

**Copyright 2008, Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP**

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008*, realizada no período de 15 a 18 de setembro de 2008, no Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas na sinopse submetida pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho Técnico, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, seus Associados e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008*

**Resumo:**

A indústria energética internacional, quando da venda das suas *commodities* (petróleo, gás natural, biocombustíveis e seus derivados) tradicionalmente utiliza nos seus contratos de longo prazo cláusulas de *take-or-pay*. Entretanto, cada dia mais surgem questionamentos no âmbito judicial brasileiro acerca da eficácia de tais cláusulas.

O presente trabalho objetiva: (i) estabelecer a rationale da cláusula de *take-or-pay*; (ii) apresentar termos e condições típicas de uma cláusula de *take-or-pay*; (iii) debater a jurisprudência nacional vigente sobre o tema; (iv) arrolar os principais questionamentos decorrentes da aplicabilidade das cláusulas de *take-or-pay*; e (v) apresentar potenciais soluções para o cenário atual.

**1. Conceito da Cláusula de Take-or-Pay**

Dentre as diversas definições existentes na doutrina nacional e internacional acreditamos que a provida por H. Davey<sup>3</sup> é uma das mais objetivas ao preconizar que: “*clause in gas transportation contract that entitles a buyer to take a minimum quantity of gas each year and obliges the buyer to pay for that minimum whether or not this is actually taken*”.

**2. Rationale da Cláusula de Take-or-Pay**

O uso da cláusula de *take-or-pay* é uma prática comum na indústria energética mundial haja vista que se trata de uma metodologia eficaz para a manutenção de uma demanda constante que justifique os investimentos intrínsecos à produção. Outrossim, não há que se olvidar que a indústria energética incorre em altos custos fixos para a produção e refino dos seus produtos.

*Ab initio* podemos dizer que as cláusulas de *take-or-pay* se norteiam pela *rationale* a seguir enumerada, porém, como veremos mais adiante, inúmeras são as interpretações sobre o tema.

- a) Proteger os investimentos efetuados pelo produtor/fornecedor. A indústria do gás natural, *verbi gratia*, demanda altos investimentos por parte do produtor/fornecedor quer seja no desenvolvimento dos poços produtores quer na construção de todas as *facilities* (gasoduto, *city gates*, etc.) intrínsecas ao transporte do gás natural até a sua efetiva entrega ao consumidor. Desta feita, em via de regra, o produtor/fornecedor recorre a *project finance* objetivando viabilizar o empreendimento. Face ao exposto a solução contratual através da qual o produtor/fornecedor busca mitigar os riscos advindos dos investimentos de tamanho vulto são os contratos de longo prazo com cláusulas de *take-or-pay*;
- b) Garantia de suprimento. Em atividades nas quais o consumo se dá mediante consumo contínuo e ininterrupto, tais como indústrias, estações de serviço (posto de gasolina) é vital que o comprador da *commodity* tenha a certeza e garantia do fornecimento da mesma sob pena de incorrer em inadimplemento contratual ou, ainda, perda efetiva de clientela. Assim sendo, a cláusula de *take-or-*

<sup>1</sup> Advogado – Especialista em Direito do Petróleo e Gás Natural (Universidad de Buenos Aires) e Professor de Direito do Petróleo.

<sup>2</sup> Advogado. MBA em Direito Empresarial e Econômico pela FGV/RJ.

<sup>3</sup> “Take or Pay” & “Send or Pay”: A Legal Review of legal long term prognosis, 15 OGLTR (1997)

*pay* utilizada no sentido inverso (*supply-or-pay*) almeja proteger o consumidor final de eventuais interrupções no fornecimento da *commodity*.

c) Alocacão dos Riscos. A partir do momento que as partes se comprometem através da cláusula de *take-or-pay* as duas premissas anteriormente expostas propiciam a mitigação do risco de maneira proporcional as obrigações e direitos das partes.

Do ponto de vista prático podemos constatar que as cláusulas de *take-or-pay* têm sido objeto de discussão somente no mercado de *retail de combustíveis*, sendo que tal fato não acontece nos demais segmentos da indústria energética. A princípio tal fato encontraria respaldo no eventual desequilíbrio econômico existente entre os *players* atuantes no mercado de *retail*, ou seja, distribuidora (hipersuficiente) e os revendedores (hiposuficiente).

Conforme analisaremos mais adiante neste trabalho, as teses jurídicas suscitadas nos Tribunais Brasileiros acerca da legalidade das cláusulas de *take-or-pay* transcendem o âmbito contratual e invocam princípios inerentes ao direito concorrencial. Entendem os operadores de estação de serviço que dentre outros malefícios o *take-or-pay* fere o princípio da livre concorrência.

Neste sentido salientamos que a atividade de revenda de combustíveis foi regulamentada através da Portaria nº 116/00 e a vinculação do revendedor a uma distribuidora em caráter exclusivo decorre do preceito esculpido no art. 11, § 2º.

Muito embora a veiculação em caráter exclusivo do revendedor com a distribuidora não seja objeto de trabalho, gostaríamos de mencionar brevemente que a exclusividade não necessariamente é prejudicial ao revendedor uma vez que ao aderir ao contrato de exclusividade a distribuidora poderá disponibilizar ao revendedor alguns benefícios tais como (a depender do desenvolvimento das negociações):

- Investimentos na modernização das estações de serviço (em alguns casos até mesmo a fundo perdido); e
- Financiamento para aquisição de outras estações de serviço.

### 3. Exemplos de Cláusula de Take-or-Pay

À guisa de exemplo demonstramos a seguir dois exemplos de típicas cláusulas de *take-or-pay* em contratos de estação de serviço (comumente denominado de posto de gasolina) e contratos de compra e venda de gás natural (*gas supply agreement*), respectivamente.

#### **Estação de Serviço (Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil)**

1.1 A DISTRIBUIDORA promete vender à PROMISSÁRIA-COMPRADORA e esta, por sua vez, promete comprar da DISTRIBUIDORA, com exclusividade, durante o prazo de ..... (.....) meses, a partir de ..... e a terminar em ....., as quantidades mínimas mensais de produtos derivados de petróleo e álcool hidratado abaixo relacionadas:

- a) Gasolina .....(.....) Litros
- b) Óleo Diesel .....(.....) Litros
- c) Álcool Hidratado .....(.....) Litros
- d) Óleos Lubrificantes .....(.....) Litros
- e) Gás Natural .....(.....) m<sup>3</sup>

1.1.1 Os produtos discriminados no item anterior destinam-se à revenda, pela PROMISSÁRIA-COMPRADORA, na sua atividade de comércio, no posto de serviços e/ou abastecimento de veículos, situado na ....., na Cidade de ....., Estado de ....., ou onde vier a ser instalado, em substituição ao endereço mencionado acima.

1.2 O prazo de que trata o item 1.1 desta cláusula ficará automaticamente prorrogado pelo tempo necessário à efetivação da aquisição total de cada um dos produtos mencionados naquele item, por parte da PROMISSÁRIA-COMPRADORA, sem prejuízo do disposto na cláusula 1.2.2, caso a mesma, por qualquer motivo, não consiga satisfazer a referida obrigação no prazo previsto.

1.2.1 A prorrogação de que trata o item 1.2 ou a aquisição de quantidade superior à mínima mensal, não poderá ser entendida como liberação expressa ou tácita da exclusividade prevista neste

contrato, bem como liberação da obrigação de adquirir as quantidades mínimas mensais dispostas no item 1.1 do presente *durante o prazo contratual*.

1.2.2- Anualmente serão apuradas as quantidades de produtos adquiridos pela PROMISSÁRIA-COMPRADORA. Caso esta tenha adquirido quantidade menor que o pactuado no presente contrato, poderá a DISTRIBUIDORA aplicar-lhe uma multa equivalente a 10 % (dez porcento) da sanção estabelecida no item 4.2 , sem prejuízo das demais penalidades previstas neste instrumento.

1.3 Aplica-se também a obrigatoriedade de aquisição exclusiva de que trata o item 1.1 ao gás natural, ao de refinaria e aos produtos derivados de outras fontes de energia, que sejam equivalentes ou sucedâneos dos combustíveis referidos naquele item.

1.4 O disposto no item 1.3 restringe-se aos produtos que sejam da linha de comercialização e/ou distribuição da DISTRIBUIDORA.

### **Contrato de Compra e Venda de Gás Natural (Gas Supply Agreement)**

#### Article - Take or Pay Payment Obligation

(a) During any Contract Year, except for the initial 12 Months of the Build-Up Period, the Buyer shall

be obliged to take and pay for the Take or Pay Quantity, or pay for if not taken, such quantity of the Take or Pay Quantity not taken by the Buyer at the Contract Price for that Contract Year calculated in accordance with [Article]. The quantity not taken by the Buyer from the Take or Pay Quantity shall be the "Quantity Deficiency".

The "Take or Pay Quantity" shall be the quantity equal to [80%] of the difference between the Adjusted Annual Contract Quantity and

- (i) any Make-Up Quantities;
- (ii) quantities of Natural Gas not tendered for delivery by the Seller during such Contract Year under the provisions of this Agreement for reasons including Force Majeure; and
- (iii) quantities of Natural Gas not taken by the Buyer for reasons of Force Majeure and as otherwise permitted by this Agreement.

(b) Without prejudice to its right to nominate alternate buyers under [Article], in the event that the Buyer reasonably believes at any time during a Contract Year that it will not be able to take delivery of all or any part of the Take or Pay Quantity as scheduled in accordance with the applicable Annual Programme, the Buyer shall by a written notice of [60] Days have the right to require an amendment to such Annual Programme pursuant to [Article] in order to take delivery of all or part of such quantity at an alternate time during that Contract Year. The Seller shall consent to such amendment to the Annual Programme provided that the Natural Gas quantities requested are available to the Seller during such alternate time.

## **4. A Cláusula de Take-or-Pay nos Tribunais Brasileiros**

O Poder Judiciário ainda não possui massa crítica relativa ao tema, cláusula de *take or pay*, tendo enfrentado ainda um número baixo de litígios.

Com o fito de analisar a forma como o Judiciário interpreta a questão, iremos analisar alguns julgados exarados por Tribunais Estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, guardião mor das matérias infraconstitucionais.

No que concerne aos Tribunais Estaduais, escolhemos os Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais para análise de paradigmas jurisprudenciais.

Os 2 únicos julgados encontrados sobre o tema no Rio de Janeiro são:

**2008.001.20711 - APELACAO CIVEL - 1<sup>a</sup> Ementa DES. JOSE C. FIGUEIREDO - Julgamento: 04/06/2008 - DECIMA PRIMEIRA CÂMARA CIVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATOCUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E REPARAÇÃO DE DANOS. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTIPULA OBRIGAÇÃO DE AQUISIÇÃO MÍNIMA E CONDICIONA A VIGÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO A ESSA AQUISIÇÃO. REVISÃO DA CLÁUSULA. ESBULHO. BENS EM COMODATO. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTERPELAÇÃO.**

**2003.001.14328 - APELACAO CIVEL - 1<sup>a</sup> Ementa DES. JOSE C. FIGUEIREDO - Julgamento: 03/09/2003 DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL CONTRATO DE ADESÃO CLÁUSULA ABUSIVA CLÁUSULA NULA LEI N. 8884, DE 1994 APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. CONTRATO DE ADESÃO. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA QUE IMPÕE LIMITE DE COMPRA. NULIDADE.**

Por razões óbvias, tal questão pertence ao ramo do direito contratual, e teria tudo para ser tratada pelo Poder Judiciário por esse prisma. Contudo, o cotejo dos julgados revela um raciocínio bastante inteligente, na medida em que enxerga a questão de forma mais ampla.

Primeiramente, cabe ressaltar que ambos os julgados taxam como nulas quaisquer cláusulas que estipulam quantidades mínimas a serem adquiridas pelos revendedores de combustíveis, denominadas popularmente de cláusulas de “litragem mínima”.

Ambas as decisões culminam por expander razões provenientes do direito econômico/concorrencial e exteriorizadas no abuso de poder dominante, nesse caso o abuso de poder contratual, na medida em que não há nenhuma participação dos revendedores na formulação e estipulação dos preços e que estes são obrigados a seguir a exclusividade constante do contrato de fornecimento e da própria legislação.

A fundamentação é calcada nas tipificações e vedações da Lei nº 8.884/94, o que denota, como já dito acima, a preocupação com a defesa da saudável concorrência, mesmo no mercado de combustíveis, tão conturbado.

O Poder Judiciário visa essencialmente limar as desigualdades contratuais, razão pela qual urge importante citar que no acórdão da lavra do Desembargador José Figueiredo; este ressaltou que o contrato de fornecimento de combustíveis encontra-se na modalidade de contrato de adesão, ou seja, não existe qualquer possibilidade de negociação das cláusulas (cláusula de volume), constituindo uma verdadeira imposição contratual.

Já no Tribunal de Justiça mineiro, o repúdio às cláusulas de *take or pay* também são mantidos, porém com fulcro em concepção tipicamente contratualista, extraímos os seguintes julgados:

**Apelação Cível 2.0000.00.305595-0/000 - “EMENTA: AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL CUMULADO COM COMODATO DE BENS MÓVEIS COM GARANTIA HIPOTECÁRIA - LITRAGEM MÍNIMA - CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE - TABELA PRICE. - Ofende a cláusula geral de boa-fé objetiva a exigência de aquisição de litragem mínima de combustíveis, por parte do posto revendedor**

A declaração de abusividade das cláusulas de *take or pay*, que ao final são declaradas nulas, na visão dos julgadores deste Tribunal transita, antes, pela configuração da má-fé contratual.

Impende esclarecer que mesmo por via diversa, o resultado dos julgamentos de ambos os Tribunais possuem o mesmo condão, qual seja, nulificar as cláusulas que estabelecem quantidade mínima de combustível a ser adquirido.

No Superior Tribunal de Justiça, existem algumas peculiaridades, a ser destacadas.

O julgado a seguir colacionado, por exemplo, assevera a legalidade da estipulação da cláusula que impõem volumes mínimos a serem comprados, porém com um gravame, qual seja, o fato de que as alegações em prol da nulidade do referido dispositivo foram calcadas na teoria da imprevisão, o que denota a necessidade de comprovação de alguns elementos, o que não foi devidamente feito.

**AGRADO DE INSTRUMENTO N° 525.844 - PR (2003/0107528-7) RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO "RESCISÃO DE CONTRATO - AQUISIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E ÁLCOOL HIDRATADO PARA REVENDA - LITRAGEM MÍNIMA -**

DEFESA BASEADA NA TEORIA DA IMPREVISÃO - INAPLICABILIDADE - VARIAÇÃO CAMBIAL - FLUTUAÇÃO ECONÔMICA PREVISÍVEL - RISCO ASSUMIDO PELOS CONTRATANTES - INEXISTÊNCIA DE FATO EXTRAORDINÁRIO - RECONVENÇÃO PLEITEANDO REVISÃO CONTRATUAL - PEDIDO QUE NÃO GUARDA CONEXÃO COM A PRINCIPAL - PEDIDOS DIVERSOS - EXTINÇÃO - APRECIAÇÃO CORRETA - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

*Ausentes às condições essenciais à admissão da teoria da imprevisão, tais como: motivo de força maior e caso fortuito, tem-se como inaplicável à espécie." (fls. 196) Decido. O especial dos recorrentes está assentado, apenas, na alínea c) do permissivo constitucional. Pugnam pela aplicação, ao caso, da Teoria da Imprevisão. Entretanto, o dissídio não foi devidamente demonstrado, já que não foram ressaltadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os Acórdãos paradigmas ao decisum prolatado nos presentes autos, através de trechos extraídos dos mesmos, de acordo com o que estabelece o art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Além disso, não se verifica a necessária identidade fática entre os julgados, sendo certo que naqueles trazidos como paradigmas considerou-se que presentes os requisitos para a aplicação da mencionada teoria, o que não se reconheceu no caso em tela. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.(Brasília (DF), 08 de outubro de 2003. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO Relator)*

Já o julgado abaixo não adentra na análise da cláusula de *take or pay*, contudo apenas declara a legalidade da cobrança de aluguel atrelada à litragem mínima estabelecida.

**AGRADO DE INSTRUMENTO N° 835.786 - MG (2006/0255518-0) RELATORA : MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG).**

*DECISÃO Cuida-se de recurso especial interposto por SABE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado: AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO DE LOCAÇÃO - POSTO DE GASOLINA - DISTRIBUIDORA E REVENDEDORA - COBRANÇA DE LUVAS NO CONTRATO INICIAL - ALUGUEL FIXADO COM BASE EM LITRAGEM MÍNIMA DE COMBUSTÍVEL - CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE POSSIBILIDADE.*

*Nos termos do artigo 45 da Lei nº 8.245/91, há vedação expressa na cobrança de "luvas" (obrigações pecuniárias) quando da renovação do contrato, no entanto, nada há referente ao contrato inicial. O artigo 17 da Lei de Locação prevê a liberdade na convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo, razão pela qual não há impedimento na fixação com base em litragem mínima de combustível. Se as partes mantinham um contrato de locação e nele encontrava-se inserida a cessão de uso de marca, do nome comercial e da combinação de cores (bandeira), além do equipamento para a exploração do posto de revenda de combustíveis e de outros produtos derivados do petróleo, é perfeitamente lícita a cláusula que impõe a comercialização exclusiva de produtos da Distribuidora. O recurso foi inadmitido, na origem, dando ensejo à interposição do presente agravo de instrumento.*

*É o breve relatório.*

*O inconformismo não prospera com relação à apontada ausência de prestação jurisdicional. É que, apesar de rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente. É de se salientar que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado. No que tange à matéria de mérito, assim se pronunciou o acórdão recorrido: Na realidade, a importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) paga sob o título de "antecipação de aluguel" (f. 21 – 5ª Vara Cível) é também conhecida como "luvas". Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu com base nas provas e peculiaridades do caso concreto. Assim, para afastar tal entendimento, necessário seria interpretar as cláusulas do contrato, bem como analisar o conjunto fático-probatório, o que atrai os óbices dos enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte, a inviabilizar o recurso especial, por ambas as alíneas do permissivo constitucional. Em sede de recurso especial, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova e circunstâncias fáticas, vez que o objeto de tal recurso é, tão-somente, interpretar e unificar a aplicação do direito federal.*

*Ainda que assim não fosse, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. Transcrevo, para melhor ilustrar a questão, o seguinte precedente: LOCAÇÃO. LEI Nº 8.245/91 "LUVAS" INICIAIS.*

*A Lei nº 8.245/91, em seu art. 45, veda, expressamente, a cobrança de "luvas" – obrigações pecuniárias – quando da renovação do contrato. Contudo, silencia, ao contrário da legislação anterior (Dec. 24.150/34), no que se refere ao contrato inicial. Não há, pois, qualquer proibição, sequer implícita, quanto à sua cobrança. Não afasta esse entendimento o disposto no art. 43 da Lei nº 8.245/91, pois o dispositivo veda a cobrança de valores além dos encargos permitidos e não a expressamente elencados. Assim, apesar de não se fazer referência às "luvas" iniciais para permiti-las, tampouco se faz para proibi-las, o que, em termos obrigacionais, tendo em conta a liberdade contratual, faz concluir pela possibilidade da cobrança de valor sob esse título. Recurso provido. (REsp 406.934/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJ 22.04.2002, RDTJRJ vol. 56 p. 90, RNDJ vol. 30 p. 146). Posto isso, nego provimento ao agravo de instrumento. (Brasília, 18 de outubro de 2007. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), 25.10.2007)*

Compulsando os julgados do STJ sobre o tema, encontramos apenas a hipótese inversa, ou seja, quando o revendedor litiga com o distribuidor, buscando obrigar este a fornecer quantidade maior do que o limite constante do contrato de fornecimento, o que não é o escopo do presente trabalho.

## 5. As Controvérsias Decorrentes da Cláusula de Take-or-Pay

A plausibilidade na fixação de um limite mínimo de compra quando o adquirente não participa da formulação do preço vem sendo cada vez mais questionada na Justiça pátria. Entendem os revendedores que não há proporcionalidade na mitigação de risco entre as partes, pois os revendedores ficam expostos quase integralmente (o mercado de *retail* costuma praticar um *take-or-pay* da ordem de 80% do volume contratado) às flutuações de mercado.

Face ao exposto e com fulcro na jurisprudência vigente poder-se-ia interpretar que o cenário atual carece de equilíbrio econômico-financeiro entre as partes com a consequente abusividade da cláusula que impõe limites de compra.

Uma vez aquecido, existe a possibilidade dos volumes mínimos serem atingidos, sem problemas. Todavia, uma vez que a cadeia de circulação de mercadorias esteja em velocidade mais lenta, com vendas menos aquecidas, o revendedor, hipossuficiente na relação contratual, terá sérios problemas.

Os revendedores pleiteiam que a letra fria do contrato não é sensível às mudanças mercadológicas, o que revela um engessamento contratual desfavorável ao revendedor e benéfico ao distribuidor.

Segundo os revendedores, os principais malefícios decorrentes do *take-or-pay* são os seguintes:

### Ausência de Mercado Spot

Um dos problemas advindos da ausência de mercado spot é a onerosidade excessiva das obrigações atinentes ao revendedor. Na hipótese de queda no volume de venda abaixo dos montantes contratados com o distribuidor, caberá ao revendedor arcar integralmente com os custos da diferença entre o volume contratado e o efetivamente vendido sem que lhe seja outorgado qualquer direito ao ajuste em dita cláusula.

Por outro lado, caso haja a redução dos custos de produção tão somente o distribuidor irá usufruir os benefícios.

Os contratos de longo prazo, em via de regra, não possibilita aos revendedores a flexibilidade contratual capaz de propiciar a sua adequação as variações de mercado.

### Restrição a Concorrência

Outro aspecto advindo dos contratos de longo prazo é a negação dos princípios inerentes a livre concorrência. A princípio um dos propósitos da concorrência é aprimorar a qualidade dos serviços prestados ao consumidor e a redução do preço final do produto. Entretanto, há quem diga que as cláusulas de *take-or-pay* são formuladas no melhor interesse dos distribuidores quando deveriam ser direcionadas aos interesses dos consumidores finais.

Outrossim, a ausência de novos competidores poderá acarretar no fomento da ineficiência de mercado que poderá se materializar desde o detimento da tecnologia utilizada até a precariedade dos serviços prestados ao consumidor.

Contrario sensu, lembramos que um mercado competitivo tende a ser mais benéfico a sociedade, porém dita assertiva não necessariamente é verdadeira. O mercado competitivo pode também significar volatilidade de preços, falta de disponibilidade de produtos e, eventualmente, manipulação de preços e *commodities* por parte dos grandes *players*.

#### **Alto Custo para Solução de Controvérsias**

Contratos de longo prazo no mercado de *retail* podem conduzir a longas disputas judiciais. Em havendo a solução contenciosa, o cenário é prejudicial a ambas as partes. Se por um lado o revendedor deverá arcar com honorários advocatícios e não poderá continuar usufruindo os benefícios contratuais (equipamento em comodato, identificação visual com uma marca respeitável, prazo para pagamento, ...); por outro lado o distribuidor sofrerá o impacto na redução dos volumes de venda e a perda de *market share*.

Por fim, entendemos ser pertinente destacar as principais argumentações utilizadas pelos distribuidores (além da *rationale* exposta no item 2 deste trabalho) são:

#### **Pacta Sunt Servanda**

O princípio de autonomia das partes é um dos preceitos basilares do direito contratual. Preceitu dito princípio que os termos de um acordo devem ser respeitados e não podem ser inadimplidos sem um forte e justo motivo.

O distribuidor ao invocar este princípio argumenta que os termos contratuais foram negociados e aceitos pelas partes espontaneamente e que o percentual de *take-or-pay* é proporcional aos volumes adquiridos e as garantias creditórias outorgadas pelo revendedor. Em outras palavras, quanto maior a demanda de produtos e a segurança financeira propiciada pelo revendedor menor serão os percentuais de risco a ser assumido pelo mesmo.

#### **Portaria ANP nº 72/00**

A portaria em questão regulamentou os procedimentos a serem observados pelo distribuidor e pelo revendedor quando da comercialização de combustíveis.

Determina o art. 7º que “*o pedido mensal de gasolina automotiva, óleo diesel e OCTE, para o mês seguinte ao de sua apresentação, deverá ser submetido à ANP, até o dia 20 (vinte) de cada mês*”. Ademais, o §1º do art. 7º estipula que “*será admitida, para o pedido mensal, variação com relação à média aritmética da quota do mês em curso e dos volumes efetivamente retirados nos 2 (dois) meses anteriores ao mês de sua apresentação, observados os seguintes limites:*

- a) mais ou menos 6% (seis por cento) para a gasolina automotiva;*
- b) mais ou menos 10% (dez por cento) para o óleo diesel;*
- c) livre para o OCTE”.*

Ora, como é possível que as partes cumpram com o preceito legal acima esculpido sem que haja uma cláusula estabelecendo previamente critérios com volumes mínimos para compra de combustível acrescidos de uma pequena variação percentual?

## **6. Potenciais Soluções**

No intuito de contribuir para o presente debate apresentamos abaixo algumas soluções que entendemos ser factíveis e relativamente simples de serem implementadas (sempre e quando haja razoabilidade por parte dos interessados).

#### **Renegociação**

Uma vez que haja motivo comercial devidamente fundamentado e comprovado, dentro do princípio da boa-fé contratual, não há como as partes se eximirem de revisar as obrigações contratuais correlatas.

Quanto maior o prazo contratual maior será a probabilidade de renegociação do contrato. Neste sentido, aumento ou decréscimo de demanda, oscilações no preço do barril do petróleo e redução no preço de produtos alternativos aos hidrocarbonetos, entre outros fatores, devem ser considerados para fins de renegociação.

A renegociação destina-se essencialmente a corrigir o desequilíbrio das obrigações e direitos entre as partes, evitando assim a incidência exacerbada dos ônus contratuais sobre somente uma das partes.

#### **Cláusula de Ajuste de Preço**

Uma cláusula desta natureza bem redigida permite minimizar os efeitos da oscilação do preço de mercado e o preço contratualmente acordado.

Esta alternativa permitirá que o revendedor se proteja de perdas resultantes da obrigação de *take-or-pay* enquanto que o distribuidor poderá reajustar o preço contratual na mesma proporção dos preços de mercado.

Entendemos que as alternativas ora expostas podem propiciar uma solução rápida e eficaz ao atual dilema do mercado.

Por fim, acima de tudo, acreditamos que desde o ponto de vista estritamente acadêmico ambas as partes possuem argumentação plausível e que a solução contenciosa para o tema é prejudicial tanto para o distribuidor quanto para o revendedor.