

Gleydson Oliveira: Duplicata e a cláusula "take or pay"

07/03/2023

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da 3ª Turma, no REsp 1.984.655, com relatoria da ministra Nancy Andrighi, enfrentou interessante discussão envolvendo a cláusula "*take or pay*" em contrato de compra e venda de gás que amparou a emissão de duplicata.



Com efeito, a duplicata é um título de crédito — ordem

de pagamento — emitido pelo empresário com base em nota fiscal representativa de compra e venda de produtos ou de prestação de serviços, tendo como sujeitos o vendedor/credor (sacador) e o comprador/devedor (sacado), e deve conter a denominação "duplicata", data de sua emissão, números de ordem e da fatura, a data de vencimento, o nome e o domicílio do vendedor e do comprador, a importância a pagar, a praça do pagamento, a cláusula à ordem, a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la a ser assinada pelo comprador como aceite cambial e assinatura do emitente.

Trata-se de título de crédito causal, uma vez que visa documentar o crédito decorrente de efetiva compra e venda mercantil ou prestação de serviços.

Por sua vez, a cláusula "*take or pay*", fundada na autonomia privada com origem no direito anglo-saxônico e sem regulação no Direito brasileiro, ajusta a obrigação de o comprador pagar por uma quantidade mínima especificada no contrato (comum em contratos de energia, gás e combustível), ainda que o insumo não seja entregue ou consumido, isto é, o escopo de tal cláusula é estabelecer uma contraprestação fixa em relação a nível mínimo de prestação, sendo irrelevante o consumo ou utilização do bem ou serviço (Vitor Vieira Silveira, "A Cláusula de Take or Pay no Direito Privado Brasileiro", Revista de Direito Privado, vol. 106, p. 104).

Dentro da ótica da análise econômica do Direito, a cláusula "*take or pay*" visa a alcançar (1) a disponibilização de determinada quantia mínima do produto ou serviço sob um preço fixo, (2) o pagamento de determinado preço mínimo em certa periodicidade, garantindo o fluxo de caixa, bem como incentivo e a compensação aos investimentos necessários ao contrato, (3) o repasse

dos custos de investimentos aos elos da cadeia contratual, e (4) a alocação de riscos, conferindo segurança e previsibilidade ao contrato perante variações mercadológicas de preço e demanda.

Em relação à natureza jurídica da cláusula "take or pay", existem três correntes doutrinárias, a saber: (1) como cláusula penal, eis que o consumo mínimo da cláusula seria uma penalidade ressarcitória pelo não adimplemento do contrato, (2) como obrigação alternativa, uma vez que outorga ao comprador a escolha entre duas alternativas distintas para o cumprimento da obrigação, pagar pelo bem e retirá-lo ou apenas pagar pelo bem sem retirá-lo; (3) como obrigação de garantia, cujo conteúdo é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor.

A propósito, trata-se de obrigação de garantia em que o seu adimplemento se verifica pela simples assunção do risco pelo devedor, mesmo que não venha a concretizá-lo (Judith Martins-Costa. Comentários ao Novo Código Civil, tomo II, v. 05, p. 629).

A discussão jurídica suscitada perante o STJ residiu na validade, ou não, de duplicata emitida com amparo em cláusula "*take or pay*" em contrato de compra e venda de gás, eis que tal cláusula não representaria efetiva compra e venda de mercadoria.

Como um dos requisitos da duplicata consiste no aceite a ser emitido pelo devedor/comprador que revela a entrega da mercadoria ou da prestação de serviços, tem-se que é lícita a recusa pelo devedor/comprador em aceitar a duplicata, dentre outros, por motivo de não ter havido o recebimento da mercadoria, a teor do artigo 8º da Lei 5.474/1968.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a duplicata somente podia ser sacada na hipótese de efetiva compra e venda de mercadorias ou de prestação de serviços, sendo que a cláusula que prevê a cobrança de consumo mínimo de gás não se coaduna com a definição do referido título de crédito.

Entretanto, no REsp 1.984.655, a 3ª Turma do STJ, com relatoria da ministra Nancy Andrigli, reformou a decisão proferida pelo TJ-SP, assentando que o cálculo do montante devido com base na cláusula "*take or pay*" não quer dizer que não houve uma compra e venda e que, no âmbito da compra e venda de gás, em determinada época, em razão de a quantidade de produto adquirido ter sido inferior ao mínimo convencionado, o preço devido foi calculado não de acordo com o quantum efetivamente consumido, mas sim nos moldes do ajustado em contrato.

Por se tratar de cláusula de obrigação de garantia consubstanciada no ajuste de que o devedor assegura ao credor determinado resultado, assumindo o risco da não verificação daquele qualquer que seja a causa, o Código Civil, em seu artigo 393, permite que, desde que exista cláusula expressa, o devedor pode ser compelido ao cumprimento do contrato haja o que houver, assumindo, pois, o risco da não verificação do resultado pretendido.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mar-07/gleydson-oliveira-duplicata-clausula-take-or-pay/>