RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

CLIENT ALERT

MARÇO/2020

A PANDEMIA DE COVID-19 E CLÁUSULAS DE *TAKE OR PAY*

A cláusula *take or pay* (ou *ship or pay*) possui características próprias relacionadas à distribuição dos riscos dos contratos entre as partes e, por esta razão, o impacto da pandemia de COVID-19 sobre tais disposições deve ser analisado com cautela.

A dispersão da COVID-19 e as medidas sugeridas por epidemiologistas para tentar contê-la têm levado os governos a decretarem medidas severas de restrição de circulação de pessoas, mercadorias e serviços. No Brasil, diversos estados e municípios ordenaram o fechamento de escolas, do comércio e a diminuição do atendimento de órgãos públicos, entre outras medidas. O governo federal também anunciou ações direcionadas à minimização dos impactos da pandemia sobre a economia, desde pacotes de estímulo à atividade econômica – incluindo a decretação de calamidade pública para fins de revisão de limites da Lei de Responsabilidade Fiscal - até flexibilização de regras trabalhistas.

A COVID-19 e as medidas adotadas para sua contenção poderão ter impacto sem precedentes na atividade econômica e nas relações comerciais. Particularmente, vislumbram-se consequências diretas sobre contratos de trato continuado com cláusulas do tipo *take or pay* ou *ship or pay*.

Pela dinâmica dessas cláusulas, um dos contratantes se obriga a pagar pela disponibilização de uma quantidade mínima e previamente estipulada de bens ou serviços, mesmo nas hipóteses em que não os utilize integralmente. A cláusula *take or pay* é típica dos contratos de longa duração e, em especial, no âmbito do fornecimento de gases e petróleo, transporte de minérios, etc.

O racional de cláusulas dessa natureza é a alocação de riscos entre os contratantes, sobretudo porque, comumente, há investimentos de grande monta relacionados ao cumprimento do contrato. Por um lado, o prestador dos serviços e vendedor de mercadorias garantem a estabilidade da demanda pelo seu serviço/produto, protegendo-se dos riscos de ela vir a ser reduzida no futuro e, por outro, o tomador dos serviços e o adquirente das mercadorias têm a segurança de que haverá oferta do que necessitam.

É justamente em razão de seu objetivo precípuo ser a alocação de riscos que a cláusula *take or pay* pode ser objeto de discussões no âmbito da pandemia do COVID-19, já que tanto a própria doença como as medidas que vêm sendo

ÁREA DE PRÁTICA
Resolução de Conflitos

Para mais informações, envie uma mensagem para **news@veirano.com.br**

Este documento foi elaborado exclusivamente para fins informativos, não devendo ser considerado como opinião legal ou consulta jurídica. No caso de dúvidas, nossos advogados estão à disposição para esclarecimentos.

A reprodução ou divulgação do conteúdo desta publicação é permitida, desde que acompanhada da menção de reserva de direitos autorais, da seguinte forma:
© Veirano Advogados.

© 2020 Veirano Advogados.
Todos os direitos reservados.

anunciadas para contê-la podem significar a materialização tanto de riscos de redução da demanda como da oferta por determinados produtos ou serviços.

Inicialmente, é importante perquirir se as consequências da pandemia levam à (i) *impossibilidade* ou (ii) apenas a uma *dificuldade* de cumprimento do contrato. A depender do grau de impacto sobre as obrigações previstas no contrato, pode-se argumentar ser o caso de extinção do ajuste em razão de *evento força maior* ou de revisão das prestações de cada parte por *onerosidade excessiva*.

No primeiro caso, a regulamentação está no art. 393 do Código Civil, segundo o qual "[o] *devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*". Portanto, via de regra, há exoneração do devedor pelo inadimplemento de suas prestações quando este decorre de "*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*"[1].

O contrato também pode ser extinto ou revisto com fundamento na teoria da imprevisão, respaldada pelos arts. 478 e seguintes do Código Civil. Nesse caso, a legislação prevê que as obrigações pactuadas pelas partes podem ser revistas quando há a ocorrência de fato extraordinário e imprevisível, que gere excessiva onerosidade a uma das delas e extrema vantagem para a outra. É ônus da parte prejudicada demonstrar que houve uma efetiva alteração na base contratual em relação àquela da época da celebração do contrato.

Como as cláusulas *take or pay* são essencialmente definidas no âmbito da autonomia das partes, o exame dos impactos da pandemia de COVID-19 depende de análise de cada caso concreto.

Além disso, a avaliação sobre o impacto da pandemia no contrato pode suscitar discussões relevantes sobre o nexo causal, especialmente sobre se há interrupção entre a alegada causa da força maior ou da onerosidade excessiva e os prejuízos reclamados. Isso se torna especialmente relevante nos casos em que há longas cadeias de fornecimento, nas quais cada etapa pode ser afetada de maneira diferente pela pandemia.

Sem prejuízo disso, contratos com essas cláusulas costumam conter algumas previsões padrão com mecanismos de "escape" para situações imprevisíveis, como a COVID-19. Nesse sentido, é fundamental avaliar se o contrato traz as chamadas "cláusulas de *hardship*", que instam as partes a renegociarem as bases do contrato – como, por exemplo, as definições dos valores mínimos de demanda/oferta de determinado produto ou serviço – em caso de modificação das condições originalmente pactuadas.

Também podem ter consequências relevantes as cláusulas de compensação por desvios da média de utilização do serviço ou mercadoria ao longo do contrato, como os *make up* e *carry forward rights*. Nesses casos, o contrato já prevê a possibilidade de uma das partes compensar uma utilização do volume de mercadorias ou serviços contratados abaixo do previsto com um excedente futuro, ou então de usar o excedente passado para compensar uma utilização menor no presente.

Sobretudo em contratos de longa duração, ligados a altos investimentos das partes contratantes, é importante que estas sempre observem o dever de agir de boa-fé. Em situações inesperadas, como a da presente pandemia, as partes devem adotar postura cautelosa e sempre dirigida a minimizar a ocorrência de prejuízos próprios e, quando possível, da contraparte (*duty to mitigate the loss*), bem como documentar de forma pormenorizada e manter a outra parte informada dos impactos da COVID-19 na relação contratual.

O Veirano Advogados tem equipes multidisciplinares preparadas para assessorar clientes no contexto da pandemia do COVID-19, com amplo conhecimento de contratos com cláusulas *take or pay*, que exigem atenção especial diante das particularidades tratadas acima. Em caso de dúvidas com relação ao conteúdo desde client alert, não hesite em nos contatar.

[1] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 709.