compreenda a natureza jurídica da cláusula *take or pay* como uma cláusula de preço pura e simples. Se a quantidade mínima contratada será, de fato, disponibilizada e o preço por ela determinado será pago nos termos e condições avençados, não há, na referida cláusula, nada que a afaste de uma cláusula de preço pura e simples. A utilização ou não da energia disponibilizada não se coaduna com as obrigações assumidas pelo comprador, que se propõe a pagar pela disponibilização da energia, evitando a necessidade de se socorrer à volatilidade do mercado de curto prazo.

Com base nessas e em outras obrigações, o contrato de energia celebrado no âmbito do livre mercado, em que se encontram inseridas as principais controvérsias e onde se justifica a inserção da cláusula *take or pay*, sabidamente fruto da livre negociação entre as partes, apresenta-se como instrumento meramente financeiro, não apenas por gerenciar os riscos da variação do preço da energia, mas também por não haver, em nenhum caso, compra e venda efetiva de energia. A disponibilização a mercado, como se demonstrou, pode se dar por qualquer distribuidora, não apenas por aquela que efetivamente se obrigou em contrato.

A homologação dos contratos, pela ANEEL, garante a adequação e licitude de todo o procedimento e, principalmente, a prova de lastro que mantém hígido o sistema interligado nacional através de garantias físicas das usinas e da constituição de garantias financeiras, com valores diretamente relacionados às operações de compra e venda de energia no período contabilizado.

Mas é justamente a possibilidade de renegociação das diferenças apuradas entre o que foi contratado, gerado e efetivamente utilizado no mercado de curto prazo (ou mercado de diferenças) – possibilidade esta típica do mercado de energia – que acentua a discussão acerca da aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula de *take or pay*. Afinal, a parte contratante, ao se obrigar a uma quantidade mínima pré-determinada, acaba por assumir o risco de sua não utilização para garantir preço mais baixo no custo da energia.

Esse risco, por sua vez, não é absoluto. Por representar um instrumento de gestão de risco, a cláusula *take or pay* ajuda a minimizar os riscos assumidos pelas partes em contratos de longa duração. Acabam, ao fim do dia, por minimizar os efeitos nocivos das frequentes oscilações de preço do mercado de energia, cujos impactos se encontram diretamente atrelados ao mercado de curto de prazo.

Há, contudo, hipóteses excepcionais em que os efeitos superam os riscos assumidos pelas partes. Não se pode atribuir a uma das partes – qualquer que seja ela – o dever de assumir o risco a qualquer custo; deve-se considerar apenas a variação razoável, mercadológica e possivelmente esperada pelas partes, afastando-se aquelas diretamente impactadas por fatos imprevisíveis e extraordinários. Ainda que essa variação não seja excessiva se comparada a mercado, deve-se analisar a aplicação da teoria da onerosidade excessiva consoante se essa variação, decorrente de evento extraordinário, é suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual por causas estranhas aos riscos efetivamente assumidos.

Na outra ponta, justifica-se a aplicação da teoria da onerosidade excessiva quando a variação excessiva decorrente de um evento previsível e alocado entre as partes acaba por ensejar um efeito extraordinário e causador de desequilíbrio contratual, como se demonstrou, em muitos casos, a pandemia da Covid-19.

Deve-se ter em mente, contudo, que a oscilação do preço da energia foi devidamente considerada pelas partes quando da celebração do contrato. Se, de um lado, o contrato pode, por determinado período, revelar-se excessivamente oneroso, de outro, a sua revisão pode acabar por comprometer a geração de energia e a manutenção do sistema elétrico interligado de todo país.

O desafio, ao qual aqui se pretendeu contribuir, é justamente estabelecer critérios que levem também em consideração as particularidades do mercado de energia e a importância do papel das distribuidoras, geradoras e comercializadoras de energia para o sistema elétrico brasileiro, sem que se conceda verdadeira

chancela à possibilidade de revisão dos contratos diante dos nefastos efeitos verificados em decorrências de recentes acontecimentos que abalaram o mundo, como a pandemia da Covid-19 e a guerra entre a Rússia e a Ucrânia.

Em muitos casos, de fato, se justifica a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula *take or pay*, sobretudo quando a variação excessiva decorrente de um evento previsível e alocado entre as partes é apta a ensejar um efeito extraordinário causador de desequilíbrio contratual e quando a variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorre de evento extraordinário. Essa possibilidade, todavia, não chancela sua aplicação desproporcional e atécnica, devendo-se atentar às circunstâncias fáticas e contratuais que deram ensejo à celebração do negócio jurídico e, ainda, à variação do preço da energia ao longo de toda a relação contratual.

Ao fim do dia, o que, aqui, se pretendeu demonstrar é que, apesar de se entender pela possibilidade de se aplicar a teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula *take or pay*, trata-se de medida excepcional a ser considerada em raríssimas hipóteses e com base em uma análise pormenorizada dos riscos assumidos pelas partes quando da celebração do contrato, das causas que eventualmente possam ter gerado desequilíbrio no contrato e dos efeitos efetivamente verificados pelas partes. Essa análise, a ser casuisticamente considerada, deve levar em consideração não apenas o necessário equilíbrio contratual, mas também a conhecida importância das geradoras, distribuidoras e comercializadoras de energia para o sistema único interligado do país que depende da previsibilidade das receitas auferidas em virtude dos contratos celebrados no livre mercado para manter hígida a geração de energia do país.

Referências

Fontes Bibliográficas

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado., Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, Rio de Janeiro, Aide, 2004

ALVES, João Luiz, Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Anotado, vol. 4, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958

ANDRADE, Flavia Cristina Moreira de Campos, As cláusulas ‘take or pay’ e os impactos da covid-19, disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-clausulas-take-or-pay-e-os-impactos-da-covid-19/>, acesso em 16.05.2022

ASSIS, Araken de, Da Resolução por Onerosidade Excessiva, in ALVIM, Arruda; ARRUDA, Tereza (coord.), Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. V., Rio de Janeiro: Forense, 2007

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2019

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant, Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2009

_____. Novos estudos e pareceres de direito privado, São Paulo: Saraiva, 2009

_____. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2011

BALERONI, Rafael, “Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural, in RTDC, vol. 27, 2006

BANDEIRA, Paula Greco, Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2010

_____. O contrato como instrumento de gestão de riscos e o princípio do equilíbrio contratual. In: *Revista de Direito Privado*, v. 65, jan.-mar./2016

BANDEIRA, Paula Greco; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Civil, v. 6, out.-dez./2015

BESSONE, Darcy, Do contrato, Rio de Janeiro, Forense, 1960

BEVILACQUA, Clóvis, Comentários, art. 916 do CC 1916, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975

BULAMA, Britus Joseph. Take or Pay obligation in natural gas contracts: any respite for the buyer. Disponível em:

<https://www.academia.edu/11036248/_TAKE_OR_PAY_OBLIGATION_IN_NATURAL_GAS_CONTRACTS_ANY_RESPITE_FOR_THE_BUYER>, Acesso em 21.07.2022

CAMPOS, Clever Mazzoni. Curso básico de direito de energia elétrica. Rio de Janeiro: Synergia, 2010

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo, A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro, São Paulo, 2010, Dissertação (Mestrado em direito civil), Universidade de São Paulo

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio de resultado e de garantia. *in*: WALD, Arnoldo (Org.). Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial. v. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

COFFREY, Rodrick J, "Fairness Is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take-Or-Pay Provisions". In B.Y.U Journal of Public Law, v. 14, 1999-2000

COSTA, Maria D'Assunção. "Contrato de compra e venda de energia: A diferença que faz a diferença". In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, t. III. Rio de Janeiro: Synergia, 2014

DAVID, Solange. "A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil". In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, t. I. Rio de Janeiro: Synergia, 2012

_____. "O mercado de curto prazo de energia elétrica e o aprimoramento de mecanismos de segurança das operações". (DAVID, Solange. in VIVAN, Alexei Macorin; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). Direito e Energia. São Paulo: Quartier Latin, 2014

_____. Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, vol. II, Rio de Janeiro, Synergia, 2013)

DIAS, Antônio Pedro Medeiros, Revisão e Resolução do Contrato por Excessiva Onerosidade, Belo Horizonte: Fórum, 2017

DICKSTEIN, Marcelo. CARDOSO, Eduardo, Contratos de compra e venda de energia elétrica: a invocação de força maior como justificativa à inexecução da obrigação de pagar pelo consumidor livre., in Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios, vol. II, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (coord.), Rio de Janeiro: Processo, 2021

DINIZ, Felipe Pagni. DINIZ, Nathalie Pagni., A não aplicação da cláusula de "take or pay" dos contratos de demanda de energia em razão dos atos governamentais

advindos da pandemia, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325540/a-nao-aplicacao-da-clausula-de-take-or-pay-dos-contratos-de-demanda-de-energia-em-razao-dos-atos-governamentais-advindos-da-pandemia>, Acesso em 17.05.2022

FERNANDES, Luis A. Carvalho. A teoria da imprevisão no Direito Civil português. Lisboa: Quid Juris, 2001

FORGIONI, Paula Andrea. Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

FRANCO, Nancy Gombossy de Melo; JUNIOR, Fernando Medici. A cláusula de take or pay. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/a-clausula-take-or-pay/>>. Acesso em 19.12.2021

FRANTZ, Laura Coraddini, Revisão dos Contratos: elementos para sua construção dogmática, São Paulo: Saraiva, 2007

GIANNOTTI, Luca. SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno - A cláusula de take or pay e a equação econômica do contrato de fornecimento, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-07/opiniao-clausula-take-or-pay-contrato-fornecimento>, acesso em 21.06.2022

GLACHANT, Jean-Michel; HALLACK, Michelle. Take-or-pay contract robustness: a three step story told by the Brazil-Bolivia gas case? Energy Policy, v. 37, 2009

GOMES, Orlando. Contratos. 27ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2019

_____. Obrigações. 19ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2019

GONÇALVES, Bruno. TRAVASSOS, Cristiano H. A eficácia das cláusulas de take-or-pay nos Tribunais brasileiros. Disponível em: <<https://www.osti.gov/etdweb/servlets/purl/21226271#:~:text=O%20uso%20da%20cl%C3%A1usula%20de,os%20investimentos%20intr%C3%ADnsecos%20%C3%A0%20produ%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em 20.12.2021

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, vol.II - Teoria Geral das Obrigações, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2015

HOLLAND, Ben. Enforceability of take-or-pay provisions in English law contract – resolved. Journal of Energy & Natural Resources Law. 2016

IYNEDJIAN, Marc, Gas Sale and Purchase Agreements under Swiss Law – ASA Bulletin, v. 30, n. 4, 2012

LEWIS, Harold Alexander. Allocating Risk in Take-or-Pay Contracts: Are Force Majeure and Commercial Impracticability The Same Defense, 42Sw. L.J. 1047 (1988). Disponível em:

<<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=smulr&httpsredir=1&referer=>>. Acesso em 21.07.2022

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Instituições de Direito da Energia Elétrica, v. 1. Londres: Laccademia Publishing, 2020

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa, São Paulo: Almedina, 2020

MARQUEZ, Rafael Batista. Cláusula de take or pay em contratos de longo prazo. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22992/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Cl%C3%A1usula%20take%20or%20pay%20em%20contratos%20de%20longo%20prazo_2018.pdf>. Acesso em 19.12.2021

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: Tomo II. v. 05, 2. Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008

MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. Revista de Direito Privado v. 98, mar-abr 2019

MEDINA, J. M. The Take-or-Pay Wars: A Cautionary Analysis for the Future, 27 Tulsa L. J. 283 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol27/iss2/7>. p. 295-296. Acessado em: 09.05.2022

MELO, Leonardo de Campos. Cláusula take-or-pay: natureza jurídica. Disponível em: <https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica>. Acesso em 19.12.2021

_____. Contratos garantem segurança para fornecedores e consumidores no setor de gás, disponível em <<https://lider.inc/noticias/energia-infra/contratos-garantem-seguranca-para-fornecedores-e-consumidores-no-setor-de-gas>>. Acesso em 27.01.2022

MIRAGEM, Bruno. Direito das Obrigações, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959

MIRANDA, Rogério S. Contratos da Indústria de Gás Natural, Mitigação de Riscos de Mercado. Financiamento através de Project Finance. In: Pires, Paulo Valois: Temas de Direito do Petróleo e do Gás-Natural. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002

MOTA, Debora Nunes. O Ambiente de Contratação Livre e a Expansão da Oferta de Energia Elétrica. Uma proposta conceitual para a financiabilidade, sob a ótica do financiador. 2015. Dissertação de Mestrado pelo Programa de Pós Graduação em Administração de Empresas da Pontifícia Universidade Católica, Rio de

Janeiro, disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25463/25463.PDF>, acesso em 27.06.2022

NANNI, Giovanni Ettore. A Obrigação de Renegociar no Direito Contratual Brasileiro. In Revista do Advogado. V. 116. São Paulo: AASP, 2012

NASSER, Paulo Magalhães, Onerosidade excessiva no contrato civil, São Paulo: Saraiva, 2011

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II Teoria Geral das Obrigações. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005

PONTUAL, Pedro. “Uma abordagem panorâmica da transferência de controle societário dos agentes de mercado do setor elétrico brasileiro”. In: VIVAN, Alexei Macorin; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). Direito e Energia. São Paulo: Quartier Latin, 2014

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Segunda parte. In: *Migalhas*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>> Acesso em 13.06.2022

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, Revisão Judicial dos Contratos, in GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo Oliveira (org.), I Congresso Luso Brasileiro de Direito, Coimbra: Almedina, 2014

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2018

_____. Equilíbrio Contratual e dever de renegociar, São Paulo, Saraiva Educação, 2018

_____. “Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional”. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>>. Acesso em 20.06.2022

SCOTT E. Masten and Keith J. Crocker. Source, Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 5 (Dec., 1985), pp. 1083-1093. Published by: American Economic Association

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. “Aspectos bilaterais e multilaterais da comercialização de energia elétrica”. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica, t. V. Rio de Janeiro: Synergia, 2016

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson., Fundamentos do direito civil, vol. II, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

TERKI, Nour-Eddine, Penalty clauses and take or pay clauses in international long-term contracts, International Business Law Journal, 2014, I.B.L.J, 2014

TIOMNO TOLMASQUIM, Mauricio. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Synergia, 2015

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009

VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. Revista de Direito Privado, v. 106, out-dez 2020, p. 101-150

WALTENBERG, David. O mercado livre de energia elétrica e a segurança jurídica. p. 9. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI316854,51045-O+mercado+livre+de+energia+eletrica+e+a+seguranca+juridica>>) Acesso em: 11.04.2022

WEHNER, E. L.; VOELKEL, Stanley H. Take-or-pay Gas-Purchase Contracts. p. 785

Fontes Pretorianas

STJ, Resp 783.520/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 07.05.07

STJ, REsp n. 46.532/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 05.05.2005;

STJ, REsp n. 46.532/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 05.05.2005

STJ, REsp 722.130, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.12.2005;

STJ, REsp 936.741, 4ª T., Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 03.11.2011

STJ, REsp n. 293.864, 3ª Turma, Rel., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 07.03.2002

STJ, REsp n. 46.532/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 05.05.2005

TJRJ, AC nº 0000828-18.2010.8.19.0203, Rel. Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, 23ª Câmara Cível, j. 19.03.2014

TJRJ, AI n. 1999.002.02041, Rel. Des. Ademir Pimentel, 15ª C.C., j. 26.05.1999

TJRS, AC nº 70047852520. Rel. Des. Liege Puricelli Pires, Décima Sétima Câmara Cível. Julgado em: 16/08/2012

TJRS. AC nº 70054145420, 20ª Câmara Cível, Rel. Carlos Cini Marchionatti, julgado em 27.03.2019.

TJSP, AC nº 1033293-87.2019.8.26.0224, Rel. Airton Pinheiro de Castro, 29ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04.03.2021

TJSP. AC nº 2122340-14.2020.8.26.0000. Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 21.09.2020

TJSP, AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Rel. Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 30.01.2017

TJSP, AC nº 1084267-54.2015.8.26.0100. Rel. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado. j. 26.09.2019

TJSP, AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Rel. Des. Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 30.01.2017

TJSP, AC nº 0003749-68.2011.8.26.0445, Relator Desembargador Pedro Baccarat, 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, TJSP, julgado em 30.1.2017

TJSP, AC nº 1033293-87.2019.8.26.0224, Rel. Airton Pinheiro de Castro, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 04/03/2021

TJSP, AC nº 1107236-92.2017.8.26.0100, Rel. Airton Pinheiro de Castro, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 25/02/2021

TJSP, AC nº 0118469-21.2008.8.26.0100, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 30.07.2013.

TJSP, AC 0118469-21.2008.8.26.0100, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 30.07.2013;

TJSP, AC 0050466-63.1998.8.26.0100, Rel. Des. Pereira Calças, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 04.05.2011;

TJSP, AC 990.10.090319-5, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 14.09.2010

TJSP, AC 9232322-58.2008.8.26.0000, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 09.10.2012;

TJSP, AC 990.10.208588-0, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 09.11.2010.

TJSP. AC 1052595-91.2016.8.26.0100. Rel. Des. Mourão Neto. 27ª Câmara de Direito Privado. j. em 26.11.2019;

TJSP. AC 1119069-44.2016.8.26.0100. Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida. 28ª Câmara de Direito Privado. j. em 05.02.2019

TJSP, AC nº 668.373-0/3, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pereira Calças, j. 19.05.2004

TJSP, AC n. 0001004-08.2006.8.26.0602, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 27.11.2012

TJSP, AI nº 2081873-90.2020.8.26.0000, Rel. Des. Mauro Conti Machado. 16ª Câmara de Direito Privado, j. 27.09.2020

TJSP, AI nº 2128227-76.2020.8.26.0000, Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 30/06/2020

TJSP, AC nº 1039653-32.2020.8.26.0053, Rel. Des. Ângela Lopes, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 29/03/2022;

TJSP, AC nº 1014939-07.2020.8.26.0506, Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 23/03/2022;

TJSP, AC nº 1014619-66.2020.8.26.0114, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, j.22/03/2022;

TJSP, AC nº 1023767-04.2020.8.26.0114, Rel. Des. Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 24/02/2022;

TJSP, AC nº 1039643-85.2020.8.26.0053, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 23/02/2022;

TJSP, AC nº 1037326-70.2020.8.26.0100, Rel. Des. Angela Lopes, 27ª Câmara de Direito Privado, j.10/02/2022

TJSP, AI nº 2169129-37.2021.8.26.0000, Rel. Des. Milton Carvalho, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 09/09/2021

TJSP, AC nº 1018015-51.2020.8.26.0114, Rel. Des. L. G. Costa Wagner, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2021

Suprema Corte de Oklahoma. Roye Realty & Developing, Inc. v. Arkla, Inc. Caso no 77693. Julgado em 13/07/1993

Fontes Legislativas

BRASIL. Lei nº 9.648/98, de 27 de maio de 1998, que autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica

BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica

BRASIL. Lei nº 10.312, de 27 de novembro de 2001, que dispõe sobre a incidência das Contribuições para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social nas operações de venda de gás natural e de carvão mineral

BRASIL. Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica

BRASIL. Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Resolução ANTT nº 3.694 de 14 de julho de 2011

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Despacho do Diretor Geral nº 562, de 11 de junho de 2008

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 10.312/2001