

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2021.

À
BACAMASO Calçados Ltda.

Prezados Senhores,

1. A BACAMASO Calçados Ltda. apresentou consulta relativa às questões jurídicas debatidas no Procedimento Arbitral CAMARB nº 00/21, em que contendem BACAMASO Calçados Ltda., Companhia Energética de Vila Rica - CEVICA e Estado de Vila Rica.
2. A consulta foi formulada com relação aos seguintes pontos:
 - I. A cobrança dos valores oriundos da cláusula de *take or pay* prevista no Contrato é exigível e, se sim, pode-se reduzir equitativamente o seu valor?
 - II. Restou configurada a existência de um evento superveniente que autorize a revisão dos valores futuros e vincendos a título de *take or pay* previsto no Contrato?

I. INTRODUÇÃO

CONTEXTO FÁTICO

3. Antes de adentrar propriamente aos pontos jurídicos controvertidos da consulta, cabe realizar uma breve análise dos fatos que deram origem à disputa.
4. Em 30/8/2014, BACAMASO, CEVICA e Estado de Vila Rica assinaram Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica, para comercialização de energia, materializando a adesão da BACAMASO ao programa governamental Vila Cada Vez Mais Rica.
5. O programa foi lançado pelo Estado de Vila Rica com o objetivo de promover a captação de investimentos para industrialização e energização de áreas isoladas, a melhoria da infraestrutura e a criação de empregos. Assim, propôs-se à BACAMASO o deslocamento da companhia para região rural e, em troca, garantiu-se condições facilitadas para a compra de energia elétrica da empresa pública estadual, CEVICA.

6. O contrato contou com uma previsão de cláusula *take or pay*, determinando o consumo de um volume mínimo de energia e o pagamento de um valor pré-fixado. Os patamares do *take or pay* foram majorados, pelas partes, mediante a celebração de Termo Aditivo nº 00/2019, em 18/6/2019, visando suprir a demanda energética crescente da BACAMASO¹ à época.

7. Ocorre que, no decorrer do cumprimento do contrato, em março de 2020, deflagrou-se a pandemia de Covid-19 no Brasil.

8. Em 20 de junho de 2020, o Brasil já havia registrado 1.067.579 casos confirmados de Covid-19 e 49.976 mortes, segundo dados do Ministério da Saúde. No mundo, o número de casos confirmados atingia a marca de 8.634.087 e 461.982 óbitos. Nesse momento, o Brasil foi o segundo país com maior exposição ao vírus no cenário mundial, ficando atrás somente dos Estados Unidos, em números de casos e mortes².

9. Diante da necessidade da contenção da doença, uma série de medidas governamentais de restrição de circulação foram impostas, como isolamento social, restrição de trânsito de pessoas e fechamento do comércio e serviços não essenciais.

10. Nos níveis municipais e estaduais, foram promulgados o Decreto Municipal nº 1/2020, em 5/6/2020, e o Decreto Estadual 149/2020, em 25/6/2020, que determinaram, dentre outras medidas: (i) a suspensão das atividades comerciais no município de Cruzeiro do Norte; (ii) o funcionamento em regime de Toque de Recolher das atividades industriais e (iii) o fechamento das fronteiras do Estado de Vila Rica, restringindo o transporte interestadual e internacional de produtos.

11. A pandemia em si, assim como as medidas de sua contenção, afetou severamente os mais diversos setores da sociedade, trazendo consequências no âmbito da saúde, da educação, da economia, dentre outros.

12. Os impactos foram tão severos que, a exemplo, o mercado de petróleo enfrentou um colapso. Com a redução da demanda mundial do petróleo diante da crise causada pelo

¹ A demanda pelos produtos da BACAMASO teve crescimento significativo ao longo dos anos, de modo que a fábrica passou a atuar em horário ampliado de funcionamento e novo maquinário foi adquirido em 2019.

² Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/June/25/Boletim-epidemiologico-COVID-19-2.pdf> Acesso em: 13/9/2021.

coronavírus³, os preços desse insumo chegaram a um valor negativo, pela primeira vez na história⁴.

13. Para a BACAMASO, os efeitos também foram significativos. Diante das determinações municipais e estaduais, ela se viu impedida de receber matéria prima, vez que essa era adquirida no mercado internacional; de funcionar em horário integral, devendo atuar em regime de toque de recolher; de escoar sua produção para outros estados e países e de comercializar seus produtos em suas lojas físicas.

14. Todos esses eventos comprometeram o funcionamento regular da empresa, impondo a redução da produção e, conseqüentemente, do consumo energético da companhia, que caiu 38,4% (Ordem Processual n. 2, p. 84). O faturamento da empresa também sofreu queda, com uma redução de 20% no ano de 2020 em comparação aos anos anteriores (Ordem Processual n. 2, p. 85).

ALOCAÇÃO DE RISCOS NO CONTRATO

15. É notório que as cláusulas de *take or pay*, como a aqui tratada, trazem uma alocação de riscos elevada à parte que consumirá a energia. Como bem destaca a doutrina, essa cláusula é estruturada, de tal forma, que os usuários de determinado insumo (como, a exemplo, gás e energia) tenham de pagar um percentual mínimo ao fornecedor, independentemente de haver flutuação da sua demanda⁵. Em linhas gerais, cabe ao fornecedor assegurar o bem contratado e ao comprador assumir o risco de sua demanda variar⁶.

16. Contudo, é evidente que os riscos assumidos pelas partes não são ilimitados, devendo ser analisado o arranjo contratual, para constatar quais foram os riscos efetivamente

³ “A pandemia do novo coronavírus provocou uma situação de queda brutal da demanda por petróleo e acabou contribuindo para a cotação negativa. Isso porque o ritmo de produção tem sido maior do que a procura pelo produto. Como consequência, os estoques aumentaram de tal forma que praticamente atingiram o limite da capacidade de armazenamento.” Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/blogs/marcelo-dagosto/post/2020/04/como-o-preco-do-petroleo-ficou-negativo.ghtml> Acesso em: 13/9/2021

⁴ Em abril de 2020, o barril de petróleo alcançou a marca de negativa de - US\$ 37,63. Cf: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52363005> Acesso em: 13/9/2021

⁵ 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, p. 189-225, mar./abr. 2019. p. 3.

⁶ VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, out./dez. 2020. p. 4.

assumidos. Há de se lembrar que o negócio jurídico nunca existe em abstrato⁷, sendo sempre necessário avaliar o conteúdo do contrato celebrado.

17. Analisando-se o contrato em questão, nota-se que as próprias partes tinham consciência de que seu risco era limitado, vez que o contrato e seu aditivo apresentam uma cláusula de exoneração de responsabilidade em razão de diversos eventos que serão tidos presumidamente como caso fortuito e força maior.

18. E, independentemente dessa previsão de determinadas hipóteses como eventos de caso fortuito e força maior, fato é que, a menos que determinado evento tenha sido expressamente assumido por uma parte, ele não pode ser desconsiderado como hipótese de caso fortuito e força maior, caso os requisitos desses institutos estejam presentes.

19. Há de se observar o art. 393 do Código Civil, que estabelece que: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se **expressamente** não se houver por eles responsabilizado.”. Ou seja, na hipótese de um determinado evento ter os requisitos para ser considerado como caso fortuito e força maior, ele não irá afastar a responsabilidade do devedor *unicamente* nos casos em que o obrigado tiver expressamente assumido a responsabilidade por esses⁸.

20. Evidência disso é que a cláusula 10.1, na redação após o aditivo, estabelece que os eventos listados são hipóteses em que será **presumida** a ocorrência de caso fortuito e força maior, sem, contudo, estabelecer que somente essas hipóteses seriam tidas como caso fortuito ou força maior.

21. Tendo em vista a necessidade de que a assunção da força maior e caso fortuito seja expressa, é preciso apresentar algumas ressalvas ao entendimento doutrinário de que não seria possível falar na incidência da força maior e do caso fortuito, como exoneração de

⁷ Expressão destacada por Antônio Junqueira: “Se, porém, descermos na escala de abstração, como é indispensável, já que um negócio jurídico determinado nunca existe in abstrato”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 895; MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020, p. 119; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 320.

responsabilidade do devedor pelo incumprimento de cláusula de *take or pay*, pois o comprador assumiria a obrigação de pagamento *haja o que houver* com o consumo⁹.

22. Na realidade, esse entendimento, ao nosso ver, está mais atrelado ao fato de que, usualmente, nos casos em que é celebrado *take or pay* não existe uma obrigação de consumo, sendo que, inexistindo essa obrigação, não haverá inadimplemento em razão de um consumo abaixo do mínimo estabelecido em contrato. E não havendo inadimplemento, mostra-se difícil aplicar a força maior ou caso fortuito que, sabidamente, são hipóteses de exoneração de responsabilidade do devedor inadimplente¹⁰.

23. No entanto, em um caso em que seja possível falar na existência de inadimplemento, em linha com o art. 393 do Código Civil, é necessário analisar se determinado evento, que seria tido como força maior ou caso fortuito, foi expressamente assumido pelo devedor.

24. Além disso, mesmo em um cenário de cláusula típica de *take or pay*, no qual não há uma obrigação de consumir a energia fornecida (e com isso não haveria inadimplemento), ainda assim não é possível dizer que o pagamento pelo comprador deve ser feito *haja o que houver*.

25. Isso, pois é possível que ocorra algum evento que, a exemplo, faça com que desapareça ou seja frustrado o interesse do comprador com o contrato (como a indústria do comprador ser destruída por um atentado ou evento natural). Nesse cenário, não há dúvidas de que o comprador não terá de pagar o valor da energia que seria fornecida, *haja o que houver*.

26. Assim, em resumo, entende-se não ser possível afirmar que a cláusula de *take or pay* seja tida, como defendem alguns¹¹, uma obrigação de garantia, assegurando o pagamento *haja o que houver*, a menos que isso seja expressamente disciplinado em contrato. O que ocorre, como já exposto, é que em um cenário de cláusula socialmente típica - o que não é o presente caso, como se verá abaixo - é difícil ser aplicada a exoneração em razão de força maior ou caso fortuito, pois não haverá inadimplemento em razão do consumo abaixo do mínimo.

⁹ Esse o entendimento de VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, out./dez. 2020. p. 9.

¹⁰ Essa afirmação decorre do fato de que, no direito brasileiro, o caso fortuito ou força maior é uma forma de exoneração de responsabilidade civil do devedor diante de um inadimplemento. Portanto, se não há inadimplemento, não seria aplicável o regime do caso fortuito ou força maior. Sobre o tema, cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 2: teoria geral das obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 378.

¹¹ VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, out./dez. 2020.

27. Diante desse cenário, é necessário entender se a pandemia, e as medidas de combate a essa, teriam sido alocadas à uma determinada parte.

28. Nesse sentido, cabe notar que o contrato originalmente previu, em sua cláusula 10.2, algumas hipóteses que não seriam consideradas eventos de caso fortuito ou força maior. Percebe-se que a cláusula 10.2 retrata uma expressa responsabilização por determinados eventos, em linha com o disposto no art. 393 do Código Civil.

29. Dentre essas hipóteses encontravam-se as “Alterações legislativas ou regulatórias, bem como atos praticados pela Autoridade Competente”, que poderiam ser relevantes para a análise da presente controvérsia.

30. Contudo, cabe notar que o Aditivo celebrado, ao reescrever a cláusula 10 do contrato, não repetiu a cláusula 10.2, de forma que não existe mais uma expressa responsabilização de qualquer uma das partes por determinados eventos, em linha com o disposto no art. 393 do Código Civil. Além disso, o Aditivo ampliou as hipóteses que seriam entendidas como caso fortuito ou força maior (cláusula 10.1), que eram originalmente três, para seis.

31. Portanto, é possível perceber que, além de não existir uma expressa alocação dos riscos da pandemia e de suas medidas de combate, houve uma clara intenção de se reduzir os riscos originalmente assumidos pelas partes.

32. Diante desse cenário, ao se analisar as disposições contratuais, e principalmente levando em consideração a revogação da cláusula que estabelecia eventos que não seriam tidos como caso fortuito ou força maior, sendo que um dos itens nela previstos eram os atos praticados pela Autoridade Competente, não nos parece correto entender que o risco da pandemia e das medidas adotadas para seu enfrentamento teria sido alocado no contrato.

33. Até mesmo, pois é necessário lembrar que os contratos são necessariamente incompletos, em razão de diversas questões como, a exemplo, a capacidade limitada de se antecipar todas as possíveis contingências¹². Como bem destaca a doutrina: “*our ability to predict*

¹² CAMINHA, Uinic. LIMA, Juliana Cardoso. *Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo*. In. *Revista Direito GV*, São Paulo 10(1), jan-jun 2014, p 162.

*the future is limited, and even careful business people often leave gaps in written contracts. The world changes and surprise us*¹³.

34. Justamente tendo em vista a impossibilidade de se prever o futuro, levando em conta as informações disponíveis no momento de celebração do contrato/aditivo (em linha com o artigo 113, § 1º, V do Código Civil¹⁴), é difícil acreditar que as partes tivessem condições de prever a pandemia e, mais do que isso, prever as medidas que seriam necessárias para o combate dessa, em razão das diversas peculiaridades ocorridas no Brasil, que aumentaram exponencialmente a gravidade da pandemia no país.

35. Por último, nota-se que, em obra recente, também Paula Bandeira, Gustavo Tepedino e Carlos Konder¹⁵ destacam a dificuldade de se prever os efeitos da pandemia como um risco contratual:

“A propósito, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define pandemia como o espalhamento, pelo mundo, de doença infecciosa que afeta grande número de pessoas. Não restam dúvidas, portanto, de que a pandemia é evento externo aos contratantes, que atinge a avença independentemente de culpa e que tem efeitos inevitáveis. Dessa forma, as consequências da pandemia escapam à alocação de riscos estabelecida entre as partes, de modo que se pode afirmar que a pandemia consiste, potencialmente, em evento de força maior.”

36. Assim, aqui entende-se que a pandemia e a imposição de medidas de combate a essa não são um risco alocado no contrato/aditivo.

¹³ MACAULAY, Stewart, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*. p. 54.

¹⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”

¹⁵ BANDEIRA, Paulo Greco; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3 – Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 810.

II. A COBRANÇA DOS VALORES ORIUNDOS DA CLÁUSULA DE *TAKE OR PAY* PREVISTA NO CONTRATO É EXIGÍVEL E, SE SIM, PODE-SE REDUZIR EQUITATIVAMENTE O SEU VALOR?

A. A EXIGIBILIDADE DOS VALORES DA CLÁUSULA DE *TAKE OR PAY*

DO FIM DO CONTRATO E SUA FRUSTRAÇÃO

37. Na interpretação de qualquer negócio jurídico, merece especial atenção o contexto situacional (as circunstâncias) do negócio¹⁶. Como pontua Judith Martins-Costa, serão as circunstâncias que “darão o tom”, pelo qual devem ser ponderadas e sopesadas as regras contratuais¹⁷. Dentre essas circunstâncias, especial atenção deve ser dada à causa concreta do contrato [fim do negócio jurídico¹⁸]¹⁹, até mesmo porque, tendo-se em vista a figura do contrato como veste jurídica das operações econômicas²⁰, é evidente que esse está fortemente atados às exigências práticas²¹.

38. Destacando a importância de uma análise funcional do negócio jurídico, Rodrigo Cogo comenta que “[o] fim do negócio colore o quadro contratual, dá vida e sentido às atribuições patrimoniais que o contrato estabelece (...)”²². Em linha com esse entendimento, ressalta-se que nenhum

¹⁶ Como destaca Antonio Junqueira: “A essência da declaração é dada por essas circunstâncias.” JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil, in: Giovanni Ettore Nanni. (org.), “*Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*”, 1ª ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 493. Em sentido semelhante, Antônio Junqueira pontua que “[s]omente o fim concreto dá o entendimento das cláusulas negociais (...)”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*. Tese para o concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1986. p. 225.

¹⁸ Antonio Junqueira destaca que “a causa concreta é, na verdade, o ‘fim do negócio jurídico’”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)*. Tese para o concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1986. p. 129.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil, in: Giovanni Ettore Nanni. (org.), “*Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*”, 1st ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 494 e ss.

²⁰ Como destaca Enzo Roppo, contrato é a “veste jurídico-formal de operações econômicas”. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009. p. 11.

²¹ É necessário ter em mente, como pontua Humberto Theodoro, que “o contrato é antes de tudo um fenômeno econômico. Não é uma criação do direito. Este apenas, conhecendo o fato inevitável na vida em sociedade, procura, ora mais, ora menos, impor certos condicionamentos e limites à atividade negocial.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

²² COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 203.

negócio existe por si mesmo, eles são sempre usados como instrumentos para perseguir certos fins^{23 24}.

39. O fim possui independência quanto à função típica do negócio jurídico, sendo que ele tanto pode ser típico, tendo em vista o tipo negocial utilizado, como pode emergir de quaisquer outros elementos do contexto situacional²⁵.

40. Diante dessas considerações, é necessário investigar qual seria a finalidade da contratação de uma quantidade de energia mensal mínima, na perspectiva da BACAMASO. Nessa análise, é primordial a verificação da natureza da prestação pactuada e a interpretação do conteúdo do contrato²⁶. Assim, devem ser observadas questões como a natureza do negócio jurídico, a função econômico-social do contrato²⁷ e a motivação do negócio jurídico *desde que essa seja objetivamente aferível*²⁸.

41. Em primeiro lugar, sabe-se que as cláusulas que estabelecem a contratação mínima de energia ou gás normalmente têm como algumas de suas finalidades típicas a manutenção de um fluxo de fornecimento de insumo, a propiciar a realização de uma determinada atividade econômica e a não variação de preço conforme aumentos sazonais na demanda²⁹. Como já

²³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020. p. 744.

²⁴ Sobre a verificação prática da importância do fim econômico do negócio na interpretação do conteúdo contratual cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e conseqüente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a rescisão unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 297 e ss.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020. p. 725; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

²⁶ CORTIÑAS DELAMUTA, Maria Beatriz Rizzo. *Resolução do contrato de compra e venda de mercadorias por inadimplemento: uma análise comparativa entre a Convenção de Viena e o direito brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Dissertação de Mestrado. p. 154; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 362.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 363 e ss.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 365.

²⁹ MELO, Leonardo de Campos. *Cláusula de Take or Pay: natureza jurídica*. p. 3. Disponível em: https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica. Acesso em: 15/9/2021.

destacou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com essa forma de contratação, o “*adquirente visa garantir o fornecimento mínimo de produto necessário à sua produção.*”³⁰.

42. Assim, é possível perceber que a celebração de um contrato como o aqui pactuado tem como uma de suas finalidades típicas atender à realização de uma determinada atividade empresarial.

43. Destacada essa finalidade típica, é necessário analisar as circunstâncias específicas do caso, a fim de se verificar se as partes pretenderam alterar essa finalidade.

44. Com efeito, sabe-se que a BACAMASO é uma sociedade empresária consolidada e tradicional no Estado de Vila Rica, com décadas de experiência na produção, desenvolvimento e comercialização de calçados. Justamente em razão do aumento da procura dos seus produtos e com o objetivo de ampliar a sua produção, ela aderiu ao programa governamental “Vila Cada Vez Mais Rica”, a fim de obter energia elétrica em condições mais favoráveis.

45. Nesse contexto, foi que ela e a CEVICA celebraram Contrato de Compra e Venda de energia, estabelecendo um patamar mínimo de consumo e um preço fixo a ser pago, no intuito de proporcionar à BACAMASO a aquisição da quantidade de energia necessária *para viabilizar sua atividade econômica.*

46. É possível se questionar se esse fato seria tido como motivo ou finalidade³¹, sendo que, para chegar a uma conclusão, algumas questões devem ser analisadas.

47. A primeira questão a ser observada é que o contrato celebrado entre as partes materializa a premissa mencionada, prevendo, em sua cláusula 2ª, que o seu objeto é o fornecimento de energia “*como insumo no desenvolvimento da atividade econômica da Compradora*”.

48. Outra questão a ser levada em consideração é que mostra-se incontroverso que foi em razão do aumento da demanda energética da BACAMASO, em decorrência do crescimento

³⁰ TJSP, APL 1009393-69.2013.8.26.0100, 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 20.09.2017.

³¹ Como destacam Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, é necessário analisar quando a “finalidade é objetiva ou objetivável, quando é, ou não, comum às partes; se não o for, estará reduzida a mero motivo, destituído, em linha de princípio, de relevância jurídica”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020, p. 174.)

exponencial da sua produção, tendo ela ampliado o horário de funcionamento da fábrica e adquirido novo maquinário, que os patamares do *take or pay* foram modificados (p. 2). Nesse sentido, as partes celebraram Termo Aditivo ao Contrato, em 18/6/2019, aumentando a quantidade de energia contratada para suprir a nova demanda de energia da Compradora.

49. Com isso, mesmo que a viabilização da atividade econômica da BACAMASO fosse tida como mero motivo, não parece haver dúvida de que esses foram transpostos do agente para o negócio jurídico, afinal, como destaca a doutrina, “[n]a medida em que os propósitos passam a ser de conhecimento da outra parte, que os aceita, ele passa a integrar o conteúdo do contrato”³². Em resumo, há que se ter em mente que “o motivo determinante, comum a ambas as partes, não pode ser descartado como irrelevante”³³.

50. Logo, tanto a finalidade típica da presente contratação como as circunstâncias do negócio jurídico demonstram que a contratação do consumo mínimo tinha como fim específico a execução das atividades empresariais da BACAMASO. Nota-se que as circunstâncias do caso apenas reforçaram a finalidade típica da presente contratação.

51. Ocorre que é notório que em razão de circunstâncias alheias à BACAMASO, essa teve o funcionamento de suas atividades empresariais limitado.

52. Como previamente mencionado, os decretos governamentais determinaram o fechamento do comércio das lojas físicas, o funcionamento das indústrias em regime de toque de recolher, bem como proibiram o transporte interestadual e internacional de produtos. Nesse sentido, a BACAMASO se viu impossibilitada de receber seus insumos (adquiridos no mercado internacional) e de funcionar em horário integral. Todas essas medidas impuseram um ritmo de trabalho anormal à companhia.

53. Além das dificuldades impostas à produção, também ocorreram problemas com o escoamento da produção e com a venda dos produtos, questões que fizeram com que a manutenção da capacidade produtiva perdesse, em parte, seu sentido. Isso, porque o fechamento completo das suas lojas físicas e das fronteiras do estado, tornou contraproducente o incentivo à produção, na medida em que nem mesmo haveria capacidade de venda dos sapatos produzidos no mercado.

³² COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 213.

³³ MARTINS-COSTA, Judith. *O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil*, in: Giovanni Ettore Nanni. (org.), “Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo”, 1st ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 502.

54. Evidentemente, essas circunstâncias fizeram com que, por circunstâncias alheias às partes, a capacidade produtiva da BACAMASO acabasse sendo drasticamente reduzida. Com isso, conseqüentemente, a aquisição do patamar mínimo contratado perdeu sua finalidade.

55. Esse cenário leva à manifestação de hipótese de frustração do fim do negócio jurídico. Nesse sentido, a frustração do fim pode ser resumida na:

“perda do sentido da prestação para o credor, por circunstâncias alheias à capacidade ou a disposição do devedor para prestar, porque a concretização do resultado esperado, em vista do qual fora contraído o dever de prestar, deixou de ser viável, embora persista a viabilidade da conduta do devedor”³⁴.

56. Na frustração do fim do contrato, há a perda do interesse do contratante (corporificado na finalidade que vem a integrar o conteúdo do contrato), vez que a prestação não será capaz de suprir sua necessidade e dar-lhe o proveito que visava obter com o contrato³⁵.

57. Com efeito, há vários elementos que levam ao entendimento de que essa teoria poderia ser aqui aplicável.

58. Isso, pois, por mais que teoricamente seja viável o fornecimento da energia mínima contratada, há uma perda do sentido nesse fornecimento para a BACAMASO (credora), vez que, além de não ser possível manter a capacidade produtiva (em razão das restrições impostas pela Administração), não faz mais sentido que se busque produzir a mesma quantidade de calçados que anteriormente, vez que eles não poderão ser escoados e muito menos vendidos.

59. Além disso, não parece haver dúvida de que os demais requisitos para aplicação da teoria como, a exemplo, a não imputabilidade da frustração do fim ao obrigado e eventual mora não ter sido a causa da frustração do fim, encontram-se presentes³⁶, posto que a frustração decorre de fatos completamente alheios à BACAMASO.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020. p. 170.

³⁵ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 224-225.

³⁶ Sobre os requisitos, cf. MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020. p. 181. e COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 193 e ss.

60. E para que não haja dúvidas sobre a ocorrência da frustração do fim, é necessário destacar alguns comentários e exemplos apresentados pela doutrina.

61. Nesse sentido, Rodrigo Cogo destaca o caso de negócio para aquisição e instalação de equipamentos para aquecimento da água por energia solar, ressaltando que de nada adianta ter o sistema instalado e em condições de perfeito funcionamento, se não haverá incidência necessária do sol para que o sistema aqueça a água³⁷.

62. Tal qual a ausência de sol necessário para que o sistema aqueça a água, a falta de matéria-prima necessária à produção leva a uma frustração do fim pretendido com a prestação do devedor.

63. Outro exemplo, trazido pelo mesmo autor, com base em Larenz, é o arrendamento de uma loja comercial, situada no passeio da praia de Borkum, que perdeu seu valor pela proibição de uso da praia e pela redução da afluência de viajantes à ilha de Borkum, em virtude da guerra³⁸.

64. Aqui novamente as semelhanças são muitas, pois a contratação da energia, com patamares mínimos, perdeu seu valor em razão do fechamento completo das lojas físicas e das fronteiras do estado, o que tornou sem sentido a produção, na medida em que não haveria capacidade de venda dos sapatos produzidos no mercado.

65. Exemplos semelhantes são apresentados por Catarina Monteiro Pires.

66. Nesse sentido, a autora cita os casos de uma proibição de dança imposta durante a guerra em determinadas prestações contratuais arrendatícias previamente acordadas, na qual entendeu-se que, uma vez que o bem não poderia ser utilizado para o fim pretendido, seria possível o afastamento parcial do dever de pagamento de renda³⁹. Em outro caso, um inquilino arrendara um reservatório de benzina e viu-se confrontado com uma proibição de comercialização deste produto, sendo que o tribunal considerou a prestação impossível⁴⁰.

³⁷ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 224.

³⁸ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 228.

³⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 348

⁴⁰ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 349

67. Por último, uma vez configurada a ocorrência de frustração do fim do contrato, deve-se avaliar qual é sua consequência, sendo que, para tanto, é necessário verificar qual seria seu fundamento no direito brasileiro.

68. Sobre o tema, acredita-se que o melhor entendimento é de que a questão está atrelada à Teoria da Impossibilidade, como defendem Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva⁴¹ e Leonardo de Faria Beraldo⁴², por mais que parcela da doutrina entenda que a frustração do fim do contrato não seria hipótese de impossibilidade⁴³.

69. Sem descer a detalhes sobre a discussão do enquadramento da teoria, para entender que essa seria hipótese de impossibilidade, vale-se, aqui, do entendimento de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva no sentido de que “*se o fim é - como aqui se sustenta - intrínseco, e não meramente extrínseco ao conceito de prestação, a sua frustração o atinge inelutavelmente*”⁴⁴.

70. E tendo em vista tratar-se de impossibilidade, a consequência da frustração do fim será a liberação do obrigado por impossibilidade de prestar⁴⁵ e não a rescisão ou resolução do contrato, como defendem alguns⁴⁶.

71. Inclusive, por se tratar de uma impossibilidade temporária de se atingir os fins do contrato, tem-se que as prestações devem ser suspensas até que o evento que originou a impossibilidade (no caso, o Decreto Estadual) seja superado e a execução do contrato possa ser retomada, considerando os fins a que esse se propõe⁴⁷. Com isso⁴⁸, o dever de prestar fica

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020. p. 181.

⁴² BERALDO, Leonardo de Faria. *Função Social do Contrato*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 1. ed, 2011. p. 162-164.

⁴³ Nesse sentido, cf: COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 260-261 e NANNI, Giovanni Ettore. *Frustração do fim do contrato*. In: TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das Obrigações. Pressupostos, evolução, remédios*. Vol. I. São Paulo: Ed. Processo, 2020. p. 217-240.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020. p. 181

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 1. ed., 2020. p. 181-182.

⁴⁶ Nesse sentido, cf: COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 266.

⁴⁷ Direito e Pandemia. n. esp. (maio. 2020) – Brasília, 2020. 147 p. Edição Especial. Versão online disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/>. Acesso em 20/9/2021.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Número Temático: COVID-19 e o Direito. Ano LXI. Nº 1, 2020, p. 391-427. p. 404.

temporariamente suspenso e o dever de contraprestar fica também temporariamente bloqueado⁴⁹. Ressalta-se que não deve haver, automaticamente, a resolução do contrato⁵⁰.

72. Sendo assim, levando-se em consideração as questões acima expostas, nota-se que é razoável entender que ocorreu a frustração parcial do fim do contrato, não nos parecendo correto ser mantido o pagamento do valor mensal de R\$168.960,00, independentemente do consumo da energia fornecida. No caso, o fornecimento da energia mínima contratada restou frustrado por evento superveniente, não imputável às partes. Por ser esse evento uma impossibilidade temporária, o dever de fornecer a energia mínima contratada fica temporariamente suspenso e, da mesma forma, a contraprestação da BACAMASO resta temporariamente bloqueada.

DA OBRIGAÇÃO DE CONSUMO E SEU INADIMPLEMENTO

73. Como adiantado, o contrato ora em análise contém previsão de *take or pay*. Em cláusulas socialmente típicas de *take or pay* prevê-se “a obrigação de uma parte pagar certo montante por quantidade mínima de serviços ou bens a ser disponibilizada por outra parte, sendo a obrigação devida independentemente da respectiva utilização”⁵¹.

74. Nessas cláusulas, tradicionalmente, o efetivo consumo do bem disponibilizado é indiferente para a cobrança do valor fixado, na medida em que o consumo ou não do bem pelo comprador é risco a ele alocado pelo contrato. Isso, porque, em geral, o *take or pay* corresponde à contraprestação devida pelo Comprador à mera disponibilização de bens ou serviços⁵² pelo Vendedor.

75. Ou seja, em regra, nas cláusulas típicas de *take or pay* não há uma obrigação de consumo ou de uso do volume mínimo fornecido. Há apenas a obrigação de pagamento do Comprador e a obrigação de disponibilização do bem pelo Vendedor.

76. Contudo, no presente caso, no exercício da sua autonomia da vontade, as partes pactuaram no contrato, por meio da sua cláusula 4^a, o consumo do patamar mínimo de energia

⁴⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos: perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 175-176.

⁵⁰ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos: perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 176-177.

⁵¹ VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, out./dez. 2020. p. 6.

⁵² 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, p. 189-225, mar./abr. 2019. p. 2.

como obrigação contratual da BACAMASO, atestando que “a Compradora se obriga a adquirir a uma carga mensal mínima descrita em anexo a esse instrumento, a preço pré-fixado”.

77. Referida obrigação foi reforçada e destacada pelas partes no Aditivo, celebrado em 18/6/2019, que alterou a cláusula 4ª do contrato, passando a prever expressamente na cláusula 4.1 que “a CEVICA se obriga a fornecer a carga fixa de 2500 kW, e BACAMASO se obriga a consumir a quantidade prefixada de energia elétrica de 480.000 kWh”.

78. Nesse sentido, o contrato também definiu em sua cláusula 1.13 o *take or pay* como “consumo mensal mínimo”.

79. Além da obrigação de consumo mínimo, a BACAMASO também assumiu, nos termos da cláusula 5.1(a) do contrato, com redação dada pelo Aditivo, a obrigação de pagamento de valor pré-fixado no montante de R\$ 168.960,00, tanto nos casos em que atingisse o consumo mínimo a que estava obrigada, quanto na hipótese de não alcançar o consumo previsto.

80. Logo, por mais que normalmente o *take or pay* não estabeleça uma obrigação de consumo, há elementos para se dizer que as partes se desviaram da cláusula de *take or pay* socialmente típica, para estabelecer uma obrigação de consumir uma quantidade mínima de energia com o pagamento dessa quantidade.

81. Ocorre que, em virtude do já narrado cenário pandêmico, a partir de junho de 2020, com a edição dos decretos governamentais, a BACAMASO não foi capaz de cumprir com a sua obrigação de consumo, não atingindo o patamar contratualmente previsto, incorrendo em inadimplemento.

DA ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE EVENTO DE FORÇA MAIOR

82. Como já dito, não há dúvidas de que o consumo mínimo não foi atingido. Tendo-se em vista esse fato e, que, como demonstrado acima, no presente caso o consumo abaixo do mínimo constitui inadimplemento, é necessário analisar as causas que levaram ao consumo abaixo do esperado. Registra-se que a análise das causas é de grande relevância, pois, se por um lado, em um *take or pay*, a parte assume riscos na variação da demanda é certo que, como já exposto acima, esse risco não é ilimitado.

83. Diante disso, passa-se a analisar se a pandemia e a determinação de medidas de combate a sua propagação pelo Poder Público podem, no presente caso, ser caracterizadas como força maior ou caso fortuito.

84. Inicialmente, cabe notar que é necessário examinar cada relação contratual em sua individualidade, compreendendo o que ocorreu em cada contrato, de modo a se avaliar se efetivamente houve impossibilidade de cumprimento da prestação pelo devedor⁵³. Em outras palavras, não se pode presumir que a pandemia ou a determinação de medidas de combate a essa constituíram força maior ou caso fortuito.

85. No caso, uma das causas alegadas pela BACAMASO, como justificativa para a redução de seu consumo, é o problema com a compra de insumos. Sobre o tema, há comprovação de que a BACAMASO celebrou diversos contratos para a importação de matéria prima (p. 3).

86. Como destaca a Gazeta de Vila Rica (Anexo 6, p. 29), essas parcerias com grandes sociedades empresárias dos Estados Unidos, da Alemanha e do Japão foram essenciais para o desenvolvimento de todos os sapatos, em especial os antibactericidas. Em sentido semelhante, ao divulgar a importação de matéria prima, a BACAMASO destacou que essa operação visava à manutenção do alto rigor na escolha da matéria prima (Anexo 7, p. 30).

87. Não parece haver dúvidas de que a importação de matéria prima foi afetada pela determinação de medidas de combate à pandemia, afinal o Decreto Estadual n. 149/2020 estabeleceu o fechamento das fronteiras do Estado de Vila Rica com outros entes federativos, ficando proibida:

“a entrada ou saída de produtos comercializáveis do Estado de Vila Rica, vedado o transporte interestadual ou internacional, de natureza pública ou privada, de produtos pelas vias rodoviária, ferroviária, hidroviária ou aeroviária que exceda os limites das divisas do Estado.” (Art. 2º, § 1º)

88. A única exceção à proibição estabelecida diz respeito ao transporte interestadual e internacional de produtos necessários para o funcionamento de atividades essenciais, o que não inclui insumos para a produção de sapatos.

⁵³SCHREIBER, 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*. 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 20/9/2021.

89. É evidente que os impactos no fornecimento de matéria prima fazem com que a BACAMASO, ou qualquer outra indústria, não possa funcionar normalmente, ocorrendo uma limitação na capacidade produtiva da indústria. E com uma capacidade produtiva menor, todos os insumos acabam sendo consumidos em menor escala, o que também ocorre com o consumo de energia.

90. Assim, tendo em vista que a falta de matéria prima afeta diretamente o consumo de energia, a fim de se verificar a existência de um evento de força maior ou caso fortuito, é necessário investigar a dimensão dos impactos deste decreto nas operações da BACAMASO.

91. Em primeiro lugar, cabe notar que não se sabe ao certo qual foi o impacto imediato, dessa medida, no estoque de matéria-prima da BACAMASO, de forma que não é possível dizer quantos dias a indústria poderia funcionar normalmente, mesmo sem o recebimento dos insumos adquiridos. Todavia, é inegável que, em razão da incerteza quanto à duração do fechamento da fronteira e de outras medidas necessárias ao combate da pandemia, era esperado que a BACAMASO adotasse algum plano de contingência, reduzindo o uso da matéria-prima disponível, de modo a evitar uma paralisação total de sua operação por falta de insumos.

92. Por mais que, no dia após o decreto, seja razoável supor que a BACAMASO ainda tivesse matéria prima para trabalhar normalmente pelos próximos dias, não é esperado que ela continuasse operando normalmente *sem se preocupar com o dia de amanhã*. O mais razoável a se fazer era reduzir o consumo de matéria prima, e, conseqüentemente, limitar sua produção, até que o recebimento dessas fosse restabelecido. Ao que tudo indica, a BACAMASO adotou medidas nesse sentido.

93. Assim, mesmo que a BACAMASO tivesse um estoque de matéria prima, entende-se que esse fato não afasta a possibilidade de que o não recebimento de matéria prima importada, em razão de ato do Poder Público, reduza a capacidade produtiva da indústria, o que, conseqüentemente, afeta seu consumo da energia contratada.

94. Além desse fato, é necessária uma reflexão sobre outra questão: era possível que a BACAMASO obtivesse a matéria prima de outra forma, no mercado interno?

95. Para responder essa pergunta, duas questões devem ser observadas em conjunto: a importância da matéria prima importada e o fato de que o Decreto Estadual n. 149/2020, ao

fechar as fronteiras do Estado, também impossibilitou a compra de matéria prima de outros estados do País.

96. Como já mencionado, os elementos dos autos demonstram que a matéria prima importada era um diferencial da produção da BACAMASO, de maneira que não é razoável que ela tenha de utilizar qualquer matéria prima para manter sua produção. A necessidade de ser observada a mesma qualidade do bem é questão há muito superada como se vê, a exemplo, dos ensinamentos doutrinários a partir da teoria do ônus de mitigar o próprio dano⁵⁴.

97. Por isso, é necessário avaliar se a BACAMASO teria condições de comprar matéria prima da mesma qualidade dentro do Estado de Vila Rica.

98. No entanto, não há nos autos elementos que demonstrem a disponibilidade dessa matéria prima dentro do Estado de Vila Rica e muito menos a disponibilidade dessa em um preço razoável⁵⁵.

99. Diante desse cenário, é que se passa a analisar os requisitos da força maior.

100. A redação da cláusula 10, após o aditivo, estabelece que para que um fato se enquadre como força maior:

- “a) sua falha no desempenho foi causada por um impedimento além de seu controle razoável;
- b) não se poderia razoavelmente esperar que tivesse levado em conta a ocorrência no momento da celebração do contrato;
- c) não poderia ter razoavelmente evitado ou superado os efeitos do impedimento.”

101. Sobre o primeiro requisito, é possível afirmar que o Decreto Estadual está além do controle da BACAMASO. Inclusive, a doutrina já aventou a possibilidade de restrições adotadas pela Administração Pública, para o combate da pandemia, impossibilitarem determinadas prestações⁵⁶. A propósito, em recente caso, a 24ª Câmara de Direito Privado do

⁵⁴ “Primeiro, deve haver uma equivalência qualitativa entre o bem ou serviço a ser substituído pelo mercado e aquele da relação contratual inadimplida. (...) A disparidade entre o substituto e o substituível pode ser aceitável ou não, dependendo da importância que a característica divergente tem para o uso pretendido pelo credor.” (LOPES, Christian. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 44)

⁵⁵ Considera-se impossível a prestação que exige do devedor gasto absurdo, que o sacrificaria inteiramente. Nesse sentido, cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. atualizador Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 138.

⁵⁶ 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*. Disponível em:

TJSP anotou que as restrições impostas pelo Poder Público configurariam hipótese de caso fortuito e força maior, em contrato envolvendo o fornecimento de energia:

“O impacto econômico sobre a atividade da autora, com **as restrições impostas pelo poder público, implica quebra da base econômica objetiva do negócio jurídico, promovendo um desequilíbrio entre a prestação de uma parte e a contraprestação devida pela outra – Configurada hipótese de caso fortuito e força maior**, cuja situação se mostra imprevisível, atingindo o correto cumprimento da obrigação pela autora de forma abrupta, fato notório que justifica o pagamento de energia efetivamente consumida”⁵⁷

102. Sobre o segundo requisito, que por mais que não deva ser normalmente associado à força maior e ao caso fortuito⁵⁸, não é preciso muita reflexão, pois, evidentemente, era impossível que as partes levassem em consideração, no momento da celebração do contrato, a pandemia e as restrições impostas pelo Poder Público. Há de se ter em mente que se trata de um período totalmente atípico na história moderna, no qual muitas medidas de enfrentamento foram tomadas e que, no Brasil, a falta de coordenação entre as diferentes esferas de poder fez com que o alongamento das medidas restritivas fosse necessário. Assim, entende-se ser impossível que as partes previssem a pandemia e seus desdobramentos.

103. Quanto ao último requisito, não há quaisquer indícios de que a BACAMASO razoavelmente poderia ter evitado ou superado os efeitos do impedimento. Como já mencionado, a especialidade da matéria prima importada, e o fato de que o Decreto Estadual n. 149/2020 também impossibilitou a compra de matéria prima de outros estados do país, faz com que tudo indique que não era possível evitar ou superar os efeitos do impedimento.

104. Por fim, nota-se que em casos semelhantes, a 35ª Câmara de Direito Privado do TJSP e a 19ª Câmara de Direito Privado do TJMG entenderam que a situação pandêmica tornou impossível o cumprimento da obrigação de consumo mínimo, pela compradora:

(...) De fato, não há foro para se afastar a incidência da cláusula do contrato que trata da possibilidade de rescisão em se tratando de força maior. Com efeito, a cláusula 10.2 [fls. 15 do contrato firmado], nesse momento, alberga a pretensão da parte, especialmente diante da impossibilidade superveniente do cumprimento integral da prestação decorrente de causa não imputável à compradora da energia.

<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 20/9/2021.

⁵⁷ TJSP; Apelação Cível 1000745-75.2020.8.26.0514; Relator: Salles Vieira; 24ª Câmara de Direito Privado; Dj: 30/06/2021

⁵⁸ Destacando que a imprevisibilidade não é requisito do caso fortuito e força maior, cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte Geral das Obrigações*. v. 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 311.

Incide, guardadas as devidas proporções, o disposto no art. 393 do Código Civil. Evento imprevisível que afasta a mora da parte autora. Há, em outras palavras, rompimento de nexo causal. (...)⁵⁹

(...) 3. A cláusula *take or pay* que rege a relação contratual entabulada pelas partes assegura o pagamento de uma quantidade mínima de energia elétrica, independentemente do uso efetivo.

4. A crise gerada pela pandemia do novo coronavírus configura-se como caso fortuito, ou força maior, porquanto imprevisível e não relacionada ao risco inerente da atividade.

5. O contrato firmado entre as partes não prevê a resolução contratual nesses casos, mas autoriza a suspensão da obrigação na hipótese de um dos contratantes enfrentar situação de caso fortuito ou de força maior.

6. Diante de fato imprevisível, deve ser autorizada a suspensão temporária da cláusula *take or pay* a fim de restabelecer, enquanto perdurar a política de isolamento social, o equilíbrio contratual entre as partes.⁶⁰

105. Assim, tem-se que o Decreto Estadual n. 149/2020 é apto a caracterizar evento de força maior e caso fortuito, havendo a exoneração de responsabilidade da BACAMASO pelo consumo abaixo do mínimo contratado, ocorrendo o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta do contratante e eventual dano causado⁶¹. Com isso, diante da exoneração de responsabilidade da BACAMASO, não é exigível o pagamento do valor estipulado na cláusula de *take or pay*.

PAGAMENTO DA ENERGIA CONSUMIDA, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

106. Em virtude das questões analisadas acima, é possível concluir-se pela inexigibilidade dos valores oriundos da cláusula de *take or pay*, prevista no contrato, seja em razão da frustração do fim do contrato ou em vista da ocorrência de evento de força maior.

107. Entretanto, o afastamento do *take or pay* não gera a exoneração total da obrigação de pagar, sob pena de a BACAMASO incidir em indevido enriquecimento sem causa. Desse modo, entende-se correto o afastamento da cláusula de *take or pay*, não vinculando a parte ao pagamento do patamar mínimo fixado, e o pagamento restrito à quantidade de energia efetivamente consumida, diante da impossibilidade verificada. Assim já decidiu a 2ª Câmara Cível do TJMG:

⁵⁹ TJSP; Embargos de Declaração Cível 1028988-10.2020.8.26.0100; Relator Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 31/05/2021.

⁶⁰ TJMG; Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.508004-7/001, Relator Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 22/04/2021.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 540.

Agravo de instrumento - Ação declaratória - Tutela de urgência - Requisitos - Artigo 300 do CPC - Fornecimento de energia elétrica - Sistema de demanda contratada - Cláusula take or pay - Pandemia de COVID-19 - Caso fortuito ou força maior - Suspensão - Faturamento pela energia efetivamente consumida - Razoabilidade - Recurso a que se nega provimento.(...)

2 - No sistema de demanda contratada de energia elétrica, a cláusula take or pay estabelece valor mínimo mensal a ser adimplido pela energia colocada à disposição do consumidor, independente do consumo aferido.

3 - Demonstrada a queda drástica no consumo e faturamento da contratante, decorrente de evento não esperado pelas partes, justifica-se a suspensão da exigibilidade do valor mínimo contratado e a cobrança pelo consumo efetivamente aferido, mormente quando existente previsão contratual nesse sentido.⁶²

B. A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO EQUITATIVA DOS VALORES DA CLÁUSULA DE *TAKE OR PAY*

DA NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *TAKE OR PAY*

108. Outro ponto colocado para análise na presente consulta diz respeito à possibilidade de redução equitativa dos valores da cláusula de *take or pay*. A fim de responder a esse questionamento, importa, em primeiro lugar, analisar qual a natureza jurídica do *take or pay* no presente contrato.

109. Como mencionado, tipicamente as cláusulas de *take or pay* não preveem a obrigação de o comprador efetivamente consumir o volume mínimo fornecido, de modo que, em regra, no *take or pay*, o efetivo consumo do bem disponibilizado é indiferente para a cobrança do valor fixado. Nesses casos, o consumo ou não do bem é mero risco do comprador.

110. Nesse contexto, é comum que o *take or pay* seja qualificado como preço e não cláusula penal, sendo que parcela da doutrina que entende que esse seria preço, o qualifica como obrigação alternativa ou de garantia.

111. Todavia, neste caso em específico, como já mencionado, diferentemente do que ocorre nas cláusulas de *take or pay* tradicionais, há expressa previsão de obrigação contratual de consumo do mínimo por parte da Compradora. Logo, no presente caso, o consumo mínimo

⁶² TJMG; Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.577361-7/001, Relator Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 13/04/2021.

não é tratado como mero risco alocado no contrato, mas configura expressa obrigação contratual da Compradora.

112. Diante da fixação dessas premissas, cabe analisar qual a qualificação jurídica mais acertada ao *take or pay*, no caso. Afinal, a real definição da natureza jurídica da cláusula de *take or pay* irá depender da sua própria redação, conferida no instrumento contratual⁶³, devendo ser analisado cada contrato e suas particularidades.

113. Observando-se o caso em questão, nota-se que não há alternativa em benefício da Compradora. Isso porque só haverá adimplemento da obrigação do *take or pay* quando a Compradora consumir o volume mínimo de energia pactuado, já que há obrigação expressa de uso do volume mínimo no contrato. Ou seja, não há uma escolha a ser efetuada pelo devedor. Diante disso, não nos parece adequado indicar o *take or pay* do presente contrato como obrigação alternativa.

114. Por sua vez, como já mencionado acima, não é possível presumir que exista uma obrigação de garantia, a menos que essa seja expressamente pactuada em contrato (o que não ocorre no presente caso).

115. Como não é possível caracterizar a obrigação como alternativa ou de garantia, é necessário analisar se, no presente caso, o *take or pay* pode ser tido como cláusula penal.

116. No caso, ao se analisar o contrato, nota-se que, uma vez consumida a energia mínima contratada, a BACAMASO deve pagar à CEVICA o valor de R\$ 168.960,00. Assim, não há dúvidas de que, uma vez consumida a energia contratada, esse valor será pago a título de preço, sendo que sequer incidirá a cláusula de *take or pay*⁶⁴.

⁶³ POMPEU FILHO, Cid Tomanik. *Redação contratual define a natureza de cláusula de take or pay*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-17/cid-tomanik-redacao-contratual-define-natureza-clausula-take-or-pay> Acesso em: 15/9/2021.

⁶⁴ Nesse sentido, Vitor Vieira, em artigo específico sobre cláusulas de *take or pay*, afirma: “[...] a cláusula de *take or pay* não incide caso configurada a hipótese de ter havido consumo ou utilização além ou igual ao mínimo. Nesses casos, o quantum devido corresponderá exatamente à proporção consumida e não se sujeitará a pagamento de volume mínimo devido independentemente de efetiva utilização (*take or pay*).” (VIEIRA, Vitor Silveira. *A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação*. Revista de Direito Privado, v. 106, p. 101-150, out./dez. 2020. p. 5)

117. No entanto, o contrato também estabelece, na cláusula 5.2.1, um *take or pay*, no sentido de que essa quantia deverá ser paga ainda que se verifique um consumo de energia inferior à quantidade contratada.

118. Como já dito, é comum que os contratos não estabeleçam uma obrigação de consumir, sendo que, diante desse fato, o *take or pay* seria tido como preço em contrapartida à mera disponibilização da energia. Todavia, no presente caso, as partes pactuaram uma obrigação de consumo, que deve ser aqui respeitada, sendo que o *take or pay* será, necessariamente, uma consequência do inadimplemento da Compradora em consumir a energia contratada.

119. Com isso, nota-se que no caso, em razão da pactuação de uma obrigação de consumo, o *take or pay* é aplicado como penalidade diante do inadimplemento da obrigação de consumo mínimo, e não como preço. E, como se sabe, a cláusula penal tem, como pressuposto de sua eficácia, a não realização da prestação⁶⁵, servindo como medida de ressarcimento⁶⁶, sendo que sua eficácia é postergada para o momento posterior ao inadimplemento.

120. Nesse sentido, usualmente a cláusula penal cumpre as funções precipuamente de (i) pré-fixar perdas e danos e (ii) reforçar o vínculo obrigacional⁶⁷. Percebe-se que essas duas funções encontram-se presentes na cláusula do presente contrato.

121. No caso, o *take or pay* proporciona a indenização pelo inadimplemento do Comprador da sua obrigação de consumo mínimo, ressarcindo o Vendedor dos prejuízos decorrentes do descumprimento. Isso, porque o *take or pay* traduz o cálculo feito de antemão pelo credor, dos seus custos e lucro, para fornecer aquela determinada quantidade de energia. Portanto, ele pré-fixa o valor do dano no caso dessa energia disponibilizada não ser integralmente consumida, em descumprimento à obrigação prevista em contrato.

⁶⁵ SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro. *A cláusula penal em tempos de pandemia: reflexões sobre a exigibilidade e o controle da pena convencional*. Migalhas. 7 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/346627/reflexoes-sobre-a-exigibilidade-e-o-controle-da-pena-convencional> Acesso em: 16/9/2021.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, v. 2: obrigações. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 554.

⁶⁷ “Com o primeiro destes objetivos, traz consigo um reforço do vínculo obrigacional: o devedor, que já o é em razão da *obligatio*, reforça o dever de prestar com o ajuste de multa, que lhe pode exigir o credor, se vem a faltar ao cumprimento do obrigado. Simultaneamente com esta finalidade, a lei admite que a inexecução facultada ao credor a percepção da cláusula penal, que figura consequentemente como a liquidação antecipada das perdas e danos, em que normalmente se converteria o inadimplemento.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: obrigações*. v. 2, 29. ed. rev. e atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 154.

122. Ademais, a possibilidade de incidência do *take or pay*, diante do inadimplemento, significa um estímulo ao devedor em cumprir a sua obrigação de consumo. Afinal, ele terá de pagar um valor pré-fixado, na hipótese do consumo mínimo não ser atingido.

123. Logo, aqui o *take or pay* reflete “a avaliação prévia do dano que, previsivelmente, o incumprimento lhe [ao credor] causará⁶⁸”. Nesse sentido, ele funciona como uma cláusula penal, atuando como “instrumento à disposição das partes para a gestão de riscos, configurando, por assim dizer, mecanismo estabelecido pelo direito para proteger o contratante contra os riscos do inadimplemento”⁶⁹.

124. Por fim, cabe registrar que há entendimento doutrinário⁷⁰ e jurisprudencial⁷¹ no sentido de que, mesmo em casos nos quais não há peculiaridades como a pactuação de uma obrigação de consumo, o *take or pay* poderia ser tido como cláusula penal.

125. Nesse sentido, veja-se, a exemplo, as seguintes passagens de julgados, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Se, em si, previsão de consumo mínimo de oxigênio líquido e de outros gases, a take-or-pay, não afronta a ordem econômica, pode configurar abuso, que, se real e em cada circunstância, reprime-se com redução, **porque não passa de cláusula penal para a hipótese de aquisição a menor**. No caso, porém e ausente pedido alternativo ou sucessivo de montante diverso ou mitigado, mantém-se o decreto de improcedência⁷².

Afinal, contratando fornecimento mínimo, obrigou-se a ré a pagar pelo mínimo, mesmo que não recebesse o produto. Nisso, ficou dito, a autora já se garantiu

⁶⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Imprensa: Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 25, p. 113-141, 2003. p. 118.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil: Obrigações*. v. 2, 2. ed. rev, ampl. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 542.

⁷⁰ MARQUEZ, Rafael Garcia. *Cláusula de take or pay em contratos de longo prazo*. Dissertação (mestrado profissional). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. p. 27.

⁷¹ Nesse sentido: TJSP, Apelação Cível 0196315-12.2011.8.26.0100, 28ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 06/02/2018. TJSP, Apelação Cível 0118469-21.2008.8.26.0100, 28ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 30/07/2013. TJSP, Apelação Cível 9232322-58.2008.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 9/10/2012. TJSP, Apelação Cível 0188504-06.2008.8.26.0100, 28ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 14/09/2010;

⁷² TJSP; Apelação Cível 0188504-06.2008.8.26.0100; Relator Celso Pimentel; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 14/09/2010.

contra eventual inadimplência e prefixou seus danos e seus lucros cessantes, fim mesmo da cláusula penal⁷³.

126. Portanto, ao nosso sentir, conclui-se que por mais que cláusulas socialmente típicas de *take or pay* possam receber classificações distintas, no presente caso, o *take or pay*, em razão de suas particularidades, caracteriza-se como cláusula penal.

DA REDUÇÃO EQUITATIVA DO VALOR DA TAKE OR PAY

127. Sendo possível a classificação da cláusula de *take or pay*, como cláusula penal, passa-se a analisar a possibilidade de redução equitativa do seu valor, pela aplicação do art. 413, do Código Civil.

128. O art. 413 impõe ao juiz que reduza a penalidade acordada entre as partes em duas hipóteses, quando há o (i) cumprimento parcial da obrigação ou (ii) manifesta excessividade no montante pactuado.

129. Destaca-se que em ambas as situações não se fala mais em uma faculdade do juiz em reduzir o montante fixado, mas em um dever, uma vez que o art. 413 estabelece que “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz”, disposição que não pode ser afastada pelas partes, por tratar-se de norma de ordem pública⁷⁴.

130. No primeiro caso, deve ser reduzida a penalidade quando tiver ocorrido o adimplemento parcial. O racional dessa regra é evitar o enriquecimento do credor, a quem já foi prestada parcialmente a obrigação acordada, não podendo receber por inteiro a multa convencionada⁷⁵.

131. Já a segunda hipótese, configura a possibilidade de redução do valor pré-fixado pela cláusula penal quando for comprovado o seu manifesto excesso, tendo em conta a natureza e a finalidade do negócio. Nesse contexto, o julgador deve adaptar a cláusula penal à realidade

⁷³ TJSP, Apelação Cível 0196315-12.2011.8.26.0100, 28ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 06/02/2018.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 711

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil: Obrigações*. v. 2, 2. ed. rev, ampl. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 554

dos fatos⁷⁶, adequando o que está excessivo a parâmetros razoáveis⁷⁷. Essa análise deverá ser feita no momento de exigibilidade da pena, ou seja, quando ocorrer o inadimplemento⁷⁸.

132. No caso em voga, a BACAMASO cumpriu parcialmente sua obrigação, alcançando um consumo de 61,6% do total de energia disponibilizado⁷⁹. Portanto, logicamente, na hipótese de se compreender que houve inadimplemento culposo de sua parte, incidindo o *take or pay*, entende-se que o valor de pagamento previsto na cláusula 5.1(a) deve ser equitativamente reduzido, em cumprimento ao disposto na primeira parte do art. 413 do Código Civil.

133. Essa redução equitativa, não significa necessariamente uma redução matematicamente proporcional, mas uma diminuição do valor da multa que leve em conta a ponderação dos interesses envolvidos no caso⁸⁰, alcançando a “justa medida”⁸¹.

134. Portanto, em vista dessas circunstâncias, conclui-se pela imposição da redução equitativa do valor pré-fixado na cláusula de *take or pay*, em vista do cumprimento parcial da obrigação, devendo ser considerado para a redução, que os entraves vivenciados pela BACAMASO, no cumprimento da sua prestação, superam a álea normal do contrato.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, v. 2: obrigações. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 564.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 695

⁷⁸ SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro. *A cláusula penal em tempos de pandemia: reflexões sobre a exigibilidade e o controle da pena convencional*. Migalhas. 7 de jul. de 2021. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/346627/reflexoes-sobre-a-exigibilidade-e-o-controle-da-pena-convencional> Acesso em: 16/9/2021.

⁷⁹ Nos termos do Esclarecimento nº 10 “Entre junho de 2020 e dezembro de 2020, o consumo de energia da BACAMASO foi em média 38,4% menor do que a quantidade mínima contratada.”

⁸⁰ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, v. 2: obrigações. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 562.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 689.



III. RESTOU CONFIGURADA A EXISTÊNCIA DE UM EVENTO SUPERVENIENTE, QUE AUTORIZA A REVISÃO DOS VALORES FUTUROS E VINCENDOS A TÍTULO DE *TAKE OR PAY*, PREVISTO NO CONTRATO?

DA REVISÃO DAS PARCELAS FUTURAS E VINCENDAS DO *TAKE OR PAY*

135. Por fim, cumpre analisar o último ponto jurídico dessa consulta: a possibilidade de revisão das parcelas futuras e vincendas a serem pagas a título de *take or pay*.

136. Em um primeiro momento, importante ressaltar que os contratos e, principalmente, os seus riscos, são firmados e delimitados com respaldo na situação fática, na qual as partes estão inseridas, que não abarcam apenas as situações do presente, mas, também, a previsão de situações futuras, baseadas nas informações disponíveis no momento da realização do contrato⁸². Ainda, é necessário observar que o tempo submete as prestações ao risco de inevitáveis transformações, sendo que “*nada escapa, com efeito, à ação destrutiva do tempo*”⁸³.

137. Sendo assim, por mais que o *pacta sunt servanda* deva ser respeitado, o Código Civil estabelece a possibilidade de revisão do contrato, diante de eventos imprevisíveis, externos à esfera de responsabilidade do devedor, que alterem a comutatividade do contrato⁸⁴.

138. Nesse sentido, em seu artigo 317, o Código Civil permite a revisão das obrigações contratuais quando ocorre a mudança significativa das bases da contratação em virtude de fatos supervenientes e imprevisíveis, impondo uma desproporção ou extrema onerosidade.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. III*. Atual. Caitlin Mulholland. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 67.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo* 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 698.

⁸³ VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 99, n. 900, p. 93

⁸⁴ Nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça: “A negociação é influenciada pelas leituras que as partes fazem acerca dos riscos futuros, mas as prestações são certas. Assim, o fundamento para a constatação, ainda que em tese, da ocorrência de onerosidade excessiva deve estar fundado na alteração inaceitável da comutatividade(...)”. (STJ - REsp: 977007 GO 2007/0189135-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2009). Sobre a necessidade de revisão em virtude da quebra da comutatividade contratual, Farias e Rosenvald possuem um posicionamento similar: “Quando estudamos o princípio do equilíbrio contratual, vimos que a vicissitude da quebra do sinalagma funcional em contratos bilaterais dificulta extremamente o cumprimento da obrigação de um dos contratantes, porém não a impossibilita em definitivo. Por isto, a preferência lógica do sistema jurídico é a revisão do negócio jurídico (art. 317, CC)”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 597)

139. A discussão a respeito da revisão de contratos cresceu exponencialmente em razão da pandemia de Covid-19⁸⁵. Em 2020, deflagrada a pandemia, o contexto das relações comerciais foi bruscamente afetado, sendo inegável o seu impacto, em especial das medidas para sua contenção, no setor industrial e de comércio.

140. Contudo, não se pode afirmar, genericamente, que a pandemia, por si só, configura um evento apto a motivar a renegociação e revisão de contratos, é necessário analisar cada caso e suas particularidades, a fim de verificar a imprevisibilidade e a ocorrência de onerosidade excessiva na prestação.

141. Na análise da imprevisibilidade, deve-se levar em consideração que o consumo mínimo de energia acordado em contrato foi estipulado levando em consideração o curso natural da produção e a venda dos calçados da BACAMASO. Ou seja, o cenário fático que deu base à contratação foi de uma indústria, em crescimento e pleno funcionamento, sendo contratada a quantidade de energia necessária para suprir a produção nessa conjuntura, suportadas as variações ordinárias de mercado.

142. Contudo, como já visto, em razão de eventos supervenientes (a pandemia e a determinação de medidas restritivas), o que se verificou, na realidade, foi a impossibilidade de a BACAMASO seguir com a sua produção regular. Essa redução da produção, por consequência, gerou a diminuição do consumo de energia da BACAMASO, que não mais correspondia ao consumo de uma indústria em crescimento e pleno funcionamento.

143. Assim, percebe-se que os decretos municipal e estadual acarretaram um contexto fático completamente diferente daquele que poderia ser previsto durante as tratativas do contrato de fornecimento de energia entre a CEVICA e a BACAMASO. Sob essa ótica, a base do negócio jurídico foi totalmente alterada, pela superveniência de um fato imprevisível e extraordinário⁸⁶.

⁸⁵ SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Migalhas. 3 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 15/9/2021.

⁸⁶ BRANCO, Lucas Faillace Castelo. *Onerosidade Excessiva em Tempo de Coronavírus no Brasil e a Frustração do Propósito Contratual no Direito Inglês*. Migalhas 20 de abr. de 2021, p. 8. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/0AC31A36AF6193_onerosidadeexcessivaodireitoc.pdf. Acesso em: 20/09/21.

144. Sobre a ocorrência de onerosidade excessiva, nota-se que o artigo 317 visa à manutenção do equilíbrio inicial do contrato⁸⁷, sendo, portanto, razoável avaliar a desproporção da prestação, no sentido de deixar de haver equilíbrio entre essa e a contraprestação⁸⁸.

145. No presente caso, o equilíbrio inicial da contratação pode ser resumido no fornecimento de energia, para a utilização da BACAMASO, mediante a realização de pagamento.

146. Ocorre que, como já mencionado, a determinação de medidas de combate à pandemia, por parte do Poder Público restringiu a possibilidade de utilização da energia pela BACAMASO, de forma que o fornecimento da energia mínima contratada perdeu sua finalidade, vez que essa não poderá ser utilizada pela BACAMASO. Com isso, não há dúvidas de que o equilíbrio inicial do contrato foi afetado, pois deixou de haver comutatividade entre a prestação da BACAMASO e a utilidade a ser obtida com a contraprestação da CEVICA.

147. Observa-se então, que o contrato ora analisado, assim como diversos outros, “*em razão da pandemia (motivo imprevisível), nasceram equilibrados (sinalagma genético), mas suas prestações ficaram manifestamente desproporcionais pela mudança da base objetiva do negócio*”⁸⁹.

148. Nesse sentido, Patrícia Ferraz afirma que:

“Na celebração do contrato, devem ser levadas em consideração certas condições básicas, de caráter geral, tais como a ordem econômica do país, o poder aquisitivo da moeda e as circunstâncias de mercado. Se eventos supervenientes as fizerem ‘desaparecer’, impondo ao devedor um esforço muito além da previsão que pudesse ser feita ao tempo da pactuação, legitimar-se-ia a resolução ou a revisão do contrato”⁹⁰.

⁸⁷ Nesse sentido, cf: FRANTZ, Laura Coradini. Excessiva onerosidade superveniente : uma análise dos julgados do STJ. In: *Modelos de Direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 216.

⁸⁸ No entanto, há quem entenda de maneira diversa, cf: MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Número Temático: COVID-19 e o Direito. Ano LXI. N° 1, 2020, p. 391-427. p. 417-418.

⁸⁹ SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Migalhas. 3 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19---esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 15/9/2021.

⁹⁰ FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo. *A Onerosidade Excessiva na Revisão e Extinção dos Contratos: A Concorrência na aplicação da regra dos arts 317 e 478 do Código Civil vigente*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 24.

149. Diante disso, reconhecemos a necessidade de revisão das parcelas de *take or pay* do contrato, com fundamento no art. 317 do CC, vez que há (i) manifesta desproporção entre a execução da prestação devida no momento da sua celebração e no momento de sua execução, em vista da alteração das circunstâncias fáticas que deram base à contratação, (ii) causada por fator imprevisível⁹¹.

150. Como lecionam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber⁹², o art. 317 autoriza a revisão nessas circunstâncias:

[...] há situações em que as partes desejam a redução do desequilíbrio superveniente, mas não a extinção da relação contratual. Em tais casos, pode o intérprete se valer do art. 317 do Código Civil para sustentar o cabimento, no direito brasileiro, de revisão contratual por onerosidade excessiva. Ao conceder ao juiz o poder de corrigir o valor da prestação, referida norma abriu as portas do ordenamento jurídico comum para a ideia de revisão contratual [...]

151. Da mesma forma, José Simão⁹³ atesta:

Se o dispositivo nasce exclusivamente para possibilitar a inserção judicial de correção monetária a um contrato que não a previa e por isso está localizado no “objeto do pagamento” e logo a seguir ao princípio do nominalismo (art. 315), a elasticidade interpretativa permite que o dispositivo seja utilizado para a revisão geral das prestações contratuais, em busca do equilíbrio perdido.

152. Portanto, caberá a definição de “*uma nova equação contratual, condizente com o panorama fático decorrente das circunstâncias econômicas vigentes*”⁹⁴, na medida em que a “*base do negócio jurídico é o elemento circunstancial ou estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é essencial a que o contrato subsista*”⁹⁵, sendo que desaparecidos esses elementos que constituem a base do negócio, ele não mais pode persistir nas mesmas condições.

⁹¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie* – v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 294. BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3 – Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 250. HEINEN, Juliano; SOARES, Leonela Otilia Sauter. *A estrutura teórico-dogmática do equilíbrio contratual no direito privado - pode ser ele considerado um princípio geral do direito?* Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 28, p. 15-42, abr./jun. 2021, p. 26.

⁹² SCHREIBER, Anderson. TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações (Direito)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 221.

⁹³ SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Migalhas. 3 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19---esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 15/9/2021.

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos* – teoria geral e contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 340.

153. Nesse sentido, José Simão⁹⁶, em artigo sobre a revisão de contratos na pandemia, já afirmava a ocorrência de desequilíbrio por mudança da base do negócio nos contratos de aquisição de energia elétrica. Nas suas palavras:

O ano de 2020, com a “prometida” recuperação da economia, era visto pelo setor como ano de bons resultados para todos e com consequente aumento de demanda por energia elétrica. A pandemia alterou radicalmente a situação. Por que uma das partes deve perder sozinha por conta de uma mudança da base contratual?

154. Esse é o mesmo racional que tem fundamentado o julgamento das inúmeras ações revisionais de aluguel analisadas pelos tribunais na pandemia⁹⁷, nos quais tem se entendido que:

Exatamente por isso é que o Código Civil **admite a possibilidade de revisão contratual, adotando a teoria da imprevisão, como deixa evidenciado o artigo 317.**

O contrato foi celebrado em período de normalidade, mas o mercado imobiliário, tal como a grande maioria das atividades empresariais, sofreu sério impacto em razão da pandemia da covid-19, cujos efeitos negativos ainda se fazem presentes. **Trata-se de um fato imprevisível, cuja ocorrência jamais poderia ter sido imaginada.** E exatamente por isso, é uma situação que não foi considerada pelo legislador e pelas pessoas em geral, de modo que **se faz necessária a busca de solução que possibilite assegurar a continuidade das relações e, sobretudo, o equilíbrio entre as partes, diante de uma nova realidade de coisas**⁹⁸.

⁹⁶ SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio.* Migalhas. 3 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19---esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 15/9/2021.

⁹⁷ TJSP; Apelação Cível 1001036-08.2020.8.26.0116; Relator Antonio Rigolin; 31ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 13/09/2021. TJSP; Apelação Cível 1056281-52.2020.8.26.0100; Relator Ruy Coppola; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/04/2021. TJSP; Apelação Cível 1040068-68.2020.8.26.0100; Relator Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 29/01/2021. TJSP; Apelação Cível 1003182-46.2020.8.26.0302; Relatora Rosângela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 01/06/2021. TJSP; Apelação Cível 1010392-65.2020.8.26.0071; Relator Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado;; Data do Julgamento: 18/05/2021. TJSP; Apelação Cível 1005295-91.2020.8.26.0004; Relator Francisco Casconi; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 19/07/2021.

⁹⁸ TJSP; Apelação Cível 1001036-08.2020.8.26.0116; Relator Antonio Rigolin; 31ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 13/09/2021

155. Assim, se não houve expressa responsabilização dos sujeitos por eventos dessa natureza, deve-se compreender que ele não está inserido nos riscos alocados à Compradora de energia no contrato, visto a completa imprevisão dessa conjuntura⁹⁹.

156. Nesse sentido, vislumbramos o entendimento do TJSP e TJMG, em relação à possibilidade de revisão contratual, em razão da desproporção decorrente da Pandemia de Covid-19, em contratos de fornecimento de energia:

[...] REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL DO TIPO "TAKE OR PAY" - DEVIDA - CONTRATAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA - PANDEMIA DA COVID-19 - IMPACTO NOS SETORES PRODUTIVOS - REDUÇÃO NO FATURAMENTO - REESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL - NECESSIDADE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]

- A cláusula "take or pay" que rege a relação contratual entabulada pelas partes assegura o pagamento de uma quantidade mínima de energia elétrica, independentemente do uso efetivo. Entretanto, **a contingência do novo coronavírus tornou insustentável a obrigação de consumo de energia na quantidade mínima acordada entre as partes, há pelo menos doze anos, quando o cenário era manifestadamente distinto do atual.** Assim, tais fatos autorizam a aplicação da cláusula geral da função social dos contratos, porquanto, nesse momento de crise, faz-se necessário envidar esforços para a manutenção viável da empresa e dos postos de trabalho, sendo devida a autorização que o requerente pague à requerida apenas a energia efetivamente consumida.¹⁰⁰

APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. CLÁUSULA TAKE OR PAY. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. COVID-19. Litigantes que celebraram dois contratos coligados que acabam por impor à apelada a cobrança de valor mínimo por acesso ao sistema de distribuição de energia, ainda que não haja efetivo uso dos serviços contratados. O cerne da controvérsia é avaliar, a partir da teoria da imprevisão, a viabilidade jurídica da revisão da cláusula take or pay prevista no contrato celebrado entre os litigantes, haja vista os nefastos efeitos econômicos decorrentes da pandemia da COVID-19. A despeito da viabilidade e legalidade, prima facie, de cobrança por acesso à rede elétrica, independentemente do número de quilowatts por hora consumidos, **a existência de fato superveniente e imprevisível capaz de desequilibrar as prestações pactuadas permite que haja revisão pontual do contrato.**

⁹⁹ Sobre o tema, dispõe Anderson Schreiber: “é de se assumir que os contratantes não celebram contratos vislumbrando tamanha modificação do equilíbrio contratual; se a tivessem vislumbrado, poderiam ter disposto sobre o tema, para lhe negar efeitos por força de alguma razão inerente ao escopo perseguido com aquele específico contrato (v.g., deliberada assunção de risco por uma das partes). Os contratantes sujeitam-se, por essa razão, à presunção de que não anteciparam a possibilidade do manifesto desequilíbrio – presunção, em uma palavra, de imprevisão –, pela simples razão de que se espera que as partes procurem ingressar em relações contratuais equilibradas” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 493-494).

¹⁰⁰ TJMG; Agravo Interno Cv 1.0000.20.551456-5/002, Relator Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, julgamento em 29/06/2021.

Inteligência do art. 317 do Código Civil. Apelada que demonstrou queda brutal de faturamento e necessidade de fechamento de suas instalações em virtude de medidas estaduais e municipais de distanciamento social. D. Magistrado de origem que reconheceu, acertadamente, que o faturamento deveria se dar de acordo com o efetivo consumo de energia, até o final das restrições à atividade econômica ou até o término do ano de 2020. Priorização ao princípio da socialidade e respeito à função social do contrato. Divisão equitativa dos riscos negociais. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.¹⁰¹

157. Por fim, além da previsão de revisão do art. 317 do Código Civil, há decisões que entendem pela revisão, também, pelo art. 480 do Código, uma vez verificada a onerosidade excessiva. A exemplo:

“Assim, cabível a suspensão proporcional da obrigação atingida pelo evento de caso fortuito e de força maior, de modo a flexibilizar momentaneamente a cobrança por demanda contratada, possibilitando-se o pagamento pelo volume efetivamente consumido, nos moldes do art. 393, do CC. Destarte, consoante o disposto no art. 480, do CC, os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, como no caso, cuja obrigação a ser cumprida se tornar excessivamente onerosa, poderá a parte “pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.¹⁰²

158. Tendo em vista essas considerações, no caso em questão, nos parece ser cabível a revisão das parcelas futuras e vincendas do *take or pay*, visto que não resta dúvida de que as consequências da Pandemia de Covid-19, consubstanciadas nos decretos municipal e estadual, causaram a desproporção das obrigações contratuais, e não estão inseridos nos riscos alocados à Compradora de energia.

¹⁰¹ TJSP; Apelação Cível 1018231-12.2020.8.26.0114; Relatora Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/03/2021.

¹⁰² TJSP; Apelação Cível 1012576-59.2020.8.26.0114; Relator Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/08/2021.

IV. CONCLUSÃO

159. Diante das questões acima expostas, respondemos aos questionamentos propostos no seguinte sentido:

I. A cobrança dos valores oriundos da cláusula de *take or pay* prevista no Contrato é exigível e, se sim, pode-se reduzir equitativamente o seu valor?

Os valores cobrados a título de *take or pay* não são exigíveis, seja em razão da frustração do fim do contrato ou da ocorrência de evento de força maior, devendo ser efetuado o pagamento apenas da quantidade de energia consumida, sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa.

Na hipótese de se entender pela exigibilidade dos valores do *take or pay*, compreende-se que essa cláusula, no presente caso, possui natureza de cláusula penal, de modo que os valores podem ser equitativamente reduzidos, nos termos do art. 413 do Código Civil, em razão do cumprimento parcial da obrigação.

II. Restou configurada a existência de um evento superveniente que autorize a revisão dos valores futuros e vincendos a título de *take or pay* previsto no Contrato?

As medidas governamentais de contenção da pandemia caracterizam-se como eventos imprevisíveis e supervenientes, que causaram a desproporção das parcelas do *take or pay*, diante da quebra da base objetiva do negócio. De modo que, para manter o equilíbrio contratual, autoriza-se a revisão das parcelas futuras e vincendas do *take or pay*, a fim de adequá-las à realidade fática vivenciada pelas partes.

É o parecer.

Atenciosamente,

GILBERTO JOSÉ VAZ ADVOGADOS