

Cláusulas *back-to-back*

Amostra

Cláusulas *back-to-back*

Tipologia e Regime Jurídico

ADRIANA REGINA SARRA DE DEUS



ALMEDINA
BRASIL

2026

Cláusulas back-to-back

Copyright © 2026 Almedina Brasil

Almedina Brasil é um selo do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2026 Adriana Regina Sarra de Deus

ISBN: 978-85-8493-956-5

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2026 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

D486

Cláusulas back-to-back. Adriana Regina Sarra de Deus. 1. ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2026.

472 p; 16 x 23 cm.

ISBN: 978-85-8493-956-5

1. Cláusulas back-to-back. 2. Contratos empresariais. 3. Contratos de subempreitada. 4. Pay-if-paid. 5. Pay-when-paid. 6. Pass-through. 7. Direito comparado. 8. Risco Contratual. 9. Cadeia de fornecimento. I. Deus, Adriana Regina Sarra de. II. Título

CDU 347.44

Índices para catálogo sistemático:

1: Brasil: Cláusulas back-to-back: Contratos empresariais

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editora-Chefe: Manuella Santos de Castro

Assistente Editorial: Francielle Regina

Vendas Governamentais: Cristiane Mutus

Diagramação: Cumbuca Studio



Rua Viúva Cláudio, 291 — Bairro Industrial do Jacaré

CEP: 20.970-031 — Rio de Janeiro (RJ)

Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

www.altabooks.com.br — altabooks@altabooks.com.br

Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



Amostrã

*À minha mãe, Sheila
companheira e amiga de todas as horas.*

SOBRE A AUTORA

Adriana Regina Sarra de Deus é Professora Doutora de Direito do Comércio Internacional na Faculdade de Direito da USP.

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP.

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

Advogada e árbitra, com atuação especializada em direito da construção e resolução de disputas.

Sócia gestora de Toledo Marchetti Advogados.

Diretora do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC).

AGRADECIMENTOS

Diz-se, comumente, que elaborar uma tese de doutorado é tarefa solitária a ser executada pelo pesquisador. Esta percepção, no entanto, revela-se incompleta: há toda uma rede de pessoas envolvidas e comprometidas em lhe dar suporte, permitindo ao pesquisador desenvolver o seu trabalho com todas as ferramentas e tranquilidade necessárias. Portanto, melhor seria dizer que elaborar uma tese de doutorado é tarefa solitária das mais coletivas que pode haver.

Neste momento, em que a tese é publicada como livro, gostaria de reiterar o meu “muito obrigada” a todas essas pessoas que me acompanharam ao longo dessa jornada.

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, Professor Associado Francisco Paulo De Crescenzo Marino, por sempre ter acreditado em mim e me apoiado desde o primeiro ano da Graduação na Faculdade. Poder contar com a sua orientação e os seus conhecimentos durante todo esse trajeto na vida acadêmica é uma oportunidade de valor imensurável.

Agradeço, também, a toda a equipe do Serviço de Atendimento ao Usuário da Biblioteca da Faculdade, em especial à Nate de Almeida e ao Sérgio Novaes. O suporte que recebi para realizar pesquisas junto a faculdades estrangeiras, durante os períodos de maior isolamento da pandemia de COVID-19, foi imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

Registro, ainda, o meu “*grazie mille*” aos colegas e acadêmicos italianos Alessandro Berta, Ivano Cavanna, Paola Dalla Valle, Rebecca Gelli e Stefano

Rellini. Todos eles, em resposta a uma mensagem por mim enviada durante a pandemia, não hesitaram em gentilmente me fornecer os textos e pesquisas de sua autoria.

Não poderia deixar de agradecer a todo o time do Toledo Marchetti Advogados. Além de me proporcionar a vivência prática das cláusulas *back-to-back* e o interesse pelo tema, o escritório sempre me garantiu a segurança e o apoio para que pudesse conciliar a vida profissional com a dedicação que a vida acadêmica requer.

Por fim, agradeço àquela que me acompanha e me apoia incondicionalmente em todos os momentos. Aquela que, mais do que ninguém, acompanhou e vivenciou cada detalhe dos anos de elaboração deste trabalho. À minha mãe, Sheila Sarra, o meu mais sincero “muito obrigada”.

NOTA DO COORDENADOR

A coleção *Direito Civil Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Antonio Junqueira de Azevedo* nasce com o propósito de pensar o Direito Civil e os seus desafios e transformações.

Esta série é, ao mesmo tempo, um tributo e uma responsabilidade, pois leva o nome de um dos nossos mais brilhantes civilistas. Antonio Junqueira de Azevedo (São Paulo, 23.07.1939 – São Paulo, 10.11.2009) formou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1962 e, ao longo de quase cinco décadas, construiu uma trajetória marcada pelo rigor intelectual, pela sólida formação filosófica e humanística, pela clareza e elegância do estilo, pela proximidade com os alunos, pelo amor ao debate acadêmico, pelo contínuo pensar e repensar o Direito.

Foi Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, instituição que também dirigiu entre 1990 e 1994. Idealizou e foi o primeiro diretor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, cuja biblioteca foi formada graças ao legado da maior parte de sua biblioteca pessoal e cujo principal órgão estudantil lhe presta justa homenagem (o CAAJA – Centro Acadêmico Antonio Junqueira de Azevedo).

Autor de obras e pareceres que se tornaram referência obrigatória, dentre eles *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* (oriundo de tese de livre docência) e *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Foi o primeiro atualizador, em conjunto com o autor dessa nota, da clássica obra *Contratos*, de Orlando Gomes, ao Código Civil de 2002.

O Professor Junqueira foi muito mais do que um jurista destacado. Pensador profundo e instigante, professor exigente e generoso, influenciou gerações de juristas e moldou, com profundidade e elegância, os rumos do Direito Civil brasileiro. Tive a sorte e o privilégio de ser seu aluno na graduação, seu orientando no doutorado e seu assistente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo entre o final de 2007 e 2009, na primeira turma para a qual lectionei, experiência que marcou indelevelmente minha formação e minha visão de mundo. Ser seu eterno discípulo é, para mim, motivo de grande honra.

A coleção *Direito Civil Contemporâneo* presta, assim, tributo ao querido mestre, cuja contribuição permanece, ainda hoje (e, talvez, sobretudo hoje), viva como nunca.

Agradeço à Editora Almedina, na pessoa da sua editora-chefe, Manuella Santos de Castro, e ao Grupo Alta Books, por acreditarem neste projeto, reafirmando o compromisso com a excelência acadêmica e com a difusão do pensamento jurídico crítico, plural e contemporâneo.

Francisco Paulo De Crescenzo Marino

Coordenador da Coleção *Direito Civil Contemporâneo*

Estudos em homenagem ao Professor Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

.....

PREFÁCIO

Há uma certa esquizofrenia na teoria dos contratos civis e empresariais. Por um lado, defende-se uma “intervenção mínima” (na vaga e enigmática expressão do art. 421, parágrafo único do Código Civil, ainda carente de definição), corolário de uma incidência alegadamente plena, nessa seara, da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Por outro, diuturnamente nega-se validade e eficácia, no todo ou em parte, a cláusulas contratuais inseridas em contratos civis e empresariais concretamente celebrados, a erodir a proclamação retórica e o discurso pasteurizador dos manuais.

Nesse descompasso, compreender os limites da intervenção judicial na autonomia privada é tarefa que se impõe à doutrina civilista moderna. Ela envolve, a meu ver, ao menos três vertentes. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer o sentido e o papel sistemático de certas normas especiais, dentre as quais relevam os arts. 122 e 413 do Código Civil, relativos às condições potestativas e à redução equitativa da cláusula penal. Ao lado dessas disposições legais, devem ser inseridas construções doutrinárias bem assentadas, notadamente a invalidade das cláusulas limitativas e excludentes de responsabilidade em caso de dolo (e, para parte da doutrina, também em caso de culpa grave, à qual o dolo se equipararia).

Em segundo lugar, buscando analisar tais hipóteses sob lentes uniformes, é preciso aferir quais conceitos podem ser empregados, ainda que porventura transpostos de outros campos pautados por maior intervencionismo, como o das relações de consumo e dos contratos de adesão. Nesse afã, avulta a noção

de cláusula abusiva, caracterizada por um especial desequilíbrio de posições jurídicas. Trata-se, é bem de reconhecer, de conceito arredo a definições rígidas, antes propenso a conceitos indeterminados como “desequilíbrio significativo”, “vantagem excessiva”, “justo equilíbrio”, dentre outros.

Por fim, o estudo de novas cláusulas contratuais tipificadas pela praxe, à luz do conhecimento haurido nas etapas precedentes, permitirá uma visão ao mesmo tempo atual e harmônica da questão proposta, idealmente pautada em um juízo de conveniência que combata a abusividade de determinadas cláusulas, sem desnaturar legítimos instrumentos de alocação de riscos eleitos pelas partes.

Segundo me parece, é nesse universo atual e complexo, em larga medida por desbravar, que se insere a obra de Adriana Regina Sarra de Deus, voltada ao estudo das cláusulas *back-to-back*. Oriundas da praxe do direito norte-americano e inglês no campo dos contratos de construção, trata-se de dispositivos que almejam reproduzir, em um contrato, a estrutura de alocação de riscos presente em outra avença, na qual figuram uma das partes do primeiro contrato e um terceiro ou, no expressivo dizer da autora, um “espelhamento de riscos”.

Tome-se o exemplo das cláusulas *pay-if-paid* e *pay-when-paid* inseridas em um subcontrato, pelas quais o subcontratante somente irá remunerar o subcontratado se receber, ou quando receber, do contratante. Por meio delas, transfere-se ao subcontratado um risco que tipicamente oneraria o subcontratante. Uma das principais discussões envolvendo tais previsões diz respeito justamente à sua validade, a demonstrar, uma vez mais, que a liberdade de conformar o conteúdo contratual não é ilimitada, mesmo no universo de contratos civis e empresariais.

Para além da importância do tema e de suas conexões sistêmicas, a obra de Adriana Sarra reúne outros tantos predicados que a colocam em posição proeminente na literatura jurídica nacional. O texto é fluido e de leitura agradável. A estrutura da obra é muito bem desenhada, sem excessos desnecessários, comuns em trabalhos acadêmicos: a autora se ocupa apenas do que é essencial, conservando-se na trilha proposta, sem se desviar. As principais questões são todas bem enfrentadas, com apoio em farta doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira. Nesse ponto, merece efusivos elogios o extenso

e proficiente tratamento do direito norte-americano, inglês e italiano, analisado no capítulo 3 da obra, raro em monografias nacionais.

Em suma, o leitor tem em mãos uma verdadeira tese de doutoramento, não por acaso defendida e aprovada com brilho em 2022, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pouco tempo após a obtenção do grau de doutora em Direito Civil, Adriana foi aprovada, com igual brilho, em disputado concurso de ingresso para Professor Doutor do Departamento de Direito Internacional da Faculdade, na área de Comércio Internacional.

Em 2019, prefaciei “*O contrato de EPC: engineering, procurement and construction*”, livro oriundo da dissertação de mestrado da Adriana, também publicado pela Editora Almedina. Em uma nota pessoal, destaquei, então, o fato de tê-la conhecido em fevereiro de 2010, no primeiro dia de aula na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando comecei a lecionar Teoria Geral do Direito Privado para a sua turma, que tive o prazer de acompanhar por três longos e produtivos anos. Passados seis anos da publicação do seu mestrado, e quinze anos do início de nossa convivência, é motivo de enorme orgulho ter a Adriana como colega de docência na Velha e Sempre nova Academia, onde certamente tanto produzirá, em benefício de quem cruzar o seu caminho e da comunidade científica em geral. Continue brilhando, *Professora* Adriana Regina Sarra de Deus!

São Paulo, 20 de maio de 2025

Francisco Paulo De Crescenzo Marino

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP

.....

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1- DIAGRAMA ELABORADO PELO AIA PARA O CONVENTIONAL (A201) DESIGN-BID-BUILD 64

FIGURA 2 – DIAGRAMA ELABORADO PELO AIA PARA O DESIGN-BUILD.... 65

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

FIDIC	<i>Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils</i>
<i>Red Book Subcontract</i>	<i>Conditions of subcontract for construction: for building and engineering works designed by the employer</i> , publicado pela FIDIC em 2011
<i>Red Book</i>	<i>Conditions of contract for construction: for building and engineering works designed by the employer</i> , publicado pela FIDIC, em primeira edição, em 1999 e, em segunda edição, em 2017
<i>Pink Book</i>	<i>Conditions of contract for construction: for building and engineering works designed by the employer - Multilateral Development Bank Harmonised Edition</i> , publicado pela FIDIC em 2010
AIA	<i>American Institute of Architects</i>
A401	<i>Standard Form of Agreement Between Contractor and Subcontractor</i> , publicado pelo AIA em 2017
A421	<i>Standard Form of Master Agreement Between Contractor and Subcontractor where Work is provided under multiple Work Orders</i> , publicado pelo AIA em 2018
A441	<i>Standard Form of Agreement Between Contractor and Subcontractor for a Design-Build Project</i> , publicado pelo AIA em 2014
<i>ConsensusDocs 750</i>	<i>ConsensusDocs 750: Standard Agreement between Constructor and Subcontractor</i> , publicado pelo ConsensusDocs em 2012 e revisado em 2018
ICC ou CCI	<i>International Chamber of Commerce</i> ou Câmara de Comércio Internacional
<i>ICC Model Subcontract</i>	<i>ICC Model Subcontract: ICC Model Back-to-Back Subcontract to ICC Model Turnkey Contract for Major Projects</i>

.....

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS CLÁUSULAS <i>BACK-TO-BACK</i> ..	31
2. TIPOLOGIA DAS CLÁUSULAS <i>BACK-TO-BACK</i>: AS ESPÉCIES DE CLÁUSULAS <i>BACK-TO-BACK</i> A PARTIR DOS MODELOS DE CONTRATOS-PADRÃO (<i>STANDARD CONTRACTS</i>) INTERNACIONAIS ...	37
2.1. Cláusulas que subordinam o pagamento.....	43
2.1.1. Cláusula <i>pay-when-paid</i>	50
2.1.2. Cláusula <i>pay-if-paid</i>	74
2.2. Cláusula <i>pass-through</i>	84
2.3. Cláusula <i>flow-through: flow-up e flow-down</i>	119
2.4. Cláusulas que incorporam, por referência, o contrato principal	134
3. REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS <i>BACK-TO-BACK</i> NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	141
3.1. Estados Unidos.....	141
3.1.1. <i>Contingent payment provisions</i> : cláusulas <i>pay-if-paid</i> e <i>pay-when-paid</i>	142
3.1.1.1. Discussões envolvendo a interpretação das cláusulas <i>pay-if-paid</i> e <i>pay-when-paid</i>	142
3.1.1.2. Discussões envolvendo a validade e a eficácia das cláusulas <i>pay-if-paid</i> e <i>pay-when-paid</i>	153
3.1.1.2.1. Invalidez por violação à ordem pública.....	154
3.1.1.2.2. Invalidez por violação à boa-fé objetiva (<i>prevention doctrine</i>)	165

3.1.1.2.3.	Invalidez decorrente de <i>unconscionability</i> ..	168
3.1.1.2.4.	Invalidez decorrente de vedação legal	171
3.1.2.	Cláusulas <i>pass-through</i>	174
3.1.2.1.	Discussões envolvendo a admissibilidade da suspensão do prazo para exercício do direito do subcontratado segundo o <i>Miller Act</i>	175
3.1.2.2.	Discussões envolvendo a ocorrência de perda de interesse jurídico em razão de renúncia ao pleito (<i>Severin Doctrine</i>)	190
3.1.2.3.	Discussões envolvendo a determinação dos direitos e deveres de cada parte	201
3.1.3.	Cláusulas <i>flow-through</i>	214
3.1.4.	Cláusulas que incorporam, por referência, o contrato principal. . .	229
3.2.	Reino Unido	243
3.3.	Itália	250
3.3.1.	Discussões envolvendo a interpretação das cláusulas <i>pay-if-paid</i> e <i>pay-when-paid</i>	251
3.3.2.	Discussões envolvendo a qualificação jurídica das cláusulas <i>pay-when-paid</i> e <i>pay-if-paid</i>	269
3.3.3.	Discussões envolvendo a validade da cláusula <i>pay-when-paid</i>	279
3.3.4.	Discussões envolvendo a validade da cláusula <i>pay-if-paid</i>	289
3.3.4.1.	Nulidade da cláusula <i>pay-if-paid</i>	290
3.3.4.2.	Validade da cláusula <i>pay-if-paid em</i> situações específicas.	298
3.3.4.3.	Validade plena da cláusula <i>pay-if-paid</i>	307
4.	REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS <i>BACK-TO-BACK</i> NO DIREITO BRASILEIRO	311
4.1.	<i>Contingent payment provisions</i> : cláusulas <i>pay-when-paid</i> e <i>pay-if-paid</i> . . .	312
4.1.1.	Questões atinentes à interpretação	314
4.1.1.1.	Determinação da espécie de <i>contingent payment provision</i> pactuada quando o texto da cláusula não regula expressamente a hipótese de não pagamento pelo terceiro	317
4.1.1.2.	Determinação do prazo de pagamento ao credor da cláusula <i>pay-when-paid</i>	322
4.1.2.	Questões atinentes à determinação da natureza jurídica	325
4.1.2.1.	Determinação da natureza jurídica das cláusulas <i>pay-when-paid</i>	325

4.1.2.2.	Determinação da natureza jurídica das cláusulas <i>pay-if-paid</i>	330
4.1.2.2.1.	Condição suspensiva <i>versus</i> fonte de qualificação objetiva do efeito jurídico.....	331
4.1.2.2.2.	Causa de aleatoriedade convencional do contrato.....	358
4.1.2.2.3.	Cláusula de exclusão ou limitação do dever de indenizar.....	380
4.1.3.	Questões atinentes à validade e ao exercício de posições jurídicas.....	381
4.1.3.1.	Determinação da validade das cláusulas <i>pay-when-paid</i>	382
4.1.3.2.	Regulação do exercício das posições jurídicas criadas pelas cláusulas <i>pay-when-paid</i>	382
4.1.3.3.	Determinação da validade das cláusulas <i>pay-if-paid</i>	383
4.1.3.3.1.	Ocorrência de lesão.....	389
4.1.3.3.2.	Ocorrência de abusividade contratual.....	391
4.1.3.3.3.	Ocorrência de enriquecimento sem causa... ..	400
4.1.3.4.	Regulação do exercício das posições jurídicas criadas pelas cláusulas <i>pay-if-paid</i>	404
4.2.	Cláusulas <i>pass-through</i>	409
4.2.1.	Determinação da natureza jurídica das cláusulas <i>pass-through</i>	409
4.2.2.	Determinação da validade das cláusulas <i>pass-through</i>	411
4.2.3.	Regulação do exercício das posições jurídicas criadas pelas cláusulas <i>pass-through</i>	412
4.3.	Cláusulas <i>flow-through</i> e de incorporação por referência do contrato principal.....	418
CONCLUSÃO		423
REFERÊNCIAS.....		429
APÊNDICE A – TRADUÇÃO BICOLUNADA DAS CLÁUSULAS BACK-TO-BACK EXTRAÍDAS DOS STANDARD CONTRACTS		441

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo das denominadas cláusulas *back-to-back*, gênero no qual se incluem diversas cláusulas que foram desenvolvidas pela praxe negocial, com a característica comum de criarem, no contrato ao qual são apostas, um espelhamento de riscos em relação a um segundo contrato, em que figuram uma das partes do primeiro contrato e um terceiro.

Originadas nos Estados Unidos e no Reino Unido, essas cláusulas foram adotadas, praticadas e difundidas para outros países, sobretudo em contratos celebrados no âmbito do setor de construção. Isso se deve às necessidades práticas associadas à pluralidade de relações contratuais necessárias para a execução de uma obra, as quais abrangem desde contratos com autoridades públicas e contratos de construção (empreitada, *engineering procurement and construction*, construção por administração, etc.), até contratos de prestação de serviços, fornecimento, locação de bens móveis e seguro, dentre outros.¹

1 A mesma observação é feita por Roberta MONTINARO na seguinte passagem: “Le clausole *back-to-back* – anche dette passanti (o di *pari passu*) – si rivengono per lo più nei contratti commerciali (spezzo internazionali) aventi ad oggetto la realizzazione di edifici, impianti e macchinari, che richiedono una complessa organizzazione e/o elevate competenze tecniche, nei quali un contraente principale, c.d. *general contractor*, per eseguire l’opera (o il servizio) convenuta con il committente o cliente, c.d. *principal*, collabora con numerosi subcontraenti, cc.dd. *subcontractors*, ciascuno con differenti specializzazioni e capacità tecniche e, talvolta, di diversa nazionalità (come avviene quando un’impresa esegue un’opera all’estero, con l’ausilio di subcontraenti, imprese locali). Le clausole *back-to-back* sono utilizzate per ‘rendere interdipendenti’ o, meglio, per ‘collegare’ (si utilizza tale termine, per il momento, in senso lato) un

Com a sua incorporação pela prática negocial brasileira, surge então a questão que o presente trabalho se propõe a responder: Quais são as principais espécies de cláusulas *back-to-back* e qual o regime jurídico de cada uma delas no direito brasileiro?

Para tanto, adotou-se a seguinte metodologia.

A estruturação da tipologia das principais espécies de cláusulas *back-to-back* é realizada a partir de perspectiva indutiva, em que as respectivas categorias são construídas com base nas cláusulas *back-to-back* concretamente praticadas. Considerando que seu uso ocorre preponderantemente em contratos celebrados no setor da construção, a apreensão dessa realidade negocial se fez por meio da análise de contratos-padrão (*standard contracts*). Essa opção se justifica, de um lado, pelo fato de a maior parte dos contratos concretamente celebrados, inclusive no Brasil, estarem sujeitos a cláusulas de confidencialidade que impedem a sua reprodução e, de outro, em razão de os *standard contracts* serem minutas de contratos-padrão elaboradas por instituições de renome, que pretendem refletir as melhores práticas de contratação e contam com amplo reconhecimento no setor.

contratto principale (c.d. *main agreement*), tipico od atipico (consistente in un appalto, somministrazione, fornitura, ovvero avente natura di *contratto di affidamento ad un contraente generale*, dall'oggetto più ampio rispetto al tipo dell'appalto), con un subcontratto o, come più spesso accade, con una pluralità di subcontratti, anch'essi di varia natura, a seconda del contenuto. Il subcontraente si vincola ad eseguire la medesima prestazione oggetto del contratto principale (od una frazione di essa) o, comunque, si obbliga a prestare un bene od un servizio destinato ad essere impiegato nel processo produttivo del *general contractor*. Inserendo nei subcontratti simili clausole, le parti mirano a suddividere tra loro il rischio connesso ad un affare che, nel suo insieme, si presenta unitario, pur essendo articolato in una pluralità di negozi." MONTINARO, Roberta. Clausola back-to-back. In: CONFORTINI, Massimo (org.). **Clausole negoziali**: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche, vol. II. Torino: UTET, 2019, p. 933. Em igual sentido, embora se referindo especificamente às cláusulas que subordinam o pagamento: "Ambito privilegiato per una casistica in questo senso è di nuovo l'area economica della realizzazione di grandi opere con i meccanismi di appalti a cascata che ne derivano. Qui si pone il problema di soddisfare contemporaneamente esigenze di segno opposto di cui sono portatori i diversi soggetti coinvolti nella realizzazione della commessa." DALLA VALLE, Paola. Clausola if and when. In: **Estratto dal Digesto**, Discipline Privatistiche, Sezione Civile, aggiornamento. Torino: UTET, 2003, p. 255. Confirma-se também: GELLI, Rebecca. La clausola if and when tra condizione e termine di adempimento. **La nuova giurisprudenza civile commentata**, 2004, anno XX, pp. 415-416. DI SABATO, Daniela. Le clausole if and when e pay when paid e la disciplina della subfornitura nelle attività produttive. **Rivista di diritto dell'impresa**, 1999, pp. 418-419, 431.

A determinação do regime jurídico, por sua vez, principia com a análise de direito estrangeiro. Para tanto, cuidou-se de observar o cumprimento de algumas precauções, destinadas a assegurar seu rigor científico.²

A primeira delas é o cuidado na apreensão das particularidades de cada direito estrangeiro, principalmente no que se refere à sua estrutura e aos institutos jurídicos que a integram. Isso se reveste de especial importância na medida em que as questões e os debates envolvendo as cláusulas *back-to-back* foram inicialmente suscitados em países de *common law*, de modo que as posições, os argumentos e as soluções que lá se desenvolveram não podem ser transportados de forma automática e acrítica para outros sistemas jurídicos, ainda mais quando pertencentes à tradição jurídica distinta – como é o caso do direito brasileiro.

A segunda observação refere-se à perspectiva de análise que será adotada. Optou-se por utilizar o método de direito comparado denominado funcional, que parte da delimitação de um problema fático e, em seguida, estuda as soluções alcançadas por um determinado grupo de países especialmente

2 Tratando das precauções que o jurista deve adotar ao conduzir uma análise de direito comparado, Marc ANCEL destaca o seguinte: “Existem precauções a serem tomadas e problemas a resolver. Antes de tudo, as precauções: elas são tão evidentes que quase é preciso que nos escusemos de as lembrar. É claro que para abordar o direito de um país estrangeiro é preferível que se conheça a sua língua. (...) De um modo menos terra à terra, existem outras facilidades contra as quais o comparativista deve igualmente se prevenir. É assim que não deve se contentar, passiva e rapidamente, com um texto de lei estrangeira que, aparentemente, dê a indicação desejada, mas que não foi nem verificado, nem confrontado com o seu contexto. É conveniente, por outro lado, que se evite considerar, apressadamente, que os mesmos problemas, colocando-se nas mesmas condições, conduzem sempre às mesmas soluções. (...) Seria necessário, em segundo lugar, começar inicialmente a conhecer a estrutura do direito estrangeiro estudado: suas divisões, seus modos de administração, seu sistema de referências. (...) Certamente as precauções acima citadas são necessárias. Mas isso tendo sempre presente o fato de que o verdadeiro comparativista deve avizinhar-se do direito estrangeiro com uma nova visão, com uma grande curiosidade de descoberta e com a vontade de sair do seu particularismo. É preciso, estudando o direito estrangeiro, evitar a crença apressada de que o problema está resolvido, e, mais ainda, resguardar-se do hábito de enquadrar as instituições estrangeiras no esquema e na forma habitual do seu próprio direito nacional.” **Utilidade e métodos do direito comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980, pp. 111-113. MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: Mathias REIMANN; Reinhard, ZIMMERMANN (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University, 2006, pp. 339-381.

selecionados.³ No presente caso, tem-se como situação de partida a realidade das cláusulas *back-to-back* concretamente praticadas, tal como extraídas de pesquisa de jurisprudência estrangeira. As soluções jurídicas para a regulação dessas cláusulas, por sua vez, serão procuradas nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Itália.

A escolha desses três países para a condução da análise de direito comparado justifica-se pelos seguintes motivos. Estados Unidos e Reino Unido são os países aos quais se atribui a origem das cláusulas *back-to-back* e nos quais as discussões doutrinárias e jurisprudenciais se encontram em estágio de maior desenvolvimento. Vale frisar que a análise da perspectiva jurídica desses dois países é imprescindível para compreender corretamente o contexto no qual as questões jurídicas surgiram e como as respectivas soluções foram encontradas – contexto esse que é determinante para a análise das referidas cláusulas em outros sistemas jurídicos. A escolha da Itália, por sua vez, justifica-se por duas razões: (i) trata-se de um país com tradição jurídica próxima à brasileira, cujo *Codice Civile* de 1942 inspirou o legislador brasileiro do Código Civil de 2002; e (ii) houve a absorção da prática das cláusulas *back-to-back* e, consequentemente, o surgimento dos debates sobre seu regime jurídico, ainda que em estágio mais inicial e focado predominantemente nas cláusulas *pay-when-paid* e *pay-if-paid*.

Por fim, vale consignar que a escolha dos países também levou em conta a acessibilidade do idioma à Autora, de modo que os textos jurídicos pudessem ser estudados em sua versão original, e a disponibilidade de material jurídico de pesquisa que contemplasse não apenas normas legais positivadas, mas também doutrina e, sempre que possível, jurisprudência.

3 Marc ANCEL assim descreve o método de direito comparado funcional: “Em vez de tomar como ponto de partida abstratamente a regra, a instituição ou mesmo o sistema, pode-se partir, de maneira mais completa, de uma situação de fato determinada. Fixaremos, então, de maneira precisa o caso humano ou social que se coloca, buscaremos a solução em um certo número de países, especialmente escolhidos, estando atentos sobretudo aos procedimentos através dos quais cada um desses países chega àquela solução. (...) Este método também é seguidamente chamado de funcional.” **Utilidade e métodos do direito comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos, trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980, p. 121.

Uma vez compreendidos os principais problemas que as cláusulas *back-to-back* suscitam na prática e as soluções dadas pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros, constrói-se o seu regime à luz do direito brasileiro. A análise é sistematizada com base em questões atinentes à interpretação, questões atinentes à determinação da natureza jurídica, e questões atinentes à validade e ao exercício de posições jurídicas.

Tendo em vista a metodologia ora descrita, o presente trabalho foi estruturado em quatro principais capítulos, acrescidos da conclusão. O primeiro capítulo trata da contextualização histórica das cláusulas *back-to-back*, explicando o panorama e as razões de seu surgimento. O segundo capítulo se destina à elaboração da tipologia das cláusulas *back-to-back*, tomando por base a já mencionada análise dos *standard contracts*. Na sequência, o terceiro capítulo prossegue com o exame das cláusulas *back-to-back* no direito estrangeiro. O quarto capítulo, por sua vez, destina-se à determinação do regime jurídico das cláusulas *back-to-back* no direito brasileiro. Por fim, o capítulo de conclusão encerra este trabalho com as considerações finais sobre o tema.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS CLÁUSULAS *BACK-TO-BACK*

Com o desenvolvimento da industrialização e o conseqüente fenômeno da especialização de funções, as relações negociais tornaram-se progressivamente mais complexas. O que antes era a relação entre apenas um cliente e um fornecedor ou prestador de serviços, que concentrava em si as atividades produtivas relacionadas ao bem ou serviço oferecido, tornou-se um complexo feixe de relações, com diversos outros agentes participando da cadeia de produção, de distribuição e de comercialização desses bens e serviços. Exemplo emblemático de como se concretizou esse desenvolvimento é o setor da construção civil.

Até a Revolução Industrial, as relações no setor de construção ocorriam diretamente entre os donos da obra e os mestres de obra. Esses profissionais se incumbiam da realização de todas as atividades do escopo assumido e organizavam os artífices especializados em cada ofício. Como explicam HUGHES, CHAMPION e MURDOCH, as tecnologias disponíveis à época eram limitadas, de modo que a integração entre as diversas atividades era previsível e familiar, sendo realizada diretamente pelo mestre de obra durante a execução dos trabalhos.¹

1 “Prior to the emergence of the modern construction industry, building projects were wholly organized by one architect, or by a master mason in charge of a craft-based product. There were only a handful of technologies (Bowley 1966) and the interactions between them were predictable and familiar. Not only did each craft operative have an intimate knowledge of a

Com o advento da Revolução Industrial e o avanço de novas tecnologias, iniciou-se um fenômeno de especialização. De um lado, dissociaram-se as atividades de elaboração de projetos e de execução da obra, surgindo, respectivamente, as figuras do projetista e do chamado “*general contractor*”, ou seja, o construtor encarregado de construir a obra segundo os projetos que lhe eram fornecidos. De outro lado, o fenômeno da especialização também repercutiu nos demais elos da cadeia produtiva, com o surgimento de especialistas nas mais diversas tecnologias e áreas de conhecimento, desde o domínio de novas tecnologias para elaboração de projetos e desenvolvimento de novos materiais, até a especialização em atividades de fornecimento de insumos e matérias primas, fabricação de peças, fornecimento de equipamentos e prestação dos mais diversos tipos de serviços. Esse cenário de maior complexidade tecnológica trouxe consigo a necessidade de maior participação de especialistas, de modo que o ambiente das obras adquiriu elevada complexidade organizacional. O que antes era um simples processo de integração e organização de atividades, resolvido pelo mestre de obras durante a própria execução dos serviços, tornou-se um complexo feixe de relações entre dono da obra, projetista, *general contractor* e a miríade de terceiros especialistas contratados pelo *general contractor* para executar parcelas de seu escopo.

Durante o período da Revolução Industrial, portanto, operou-se uma mudança na estrutura organizacional do setor da construção. O modelo de escopo que emergiu e passou a predominar nesse novo panorama foi o denominado “*design-bid-build*”, em que o dono da obra contratava, de um lado, o projetista e, de outro, o *general contractor*. Enquanto o primeiro se encarregava de conceber os projetos da obra, o segundo se responsabilizava por executar a obra conforme os projetos que lhe eram entregues. Para tanto, o *general contractor* atribuía a execução de determinadas parcelas de seu escopo a terceiros especialistas, estabelecendo uma série de relações abaixo de si. Ganhava forte proeminência, então, o fenômeno da subcontratação.²

particular trade but also each knew precisely what to expect of the other trades. As a result, integration and coordination could take place by means of operatives making mutual adjustments in their own work.” HUGHES, Will; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John. **Construction Contracts: law and management**, 5th ed. Abingdon: Routledge, 2015, p. 32.

2 HUGHES, CHAMPION e MURDOCH descrevem com grande clareza o momento em que operou-se essa transformação e os fatores que contribuíram para tanto: “General

Assumindo papel central no modelo de negócios dos mais diversos setores da economia como um todo e, especificamente, no setor de construção, o recurso à subcontratação teve um movimento de ampla expansão que se justifica por diversos fatores de ordem jurídica, econômica e social. Dentre estes, três merecem destaque.³

Em primeiro lugar, há o fator eficiência, visto que, justamente por ser especializado em determinada atividade, o terceiro subcontratado tende a executá-la de forma mais eficiente e com melhor qualidade do que o seu subcontratante. Em segundo lugar, há o fator custo, na medida em que, via de regra, a subcontratação também se mostra economicamente mais vantajosa. Isso porque a especialização faz com que o subcontratado já detenha os

contracting was a response to the increasing sophistication of construction technology during the Industrial Revolution. As techniques and materials proliferated, co-ordination problems on building sites became more complex. At the same time, the crafts and trades associated with construction were becoming more formalized. A series of issues combined to make the idea of general contracting a viable proposition; continuity of employment for operatives, economies of scale in the use of plant, the development of the transport infrastructure, and so on. The desire of architects to focus more on design and client-related issues and less on the day-to-day business of construction fuelled demand for a contractor who would shoulder all of the responsibility for building the project. In many parts of the world, such as the USA, general contracting is known as ‘design-bid-build’, as distinct from ‘design-build’”. HUGHES, Will; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John. **Construction Contracts: law and management**, 5th ed. Abingdon: Routledge, 2015, p. 31.

3 HUGHES, CHAMPION e MURDOCH assim indicam os fatores gerais do mercado que impulsionam o recurso às subcontratações: “Sub-contracting as a phenomenon is not unique to the construction sector. Indeed, practice in the construction sector seems to be following in the footsteps of many other non-construction businesses. There are many influences on a business that encourage sub-contracting, and it is useful to distinguish those pressures that are general (affecting all businesses), and those that are specific (affecting the unique position of construction). The general pressures for sub-contracting include the following:

- Non-wage costs of employment, such as training, pension rights, redundancy payments and sick pay.
- The increasingly diverse skill base required as a response to growth in complexity.
- The rising expectations of workers and a concomitant shift to free-lancing.
- The choice that every firm faces between diversifying and contracting out.
- The perceived threat posed by trade unionization of permanently employed labour.
- Offsetting the risks associated with responsibility by transferring them. The need to employ specialists of proven reliability and repute. Organizational flexibility, in that volumes of work carried out can be rapidly grown by engaging sub-contractors or workload reductions accommodated without have to make staff redundant.”

Ibid., p. 303.

meios de produção apropriados e o pessoal treinado para as funções que serão desempenhadas, de modo a obter ganhos de escala que permitam reduzir o custo do serviço ou bem fornecido. Para o subcontratante, por outro lado, seria extremamente custoso ter de adquirir equipamentos e ferramentas que fogem de sua atividade principal e que, além de demandarem investimentos de alto valor, teriam utilidade limitada (imagine-se, por exemplo, que o subcontratante precisasse adquirir todos os guindastes e gruas que utiliza apenas por alguns poucos dias ou semanas). Em terceiro lugar, há a questão da alocação de riscos. Ao subcontratar um terceiro para executar parcela de seu escopo, abre-se ao subcontratante a possibilidade de espelhar seus riscos ao subcontratado, diminuindo sua exposição total no empreendimento a ser executado.

Com o passar dos anos, foram ganhando relevo novos modelos de escopo além do *design-bid-build*, como o *design-build* e o *construction management*. Além disso, novos agentes também ganharam espaço de destaque no setor, como os financiadores e as seguradoras. O próprio Estado, por meio de parcerias público-privadas e concessões, voltou a desempenhar uma atuação de destaque, inclusive no Brasil.⁴

Mesmo diante de todas essas mudanças e evoluções no setor de construção, a subcontratação manteve-se presente e, até mesmo, ampliou o seu papel. Essa participação mais acentuada dos subcontratados é reflexo, sobretudo, do crescente movimento de especialização associado ao progresso tecnológico cada vez mais veloz.⁵

4 Cite-se, a título de exemplo, a Lei nº 13.334/2016, que criou o “Programa de Parcerias de Investimentos” (PPI), cujo objetivo, segundo o artigo 1º do referido diploma, é a “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”.

5 Guilherme Fredherico Dias REISDORFER e Luísa QUINTÃO descrevem especificamente a presença do fenômeno da subcontratação nas obras públicas brasileiras: “A subcontratação é uma realidade inafastável dos contratos públicos. Ela é tanto mais necessária e recorrente quanto mais complexas – e, tendencialmente, mais importantes – são as contratações. Particularmente em contratos de concessão de serviços públicos, é quase que um pressuposto que o contrato de concessão não será a única relação contratual necessária para a execução do seu objeto. O concessionário celebrará uma série de outros contratos, para a obtenção de materiais e também para a obtenção de serviços. Desse modo, parcelas significativas das obrigações terão a sua execução contratada junto a empresas especializadas. Não é excessivo dizer, então, que o concessionário acaba por se tornar um verdadeiro gestor de

Tem-se, portanto, que o panorama atual e até mesmo futuro do setor de construção civil é marcado pelo alto grau de complexidade. A execução de um único empreendimento, sobretudo quando se tratar de obras de grande porte, compreende a participação de uma pluralidade de agentes, formando complexas tramas de relações jurídicas que, a despeito de independentes, repercutem umas sobre as outras. Disso resulta que os impactos de uma relação sobre a outra suscitam risco significativo de conflitos e, o mais grave, de soluções incoerentes.⁶ Isso ocorre porque, embora concretamente estejam em contato e executem suas prestações no mesmo contexto fático, os diversos participantes não possuem relações jurídicas diretas uns com os outros. Essas relações, no mais das vezes, são polarizadas no construtor ou no dono da obra – o que justifica a preferência pela imagem de “feixes” de relações jurídicas em vez de “rede” de relações jurídicas.⁷

contratos”. Subcontratação de obras públicas e cláusulas “back-to-back” no direito brasileiro. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord). **Direito da infraestrutura**: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 144.

6 John P. COLANGELO explica com clareza esse cenário e a necessidade de uma regulação que administre esses riscos: “A large construction project is, more often than not, comprised of a complex series of relationships among numerous and diverse parties. Unless properly ordered and regulated, the relationships can become a tangled web when disputes over extra work by the various participants in the project arise – a tangled web which, all too often, can only be unraveled by the unhappy expedient of a protracted and costly litigation”. Protecting owners from subcontractor extra-work claims. **The Construction Lawyer**, v. 9, n. 1, jan. 1989, p. 9.

7 Poder-se-ia cogitar da possibilidade de permitir o estabelecimento de vínculos diretos entre as partes das diversas relações jurídicas, como, por exemplo, um direito do subcontratado de agir diretamente contra o dono da obra. No entanto, essa solução tornaria o cenário ainda mais complexo, senão, como argumenta COLANGELO a propósito da jurisprudência das cortes de Nova Iorque, um verdadeiro caos: “Given this setting [numerous participants and day-to-day communication], the New York courts appear to tacitly recognize that the imposition of liability without privity of written contract might disrupt the series of relationships described above that exist in many, if not most, construction projects. Courts also appear to recognize that in most construction projects, the formal relationships between the various contractors and subcontractors are governed by written contracts, negotiated at arm’s length between parties represented by their skilled counsel, and such contracts generally spell out in some detail the rights and duties of the respective contracting parties – including the manner in which requests and payment for extra work will be administered. Thus, the courts need not interfere in these bargained-for relationships. In short, a rule of law which, essentially, limits the range of participants on a construction project from whom a party may seek compensation for extra work performed to the party with whom he has a written contract, serves the salutary purpose of imposing some order upon a situation rife with the possibility of chaos”. *Ibid.*, p. 10.

É precisamente nesse cenário que se desenvolveram as cláusulas *back-to-back*. Trata-se de um conjunto de mecanismos jurídicos concebidos com o objetivo de lidar com os riscos associados às interferências que as distintas relações jurídicas podem produzir entre si. Para regular essas situações, as cláusulas *back-to-back* atrelam determinados aspectos de uma relação jurídica a idênticos aspectos de outra, realizando o espelhamento de riscos entre relações distintas, mas relacionadas entre si pela existência de uma parte comum a ambas. É o que se passa a estudar, em detalhes, no próximo capítulo.

Amostra

.....

2. TIPOLOGIA DAS CLÁUSULAS *BACK-TO-BACK*: AS ESPÉCIES DE CLÁUSULAS *BACK-TO-BACK* A PARTIR DOS MODELOS DE CONTRATOS-PADRÃO (*STANDARD CONTRACTS*) INTERNACIONAIS

Dada a liberdade criativa garantida pelo princípio da autonomia da vontade, é fácil imaginar que as partes criaram os mais diversos arranjos para regular e administrar os riscos associados à multiplicidade de relações que se desenvolviam sobre a mesma base fática e que, embora juridicamente distintas entre si, repercutiam umas sobre as outras. As cláusulas *back-to-back* consistem justamente em um desses mecanismos.¹

1 Explicando sobre o contexto em que se colocam as cláusulas *back-to-back* e os riscos que elas buscam administrar, confira-se a seguinte passagem: “In either case, conflicting situations may arise if the dispute between the contractor and the subcontractor concerns the obligations undertaken by the contractor or by the client under their contract, or, conversely, if the dispute between the contractor and the client concerns the obligations contracted by the contractor or by the subcontractor in the subcontract. (...) In the situation described above, it immediately appears that for the completion of the same project, the contractor is at the same time a party to two different contracts, one concluded with his client and the other with his subcontractor. Conversely, the subcontractor has no legal relationship whatsoever with the client. The contractor’s situation is therefore very uncomfortable and may generate serious risks for him if his obligations under the main contract with the client for the part of the project to be implemented by the subcontractor are not identical to those accepted by the subcontractor in the subcontract. In order to avoid any inconsistency between the two contracts, in this respect, the contractor shall then try to negotiate with his subcontractor a ‘back to back’ agreement in which the subcontractor agrees, for the part

O presente capítulo destina-se a examinar as principais espécies de cláusulas *back-to-back* praticadas no setor da construção, as quais podem estar presentes nos mais diversos tipos contratuais.² Antes de adentrar na tipologia das cláusulas *back-to-back*, porém, cabem algumas observações preliminares.

Primeiramente, é necessário tecer um esclarecimento de cunho terminológico. A expressão “*back-to-back*” reflete a função de criar um espelhamento de riscos de um negócio jurídico no outro negócio jurídico. Esse espelhamento pode ser viabilizado de diversas maneiras, entre as quais se incluem as cláusulas *back-to-back*. Por esse motivo, e ainda que não seja comum na doutrina, cumpre estabelecer uma distinção entre os “negócios jurídicos *back-to-back*” e as “cláusulas *back-to-back*”.³

of the project he has to implement, to be bound by the same obligations as those binding the contractor vis-à-vis the client for the same part of the project”. DUBISSON, Michel. Arbitration in subcontracts for international projects. **Journal of International Arbitration**, v. 1, issue 3, 1984, pp. 197-198. No mesmo sentido, exemplificando os diversos tipos de risco que se costuma pretender parer, cf. BERTA, Alessandro. Le conseguenze della “trasparenza” del sub-contratto sulle procedure di risoluzione delle controversie. In: DRAETTA, Ugo; VACCÀ, Cesare (a cura di). **Il contratto internazionale d'appalto**. Milano: EGEEA, 1992, p. 212. Sob a perspectiva de muitos subcontratados, porém, as cláusulas *back-to-back* assumem conotação bastante distinta, conforme descreve Robert J. SESSLER: “Because the construction contracting process is usually characterized by potentially conflicting documents, subcontracting in the construction industry is fraught with contractual complexities that put the subcontractor at financial risk. And, it is the structure of the relationships between the participants in the construction process as a manifested in the contract documents that is the source of much of this risk. In the hierarchy of the ordinary construction process, contractual power descends from the lender, if required, to the owner, then to the design professional, next to the prime contractor, and finally down to the subcontractor. Because of the highly competitive nature of most subcontracting bidding, the subcontractor is almost invariably in the weakest bargaining position in the contract chain. Thus, often one purpose of the contract documents between the prime contractor and the subcontractor is to shift the various risks inherent in the process downstream to the subcontractor”. Bottom of the totem pole: legal risks and payment problems of subcontractors. **The Construction Lawyer**, v. 12, n. 4, nov. 1992, p. 23. No mesmo sentido, referindo-se ao subcontrato como um “mal necessário” na visão dos subcontratados, cf.: SKLAR, Stanley. A Subcontractor’s view of construction contracts. **The Construction Lawyer**, v. 8, n. 1, jan. 1988, p. 1.

2 No capítulo 3 adiante, serão analisadas decisões jurisdicionais (judiciais e arbitrais) proferidas em casos concretos de contratos em que foram pactuadas cláusulas *back-to-back*. Os contratos envolvidos, como será possível depreender, são dos mais diversos tipos, como contratos de empreitada, contratos de prestação de serviços, contratos de locação de equipamentos, contratos de seguro, dentre outros.

3 Roberta MONTINARO é uma das poucas autoras que, embora de maneira menos enfática do que a explicação que ora se faz, trata dos diversos mecanismos utilizados para estruturar

Os negócios jurídicos *back-to-back* são uma categoria mais ampla do que as cláusulas *back-to-back*. Disso decorre que, se toda cláusula *back-to-back* dá origem a um negócio jurídico *back-to-back*, a mesma conclusão não se aplica para o raciocínio inverso, já que nem todo negócio jurídico *back-to-back* contém uma cláusula *back-to-back*. A razão para tanto é que o já mencionado espelhamento entre os negócios jurídicos pode ser operacionalizado de outras maneiras que não a inclusão de uma cláusula *back-to-back*. É o que se passa, por exemplo, quando subcontratante e subcontratado simplesmente copiam, no corpo do subcontrato, parcelas do texto do contrato principal, de modo a reproduzir os mesmos direitos, obrigações e/ou riscos que o subcontratante (contratado no contrato principal) assumiu perante o dono da obra. Embora não haja uma cláusula expressa vinculando o conteúdo do subcontrato ao do contrato principal, o resultado obtido é um espelhamento entre ambos. Essa técnica, no entanto, muitas vezes é adotada como uma solução apresada, sendo executada de forma falha e sem considerar as particularidades da relação de subcontratação. Independentemente disso, fato é que a mera transposição do conteúdo de uma relação para o âmbito da outra resolve apenas parcialmente os riscos já mencionados. Não se afasta, por exemplo, a possibilidade de um mesmo evento receber tratamento diverso no âmbito de cada contrato, nem de haver decisões contraditórias sobre um mesmo conflito.⁴

contratações *back-to-back* e inclui, como uma das possibilidades, justamente as cláusulas *pay-if-paid* e *pay-when-paid*, ambas integrantes do que, neste trabalho, considera-se o gênero das cláusulas *back-to-back*. Cf. Clausola *back-to-back*. In: CONFORTINI, Massimo (org.). **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**, vol. II. Torino: UTET, 2019, pp. 934-935.

4 Jörn ZONS destaca que, na prática, os “*back-to-back agreements*” são mal redigidos e frequentemente levam a problemas: “Back-to-back agreements, by which the ‘main’ (or ‘head’) contractor aims to pass its obligations and liabilities towards the employer through to its subcontractor(s) are common in both construction and engineering projects. The proper implementation of such a back-to-back scheme requires thorough consideration and contract drafting. In practice, however, back-to-back agreements are often carelessly drafted and heavily flawed.” ZONS, Jörn. The minefield of back-to-back subcontracts: part 2. **Construction Law International**, v. 5, issue 2, jun. 2010, p. 21. A respeito da adoção dessa prática nas subcontratações envolvendo obras públicas brasileiras, confira-se: “Para o desenvolvimento de um dado contrato público a partir de subcontratações, há uma comunicação de mão única entre o contrato principal e os subcontratos que venham a ser celebrados. Há dois vetores a serem considerados. Por um lado, as subcontratações não geram efeitos jurídicos sobre a órbita do poder concedente. O ente público tem uma relação a distância e apenas fática, não propriamente jurídica, com os sujeitos subcontratados. (...) Por outro lado, as subcontratações sofrem

Diante disso, o presente trabalho adotará a terminologia “cláusulas *back-to-back*” com sentido mais restrito e distinto do que a expressão “negócios jurídicos *back-to-back*”. Ressalva-se, porém, que a mesma precisão terminológica não é adotada em diversos textos doutrinários sobre o assunto, que se referem indiscriminadamente a “*back-to-back agreements*”.

A segunda observação recai sobre a abrangência da expressão “cláusulas *back-to-back*”. É importante precisar que as denominadas “cláusulas *back-to-back*” são um conjunto de diversas modalidades de cláusulas, cuja tipologia será estudada adiante.

Por fim, há um esclarecimento de ordem metodológica. As cláusulas *back-to-back* foram bastante estudadas na doutrina estrangeira, sobretudo nos ordenamentos jurídicos norte-americano e inglês, havendo sido localizada também alguma produção acadêmica na Itália. No Brasil, todavia, o tema foi muito parcamente estudado pela doutrina, apesar de as cláusulas *back-to-back* já estarem presentes na realidade negocial brasileira.⁵ Nesse ponto, coloca-se uma dificuldade prática: a grande maioria desses negócios jurídicos está

a incidência de exigências (em relação às próprias condições e qualificação do subcontratado) e dos atos supervenientes praticados pelo poder concedente. (...) Em razão disso, é usual que a subcontratação espelhe o contrato principal no que diz respeito às definições e ao regime das obrigações estabelecidas. No mais das vezes, a técnica adotada para redigir o subcontrato é muito simples (e, por vezes, inadequada): simplesmente se recorta o escopo do contrato principal que se quer subcontratar e se inserem as ressalvas de que a subcontratação poderá ser modificada em função de atos estatais no âmbito do contrato principal. Assim, transfere-se, não raro de forma idêntica, mas com escopo menor, a posição jurídica do contratante principal perante o poder público para o subcontratado.” REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias; QUINTÃO, Luísa. Subcontratação de obras públicas e cláusulas “back-to-back” no direito brasileiro. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord). **Direito da infraestrutura**: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 144-145.

5 Guilherme Fredherico Dias REISDORFER e Luísa QUINTÃO trazem à tona o pouco estudo teórico do assunto no panorama brasileiro, sobretudo no âmbito da subcontratação: “A subcontratação de obras públicas é fenômeno dos mais frequentes na experiência prática. No entanto, recebe pouco tratamento específico em nível teórico. No âmbito do Direito privado, o tratamento dado ao tema é aquele reservado ao debate geral sobre os temas principais da empreitada. No Direito Público, o foco usualmente é concentrado nas restrições e vedações que se colocam à terceirização da execução de parcelas dos contratos públicos, tendo em vista a postura em geral refratária e restritiva a esse tipo de ajuste por parte dos órgãos de controle”. Subcontratação de obras públicas e cláusulas “back-to-back” no direito brasileiro. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord). **Direito da infraestrutura**: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 143.

coberta pelo manto de cláusulas de confidencialidade, que inviabilizam o seu acesso e/ou a sua reprodução neste trabalho.

Em razão da indisponibilidade de informações públicas que permitissem trazer exemplos de cláusulas *back-to-back* em negócios jurídicos nacionais, optou-se por recorrer aos denominados *standard contracts*, ou seja, minutas de contratos-padrão que, sendo elaboradas por instituições de renome, colocam-se como modelos de melhores práticas e contam com amplo reconhecimento entre os agentes do setor da construção.⁶ Os *standard contracts* citados foram elaborados pelas seguintes instituições: *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC)⁷, *American Institute of Architects* (AIA)⁸, Interna-

6 HUGHES, CHAMPION e MURDOCH destacam a importância dos *standard contracts* na implementação de negócios jurídicos *back-to-back*: “The publishers of standard forms generally also publish standard-form subcontracts and consultancy contracts. They are designed very carefully to fit in with the main contract. It is a very dangerous practice for employer’s agents to recommend anything other than back-to-back contracts in such situations. The term ‘back-to-back’ denotes documents where the sub-contract terms mirror the main contract terms, so that a chain of responsibility is established through the supply chain”. HUGHES, Will; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John. **Construction Contracts: law and management**, 5th ed. Abingdon: Routledge, 2015, p. 45.

7 “A Federação Internacional dos Engenheiros Consultores, sediada em Lausanne, na Suíça, foi fundada em 1913 na França e, paulatinamente, foi se enriquecendo com membros do mundo todo. Trata-se de uma organização não governamental reconhecida pelas Nações Unidas, por importantes bancos mundiais, pela Comissão Europeia e outras instituições internacionais. A Federação foi fundada para dar apoio a interesses comuns de suas associações-membro e para divulgar informações no interesse de seus membros. Sua importância, porém, somente foi reconhecida após a Segunda Guerra Mundial, quando experimentou vertiginoso crescimento com a associação de mais de 70 países de todos os continentes. No ano de 1957, foram editados os primeiros padrões *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, que fundaram a tradição do assim chamado ‘livro vermelho’ FIDIC (esta versão é mundialmente conhecida como *Red Book*).” MARINANGELO, Rafael; KLEE, Lukáš. **Recomendações FIDIC para orientação de contratos e obras**: International Federation of Consulting Engineers. São Paulo: Pini, 2014, p. 16. Lukas KLEE chega mesmo a afirmar que os “FIDIC forms are used almost universally”. KLEE, Lukas. **International construction contract law**. Chichester: John Wiley & Sons, 2015, p. 305. Mais informações podem ser consultadas no site da FIDIC: <<http://fidic.org/>>. Acesso em 15 ago. 2020.

8 O AIA foi fundado, nos Estados Unidos, por um grupo de 13 arquitetos em 1857 e, atualmente, possui mais de 200 braços, sendo sete deles internacionais (Canadá, Europa, Hong Kong, Japão, Oriente Médio, Shanghai e Reino Unido). Gail KELLEY, na passagem a seguir, traz à tona a relevância da atuação do AIA na publicação de *standard contracts*: “The AIA has been publishing form contracts for the construction industry since 1888. The first AIA General Conditions for Construction was published in 1911; the 2007 edition of AIA A201

*tional Chamber of Commerce (ICC)*⁹ e *ConsensusDocs*¹⁰. Esses *standard contracts* servem, portanto, como exemplos fundamentados da prática das diversas

is the sixteenth edition of that document. This history has given the AIA a considerable advantage over other organizations that publish standard forms. A significant percentage of the case law concerning contracts for private construction is based on the language of the AIA standard forms. The AIA currently publishes more than 100 contract documents and administrative forms.” **Construction law: an introduction for engineers, architects, and contractors.** Hoboken: John Wiley & Sons, 2013, p. 60. Para maiores informações, vide: <<https://www.aia.org>>. Acesso em 15 ago. 2020.

9 A ICC foi fundada por um grupo de empresários em 1919, após a Primeira Guerra Mundial e, atualmente, representa mais de 45 milhões de companhias em mais de 100 países. Dentre seus braços de atuação, está a criação de contratos e cláusulas padrão, com o objetivo de fornecer às partes modelos neutros que possam facilitar o estabelecimento de relações jurídicas. Cf. informações consultadas no site institucional da ICC: <<https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/>>. Acesso em 15 ago. 2020. Lukas KLEE, porém, observa que: “ICC forms are drafted along well-established legal and contractual principles and are easy to interpret, apply and implement. (...) The acceptance of ICC documents is increasing, but these forms are perceived as limited in their use in large engineering and plant projects (Grutters and Fahey, 2013).” KLEE, Lukas. **International construction contract law.** Chichester: John Wiley & Sons, 2015, p. 313.

10 Sobre o ConsensusDocs, o glossário da *American Subcontractors Association* e da *Foundation of the American Subcontractors Association* apresenta a seguinte definição: “ConsensusDocs: A diverse coalition, based in Arlington, Va., that publishes standard contract documents for the construction industry. The coalition is comprised of more than 40 associations and professional societies representing owners, design professionals, contractors, subcontractors, suppliers and sureties in the construction industry.” AMERICAN SUBCONTRACTORS ASSOCIATION; FOUNDATION OF THE AMERICAN SUBCONTRACTORS ASSOCIATION. **Glossary of common construction contract terms.** Alexandria: ASA, 2016, “ConsensusDocs”. As instituições que participam do *ConsensusDocs* são tanto americanas, quanto internacionais. Mencionem-se, a título de exemplo, o *Associated Builders and Contractors (ABC)*, o *Associated General Contractors of America (AGC)*, a *American Subcontractors Association (ASA)*, a *Construction Owners Association of America (COAA)*, o *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)*. Gail KELLEY, porém, observa haver certa predominância de instituições representativas dos construtores: “The initial documents were developed over a period of three years by 23 construction-related associations, led by the AGC. The goal was to develop standard form construction documents that represented a consensus within a broad spectrum of the construction industry, including designers, owners, contractors, subcontractors, sureties, and other stakeholders (DOCS). Nevertheless, most of the associations involved in developing the documents are primarily contractor-focused. While some of the associations include representation of design professionals, such representation is typically incidental to the primary interests of the association.” **Construction law: an introduction for engineers, architects, and contractors.** Hoboken: John Wiley & Sons, 2013, p. 64. Informações complementares sobre o ConsensusDocs podem ser encontradas em seu site: <<https://www.consensusdocs.org/>>. Acesso em 15 ago. 2020.

espécies de cláusulas *back-to-back*. Além disso, serão também trazidos alguns exemplos de cláusulas mencionados pela doutrina.

Tecidos os esclarecimentos necessários, os tópicos seguintes prosseguem com a análise das principais espécies de cláusulas *back-to-back*. Para tanto, foram elas classificadas nas seguintes espécies: (i) *contingent* ou *conditional payment clauses*¹¹, que se subdividem em cláusulas *pay-when-paid* e *pay-if-paid*; (ii) cláusula *pass-through*; (iii) cláusula *flow-through*; e (iv) cláusula de incorporação por referência do conteúdo do contrato principal. Busca-se, com isso, a construção de uma tipologia logicamente estruturada, que será útil para o exame das questões envolvendo a colocação das cláusulas *back-to-back* no direito brasileiro, análise que será objeto do capítulo 3.

2.1. CLÁUSULAS QUE SUBORDINAM O PAGAMENTO

O primeiro grupo de cláusulas lida com os riscos associados à cadeia de pagamentos. Mais especificamente, com os problemas de fluxo de pagamento e de alocação de riscos quando há, de um lado, um contrato principal entre o dono da obra e a construtora contratada e, de outro, um subcontrato entre a referida construtora (subcontratante) e um subcontratado.¹² Nessa situação paradigmática, a construtora ocupa uma posição intermediária, em que

11 Esclareça-se que, para expressar genericamente a relação criada por essas cláusulas, foi escolhido o termo “subordinar” em sentido amplo, dado que o capítulo 4 tratará da natureza jurídica dessas cláusulas sob a óptica do direito brasileiro. No mesmo sentido, cf.: “Di subordinazione si discorre, per ora, in senso lato, da precisarsi in seguito sulla base delle conclusioni che potranno raggiungersi in merito alla qualificazione della clausola, e dunque ai suoi effetti giuridici.” CIC-CONI, Ennio. Clausola if and when. In: CONFORTINI, Massimo (org.). **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**, vol. II. Torino: UTET, 2019, p. 987.

12 “La prassi contrattuale, soprattutto di diritto internazionale, conosce ormai frequentemente l’uso pattizio di clausole finalizzate a subordinare l’esecuzione di una delle prestazioni dedotte nel contratto alla circostanza che nel frattempo abbiano trovato regolare esecuzione, a favore del contraente obbligato, le prestazioni dovute da un terzo che sia parte di un diverso contratto: ti pagherò se e quando (if and when appunto) sarò stato a mia volta pagato. (...) Ambito privilegiato per una casistica in questo senso è di nuovo l’area economica della realizzazione di grandi opere con i meccanismi di appalti a cascata che ne derivano. Qui si pone il problema di soddisfare contemporaneamente esigenze di segno opposto di cui sono portatori i diversi soggetti coinvolti nella realizzazione della commessa.” DALLA VALLE, Paola. Clausola if and when. In: **Estratto dal Digesto**, Discipline Privatistiche, Sezione Civile, aggiornamento. Torino: UTET, 2003, p. 255.

é simultaneamente credora do dono da obra e devedora do subcontratado. Expõe-se, por conta disso, a dois grandes riscos.

O primeiro deles refere-se à possibilidade de se ver obrigada a pagar o subcontratado sem haver recebido o seu pagamento pelo dono da obra. Isso ocorre porque o subcontrato e o contrato principal são duas relações jurídicas independentes, não havendo vínculo direto entre o subcontratado e o dono da obra. Ou seja, o não recebimento do pagamento devido pelo dono da obra, por si só, não desobriga o construtor intermediário de pagar o subcontratado pelos serviços executados. Em último caso, a obrigação de manter os pagamentos aos subcontratados que forneceram bens ou prestaram serviços em benefício do dono da obra, mesmo quando este inadimpla a sua obrigação de pagar, faz com que a construtora intermediária, na prática, substitua o dono da obra no papel de financiador do empreendimento. A construtora subcontratante acaba por assumir os riscos das consequências do atraso nos pagamentos pelo dono da obra e/ou de sua insolvência.¹³

13 “One of the most sensitive areas for all parties involved in a construction project is the payment process. While all parties bear a significant risk in this area, it is important to understand each parties’ unique concerns. Owners, as well as their lenders, are concerned about overpaying the general contractor before the works is completed and failing to hold back adequate retainage as security. On the other hand, general contractors are concerned about prompt payment. Any delay in the cash flow can essentially force the general contractors or subcontractors to finance the project, which may ultimately result in the contractors’ insolvency.” FISHER, Timothy S.; KIRK, Francis; DEDONATO, James; FORNACIARI, Salvatore; WELCH, Jason. Top ten most important clauses of a construction contract. **Defense Counsel Journal**, v. 72, issue 3, jul. 2005, p. 250. No mesmo sentido, embora sob o contexto italiano: “Vi è anzitutto, in alcuni settori dell’attività d’impresa, l’esigenza di regolare i flussi di cassa dell’operatore economico nel senso di armonizzare le sue scadenze debitorie con quelle creditorie, soprattutto quando le une e le altre siano parte di un’unica e complessa operazione contrattuale che lo vede esposto su più fronti. Tipico da questo punto di vista il caso del subappalto, in cui l’appaltatore acquista contemporaneamente gli obblighi del committente nei confronti del suo subappaltatore ed ha quindi una chiara esigenza di cassa: non essere costretto a pagare il corrispettivo a chi abbia lavorato su suo incarico prima di aver a propria volta ricevuto i pagamenti dai committente principale. In queste situazioni l’equilibrio nel cash flow viene perseguito pattuendo con il subcontraente di concertare l’esigibilità della sua prestazione ai tempi di pagamento del committente principale.” DALLA VALLE, Paola. Clausola if and when. In: **Estratto dal Digesto**, Discipline Privatistiche, Sezione Civile, aggiornamento. Torino: UTET, 2003, p. 255. V. também CICCIONI, Ennio. Clausola if and when. In: CONFORTINI, Massimo (org.). **Clausole negoziali**: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche, vol. II. Torino: UTET, 2019, p. 900.

O segundo grande risco que recai sobre a construtora intermediária é o de realizar pagamentos a maior ao subcontratado. A dualidade de relações jurídicas suscita a possibilidade de que a prestação executada pelo subcontratado seja aceita pela contratada intermediária no âmbito do subcontrato, mas, quando apresentada pela construtora intermediária ao dono da obra, essa mesma prestação seja por ele recusada. Igual resultado se verifica, por exemplo, no caso de pleitos de serviços adicionais: é possível que a contratante intermediária reconheça um pleito de serviço adicional apresentado pelo subcontratado, mas o dono da obra se recuse a reconhecer esses mesmos serviços como adicionais sob a luz do contrato principal. Em ambas as situações, a construtora intermediária está diante do risco de haver pago ao subcontratado valores a maior, seja por haver aceitado trabalhos que se revelaram inadequados, seja por concordar com pleitos relativos a prestações que foram consideradas incluídas no escopo já contratado.

No polo oposto, todavia, estão os subcontratados. Enquanto a construtora intermediária preocupa-se em manter seu fluxo de caixa estável, de modo a não realizar pagamentos antes de ser paga ou antes de ter seus trabalhos ou pleitos aceitos pelo dono da obra, os subcontratados preocupam-se em receber o pagamento tão logo seus trabalhos sejam executados, independentemente da aceitação do dono da obra ou de sua disponibilidade financeira.

A passagem abaixo ilustra com vivacidade o dilema existente entre os interesses da construtora intermediária e dos subcontratados:

O sucesso de um projeto de construção exige o tempestivo fluxo de dinheiro do dono da obra para o contratado, até os subcontratados, sub-subcontratados, fornecedores e vendedores. Prevê-se que o dono da obra seja o financiador do projeto. Todavia, quando o dono incorre em inadimplemento ou retém pagamentos do contratado, o contratado pode acabar involuntariamente financiando o projeto porque, sem uma disposição contratual em contrário, o descumprimento do dono da obra quanto ao pagamento do contratado não exime o contratado de sua obrigação de pagar seus subcontratados. Portanto, o contratado deve se preocupar com cumprir sua obrigação de pagar os subcontratados antes de receber o pagamento do dono da obra. (...)

General contractors se opõem ao dever de pagar os subcontratados até que sejam pagos pelo dono da obra e acreditam que qualquer perda deva ser igualmente compartilhada. Subcontratados argumentam que não lhes é permitido o mesmo acesso que o contratado possui às informações financeiras do dono da obra e que, conseqüentemente, não são capazes de formar uma opinião sobre a posição financeira do dono da obra.¹⁴

As *contingent payment provisions* surgiram justamente em resposta a esse dilema.¹⁵ Trata-se de mecanismo destinado a regular os interesses contrapostos das partes que integram os diversos níveis de uma cadeia de contratação:

Um *general contractor* está normalmente preocupado com qualquer obrigação de pagar seus subcontratados e fornecedores antes de haver recebido pagamento pelo dono da obra. O *general contractor* não quer se tornar um financiador do projeto, normalmente não é compensado para tanto e frequentemente é incapaz de fazer isso. Não obstante, durante o curso de um projeto de construção, pagamentos pelo dono da obra ao *general contractor* são frequentemente atrasados por uma série de razões. Idealmente, um *general contractor* prefere ser obrigado a pagar seus subcontratados apenas depois, e na mesma extensão, dos pagamentos do dono da obra a ele pelos trabalhos do subcontratado.

14 Tradução livre do original em inglês: “The success of a construction project requires the timely flow of money from the owner to the contractor down to the subcontractors, sub-subcontractors, suppliers, and vendors. The owner is supposed to be the financier for the project. However, when the owner defaults or withholds payments from the contractor, the contractor can end up unwittingly financing the project because, without a contractual provision to the contrary, the owner’s failure to pay the contractor does not relieve the contractor from its obligation to pay its subcontractors. Therefore, the contractor must be concerned about meeting its obligation to pay its subcontractors before receiving payment from the owner. (...) General contractors take issue with having to pay subcontractors until they are paid by the owner and believe that any loss should be shared equally. Subcontractors argue they are not allowed the same access to owner’s financial information as the contractor and therefore are not able to form an opinion about the owner’s financial position.” MAY, Andrea L.; SIDDIQI, Khalid. Contingent-payment provision puzzle: safeguarding against an unintended outcome. **Journal of Architectural Engineering**, dec. 2018, p. 158.

15 Vale observar que a doutrina, muitas vezes, utiliza a expressão “cláusulas *pay-when-paid*” para se referir ao gênero das *contingent payment provisions* como um todo, abarcando tanto as cláusulas *pay-if-paid*, quanto as cláusulas *pay-when-paid* propriamente ditas.

De forma semelhante, um subcontratado quer pagar os seus sub-subcontratados e fornecedores apenas depois de ser pago. Por outro lado, um subcontratado, sub-subcontratado ou fornecedor quer ser pago assim que os serviços/bens forem fornecidos, independentemente de quando ou como o destinatário dos serviços/bens é pago ou tem recursos.

Para tentar resolver esse dilema e obter uma posição preferível, um *general contractor* pode colocar uma cláusula “*pay-when-paid*” em seus subcontratos. Da mesma forma, cada pagador abaixo do *general contractor* pode inserir cláusulas similares em seus contratos.¹⁶

16 Tradução livre do original em inglês: “A general contractor is usually concerned about any obligation to pay its subcontractors and suppliers before it has received payment from the owner. The general contractor does not wish to become a financier of the project, is usually not compensated to be such, and often is unable to do so. Nevertheless, during the course of the construction project, payments by the owner to the general contractor often are delayed for a variety of reasons. Ideally, a general contractor prefers to be obligated to pay its subcontractors only after, and to the extent of, payments by the owner to it for the subcontractor’s work. Similarly, a subcontractor wants to pay its sub-subcontractors and suppliers only after it has been paid. On the other hand, a subcontractor, sub-subcontractor, or supplier wishes to be paid as soon as services/goods are provided, regardless of when or how the recipient of the services/goods is paid or has funds. o attempt to resolve this dilemma and achieve a preferable position, a general contractor may place a “pay-when-paid” provision in its subcontracts. Similarly, each payor below the general contractor may insert similar clauses in its contracts.” NOONE, Michael; BENSON, Robert E. The “pay-when-paid” dilemma. **Colorado Lawyer**, v. 25, n. 11, nov. 1996, p. 79. HUGHES, CHAMPION e MURDOCH indicam dois principais objetivos para as cláusulas que condicionam pagamentos: “Pay when paid clauses are inserted in sub-contracts for two main purposes. The first is to protect the main contractor’s cash flow. This occurs because the main contractor will merely act as a channel of payment between the employer and the sub-contractor and will thus be in no danger of having to finance the subcontractor’s work. The second purpose, which is less obvious, is to make the subcontractor carry the risk of the employer becoming insolvent. This will happen in circumstances where the employer’s insolvency occurs after sub-contract work has been certified, but before the main contractor has been paid for it. Without a pay when paid clause, it is the main contractor who will bear the resulting loss, in the sense of having to pay the sub-contractor and then recoup whatever can be salvaged in the employer’s liquidation. Under a pay when paid clause, by contrast, the main contractor need only pass on to the sub-contractor what can be recovered in the employer’s liquidation, and even this will naturally be put first to meeting the main contractor’s own claims.” HUGHES, Will; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John. **Construction Contracts: law and management**, 5th ed. Abingdon: Routledge, 2015, p. 314. No mesmo sentido, cf. DALLA VALLE, Paola. Clausola if and when. In: **Estratto dal Digesto**, Discipline Privatistiche, Sezione Civile, aggiornamento. Torino: UTET, 2003, p. 255; CICONI, Ennio. Clausola if and when. In: CONFORTINI, Massimo (org.). **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**, vol. II. Torino: UTET,

Segundo o glossário da *American Subcontractors Association* e da *Foundation of the American Subcontractors Association*, “*conditional payment terms*” são definidos como “previsões de subcontratos que restringem o direito de um subcontratado ao pagamento pelo serviço adequadamente executado, como cláusulas *pay-if-paid* e *pay-when-paid*”.¹⁷

Em artigo que comenta as legislações sobre pagamentos em contratos de construção de diversos países, Albert YEU explica, no mesmo sentido, que os “*conditional payment terms* (ou, genericamente, ‘*pay-when-paid clauses*’) são comumente encontrados em subcontratos” e que “os efeitos desses dispositivos é tornar o direito de uma parte aos pagamentos progressivos condicionado ao fato de a outra parte ser paga por um terceiro”.¹⁸

SKLAR, por sua vez, define “*contingent payment clause*” como a cláusula segundo a qual “o *general contractor* não estará sob obrigação de pagar ao subcontratado quaisquer quantias a ele devidas até o momento em que o *general contractor* receba o pagamento pelo dono da obra”. O autor trata das *contingent payment clauses* como uma das “cláusulas leoninas” (“*murder clauses*”) por ele analisadas, na medida em que “essa é uma disposição particularmente

2019, pp. 990-991. REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias; QUINTÃO, Luísa. Subcontratação de obras públicas e cláusulas “back-to-back” no direito brasileiro. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord). **Direito da infraestrutura**: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 148-149.

17 Tradução livre do original em inglês: “Conditional Payment Terms: Subcontract provisions that restrict a subcontractor’s entitlement to payment for work properly performed such as pay-if-paid and pay-when paid terms”. AMERICAN SUBCONTRACTORS ASSOCIATION; FOUNDATION OF THE AMERICAN SUBCONTRACTORS ASSOCIATION. **Glossary of common construction contract terms**. Alexandria: ASA, 2016.

18 Tradução livre do original em inglês: “Conditional payment terms (or, generally, ‘pay-when-paid’ clauses) are commonly found in sub-contracts. The effect of these provisions is to make a party’s entitlement to progress payment conditional on the other party having been paid by a third party”. YEU prossegue explicando que “na situação de um subcontrato, isso permite que o Contratado Principal evite pleitos do subcontratado enquanto ele, Contratado Principal, não houver sido pago pelo Dono da Obra ou qualquer outro terceiro, mesmo quando o Contratado Principal não tiver direito ao pagamento em razão de seu próprio inadimplemento”. Tradução livre do original em inglês: “In a subcontract situation, this allows the Main Contractor to avoid a claim by the sub-contractor so long as the former has not been paid by the Employer or any other third party, even where the Main Contractor is not entitled to payment owing to its own default”. YEU, Albert. An overview of security of payment legislation in different jurisdictions. **Asian Dispute Review**, v. 20, issue 2, 2018, p. 77.

draconiana, que impacta severamente nos subcontratados, muitos dos quais são pouco capitalizados e irão descobrir que os pagamentos pelos quais estavam esperando não estão mais disponíveis”.¹⁹

No mesmo sentido é a definição de SESSLER, segundo o qual as *contingent payment clauses* “tentam isentar o contratado da obrigação de pagar os subcontratados no caso de inadimplemento do dono da obra perante o contratado principal, ainda que o subcontratado tenha vínculo contratual apenas com o contratado”.²⁰

Nesse ponto, cumpre fazer mais uma precisão terminológica que será adotada no presente trabalho. Alguns autores, como exemplificado pelo excerto de YEU anteriormente transcrito²¹, denominam o gênero das cláusulas que subordinam o pagamento de “*pay-when-paid clauses*”. Essa mesma expressão, contudo, é igualmente utilizada para se referir a uma das espécies dessa categoria. Em outros termos: o gênero das cláusulas que subordinam pagamento (“cláusulas *pay-when-paid lato sensu*”) contempla duas principais

19 Tradução livre do original em inglês: “The Contingent Payment Clause. This clause provides that the general contractor is under no obligation to pay the subcontractor any sums due it until such time as the general contractor receives payment from the owner. This is a particularly draconian provision which impacts severely on subcontractors, many of whom are thinly capitalized, and who will find that the payments that they have been waiting for are no longer available”. SKLAR, Stanley P. A Subcontractor’s view of construction contracts. **The Construction Lawyer**, v. 8, n. 1, jan. 1988, p. 19.

20 Tradução livre do original em inglês: “The private and judicially imposed risk-shifting devices include: (...) contingent payment clauses, which attempt to absolve the prime contractor’s obligation to pay the subcontractor in the event of owner default to the prime contractor, even though the subcontractor only has contractual privity with the prime contractor;” SESSLER, Robert J. Bottom of the totem pole: legal risks and payment problems of subcontractors. **The Construction Lawyer**, v. 12, n. 4, nov. 1992, p. 23.

21 Outros exemplos de autores que também utilizam essa terminologia são os seguintes: “Pay when paid clauses are inserted in sub-contracts for two main purposes”. HUGHES, Will; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John. **Construction Contracts: law and management**, 5th ed. Abingdon: Routledge, 2015, p. 314. “A pay-when-paid provision refers to payment language in a subcontract that affects the timing of payment obligations of a general contractor to its subcontractors. Generally, the prime contractor inserts the clause with the intention that it will not have to pay the subcontractor unless and until it has been paid by the owner for the work for which the subcontractor seeks payment. However, the legal consequences of such a provision are difficult to determine and often depend on the precise language in these clauses”. NOONE, Michael; BENSON, Robert E. The “pay-when-paid” dilemma. **Colorado Lawyer**, v. 25, n. 11, nov. 1996, p. 79.

espécies: as *pay-when-paid clauses* (“cláusulas *pay-when-paid stricto sensu*”) e as *pay-if-paid clauses*. Há, portanto, uma ambiguidade na expressão “*pay-when-paid clauses*”.²²

Para evitar essa ambiguidade e primar pela clareza de linguagem, considera-se mais adequado denominar a categoria das cláusulas que subordinam o pagamento de “*contingent payment clauses*” ou “*conditional payment clauses*”, reservando a expressão “*pay-when-paid clause*” apenas para a espécie que se contrapõe à *pay-if-paid clause*.²³ É essa a terminologia que será adotada neste trabalho.

Concluídos os esclarecimentos preliminares, prossiga-se, então, com o estudo das cláusulas *pay-when-paid* e *pay-if-paid*.

2.1.1. Cláusula *pay-when-paid*

A cláusula *pay-when-paid* usualmente possui redação que pode ser assim exemplificada: “O Contratado deverá pagar o Subcontratado quando receber seu pagamento pelo Dono da Obra” ou “O Contratado deverá pagar o Subcontratado no prazo de [•] dias após receber seu pagamento pelo Dono da Obra”.

A redação das cláusulas exemplificadas, todavia, é lacônica e não deixa clara qual a consequência jurídica para a hipótese de o dono da obra não realizar o pagamento devido, seja por atrasá-lo, seja por simplesmente deixar de fazê-lo.

22 Essa ambiguidade é muito bem apontada por BARTHET, Patrick C.; GOODMAN, Nadine H. *Waiting to get paid: are “pay when paid” provisions a matter of when or if?* **The Florida Bar Journal**, oct. 1999, p. 64.

23 “Payment clauses that seek to allocate these risks technically fall into either one of the following categories: (1) *pay-when-paid* or (2) *paid-if-paid*.” FISHER, Timothy S.; KIRK, Francis; DEDONATO, James; FORNACIARI, Salvatore; WELCH, Jason. *Top ten most important clauses of a construction contract*. **Defense Counsel Journal**, v. 72, issue 3, jul. 2005, p. 253. Adotando orientação análoga, Paola DALLA VALLE inicialmente refere-se de maneira genérica à “clausola if and when” e, em seguida, diferencia entre a “clausola *pay when paid*” e a “clausola if and when in senso stretto”. DALLA VALLE, Paola. *Clausola if and when*. In: **Estratto dal Digesto**, *Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, aggiornamento. Torino: UTET, 2003, pp. 255-260.

De um lado, cabe a interpretação de que o dever de pagar pelo contratado não surgiria até que houvesse o pagamento pelo dono da obra. Ou seja, enquanto esse pagamento não ocorresse, o subcontratado não teria direito a exigir o seu pagamento. Se, por acaso, o dono da obra nunca pagasse o contratado, o subcontratado simplesmente não receberia nenhum valor pela prestação executada. De outro lado, há a corrente que recusava a severidade de uma interpretação estritamente literal, sobretudo diante da falta de clareza do texto quanto às consequências no caso de não pagamento pelo dono da obra. Por isso, a referida cláusula apenas impactaria no prazo do pagamento (“*timing provision*”), postergando a sua ocorrência. O contratado, nessa lógica, continuaria obrigado a pagar o subcontratado, devendo fazê-lo ainda que o dono da obra não tenha realizado o seu pagamento, mas após decorrido um “prazo razoável” (“*reasonable time*”) da conclusão dos trabalhos do subcontratado. O contratado, portanto, seria beneficiado apenas pelo acréscimo de tempo para lograr obter o pagamento do dono da obra.²⁴

Em resumo, diante do laconismo do texto da cláusula, é preciso optar por uma entre duas interpretações possíveis: (i) interpretação favorável ao contratado, segundo a qual a cláusula atribui ao subcontratado a totalidade das consequências do risco de atraso ou de insolvência do dono da obra, de modo que o contratado tem a garantia de que nada desembolsará até que o dono da obra o pague – mesmo que esse pagamento nunca aconteça (cláusula *pay-if-paid*);

24 BARTHET e GOODMAN explicam de forma bastante direta essa ambiguidade interpretativa e os riscos que ela acarreta para as partes: “Contractors often desire to shift the risk of an owner’s nonpayment to subcontractors. Shifting the risk of an owner’s possible nonpayment from one party to another is neither simple nor guaranteed. Unsuspecting parties can quickly find themselves locked into an agreement containing a payment provision susceptible to conflicting interpretations. What the parties intended, and thought they understood, may in fact not be what they obtain. (...) Such payment provisions in construction contracts are commonly referred to as ‘pay-when-paid’ clauses. While seemingly straightforward at first glance, many are actually ambiguous. The ‘pay-when-paid’ language can be interpreted on the one hand as establishing a condition precedent in which payment must first be received from the owner before it can be paid out to the service provider, or, on the other hand, as simply fixing a reasonable time frame for when payment is to be made.” BARTHET, Patrick C.; GOODMAN, Nadine H. Waiting to get paid: are “pay when paid” provisions a matter of when or if? **The Florida Bar Journal**, oct. 1999, p. 64. O mesmo problema é exposto por DALLA VALLE, Paola. Clausola if and when. In: **Estratto dal Digesto**, Discipline Privistiche, Sezione Civile, aggiornamento. Torino: UTET, 2003, p. 256.

ou (ii) interpretação favorável ao subcontratado e menos restritiva, atribuindo-lhe apenas o risco do tempo do pagamento, de modo que o subcontratado terá a garantia de que, após um “prazo razoável”, será pago pelo contratado mesmo se o dono da obra não houver cumprido com a sua obrigação de pagar (cláusula *pay-when-paid*).

Essa discussão interpretativa foi particularmente aprofundada pela jurisprudência americana e inglesa.²⁵ Conforme explicam HILL e MCCORMACK, a posição majoritária foi no segundo sentido:

Embora algumas cortes usem as expressões “*pay-when-paid*” e “*pay-if-paid*” indistintamente, a maioria das cortes agora trata as cláusulas *pay-when-paid* de forma diferente das cláusulas *pay-if-paid*. Uma típica cláusula *pay-when-paid* tem a seguinte redação: “O Contratado deve pagar o Subcontratado quando o Contratado receber o pagamento do Dono da Obra”. Em um primeiro momento, a conclusão lógica dessa linguagem é que, se o contratado não receber o pagamento do dono da obra, a obrigação do contratado de pagar o subcontratado nunca se desenvolve. A maioria das cortes, contudo, recusa-se a executar literalmente cláusulas *pay-when-paid*. Em vez disso, a maioria das cortes constrói as cláusulas *pay-when-paid* como disposições de prazo, requerendo o pagamento pelo *general contractor* ao subcontratado dentro de um prazo razoável após a execução dos trabalhos,

25 A discussão surgia, principalmente, nos casos em que o não pagamento pelo dono da obra tinha uma causa estranha ao contratado e ao subcontratado – ou seja, não decorria de inadimplemento do próprio contratado (o qual não poderia se valer da cláusula *pay-when-paid* para se beneficiar da própria torpeza), nem de inadimplemento do subcontratado (o qual simplesmente não teria direito ao pagamento). Sobre esse ponto, confira-se: “As a threshold matter, one must consider the parties’ view points. General contractors agree that subcontractors should be paid if nonpayment by the owner is the general contractor’s fault. Subcontractors agree that they should not be paid if payment by the owner is delayed due to the subcontractor’s failure to perform work or process the required paperwork. The disputes arise in circumstances under which the nonpayment by the owner is unexcused or another subcontractor has breached. General contractors believe that they should not have to pay until they are paid and that any loss should be shared equally. Subcontractors, in response, note that the general contractors are in the best position to evaluate the owner’s financial position.” FISHER, Timothy S.; KIRK, Francis; DEDONATO, James; FORNACIARI, Salvatore; WELCH, Jason. Top ten most important clauses of a construction contract. **Defense Counsel Journal**, v. 72, issue 3, jul. 2005, p. 253.

independentemente de o *general contractor* receber o pagamento pelo dono da obra. Em suma, as cortes se recusam a permitir que o risco do não pagamento pelo dono da obra seja transferido ao subcontratado com base em cláusulas *pay-when-paid*. Como razão para tanto, as cortes normalmente indicam os efeitos severos das *conditions precedent* e uma política geral de evitá-los se outra interpretação razoável de um contrato for possível.²⁶

Sem prejuízo da análise do tratamento jurídico dessas cláusulas por ocasião do capítulo 3, o que se pretende destacar, por ora, é que a dúvida interpretativa anteriormente explicada trouxe dois principais resultados. O primeiro deles foi diferenciar expressamente entre a atribuição do risco do tempo do pagamento e a atribuição do risco de inexistência do pagamento, delineando duas espécies de *contingent provisions* distintas entre si: as cláusulas *pay-when-paid* e as cláusulas *pay-if-paid*. O segundo foi o aprimoramento da redação das cláusulas de *contingent payment* na doutrina e nos *standard contracts* – reflexo da situação de insegurança jurídica causada pelas dúvidas

26 Tradução livre do original em inglês: “Although some courts use the phrases ‘pay-when-paid’ and ‘pay-if-paid’ clauses interchangeably, most courts now treat pay-when-paid clauses differently than pay-if-paid provisions. A typical pay-when-paid clause reads: ‘Contractor shall pay subcontractor when contractor receives payment from the owner’. At first glance, a logical conclusion from this language is that if the contractor does not receive payment from owner, the contractor’s obligation to pay the subcontractor never ripens. The majority of courts, however, refuse to literally enforce pay-when-paid clauses. Instead, the majority of courts construe pay-when-paid provisions as ‘timing’ provisions, requiring payment from the general contractor to the subcontractor in a reasonable time after the work is performed, regardless of when the general contractor receives payment from the owner. In short, courts refuse to permit the shift of the risk of the owner’s lack of payment from the general contractor to the subcontractor based on pay-when-paid provisions. As rationale, courts usually point to the harsh effects of conditions precedent, and a general policy of avoiding them if another reasonable reading of a contract is possible.” HILL, William M.; MCCORMACK, Mary-Beth. Pay-if-paid clauses: freedom of contract or protecting the subcontractor from itself. **The Construction Lawyer**, v. 31, n. 1, winter 2011, pp. 26-27. O mesmo é afirmado por: NOONE, Michael; BENSON, Robert E. The “pay-when-paid” dilemma. **Colorado Lawyer**, v. 25, n. 11, nov. 1996, p. 79. MAY, Andrea L.; SIDDIQI, Khalid. Contingent-payment provision puzzle: safeguarding against an unintended outcome. **Journal of Architectural Engineering**, dec. 2018, pp. 159 e 161. Pay-When-Paid Clause Fails Test. **Engineering News-Record (ENR)**, v. 250, n. 3, 2003, p. 23. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=iih&AN=9113980&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em 04 abr. 2020.

quanto à qualificação de uma cláusula com redação lacônica como a inicialmente exemplificada.

Explicado o histórico das cláusulas *pay-when-paid*, cumpre examinar as definições que lhes são dadas pela doutrina.

No *Black's law dictionary*, apresenta-se a seguinte definição para o verbete “*pay-when-paid clause*”:

Em um contrato de construção, a cláusula determinando que o *general contractor* pague o subcontratado dentro de um prazo após o dono da obra pagar o *general contractor*. • Uma minoria de cortes concluiu que o subcontratado assume o risco de não pagamento se o dono da obra se tornar insolvente. Porém, como o *general contractor* normalmente assume o risco de não pagamento, a maioria das cortes concluiu que o subcontratado tem direito ao pagamento pelo trabalho realizado apesar da insolvência do dono da obra.²⁷

A primeira parte da definição trazida pelo *Black's law dictionary* é a que se refere à cláusula *pay-when-paid* propriamente dita. A segunda parte, por sua vez, remete à já mencionada discussão sobre a interpretação que deve prevalecer quando há uma *contingent payment provision* lacônica. Sobre o assunto, indica que a maioria das cortes adota interpretação menos restritiva e conclui se tratar de cláusula *pay-when-paid*, presumindo que as partes pretenderam espelhar apenas o risco do tempo do pagamento, e não o da própria existência deste.

O glossário da *American Subcontractors Association* e da *Foundation of The American Subcontractors Association* traz definição no mesmo sentido:

27 Tradução livre do original em inglês: “Pay-when-paid clause. In a construction contract, a provision requiring a general contractor to pay a subcontractor within a specified period of time after the property owner pays the general contractor. • A minority of courts have held that the subcontractor bears the risk of nonpayment if the owner becomes insolvent. But because the general contractor normally bears the risk of nonpayment, most courts hold that a subcontractor is entitled to payment for work done despite the owner’s insolvency.” GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's law dictionary**, 9th ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 285.

Pay-when-paid: cláusula de pagamento de um subcontrato obrigando o contratado principal a pagar o subcontratado depois de, ou após algum prazo especificado depois de, o contratado principal ser pago pelo dono da obra. A maioria das cortes não irá tratar essas cláusulas como isentando o contratado principal de sua obrigação de realizar o pagamento quando não houver redação explícita para esse efeito (cf. *pay-if-paid*), e, em vez disso, concluirá que o contratado principal deve pagar seu subcontratado dentro de um prazo razoável ainda que o dono da obra deixe de pagar o contratado principal pelos trabalhos adequadamente executados do subcontrato.²⁸

Na doutrina, MAY e SIDDIQI explicam que as cláusulas *pay-when-paid* “normalmente atuam como um mecanismo de prazo, pelo qual a obrigação do contratado de realizar o pagamento é suspensa por um prazo razoável para permitir que o contratado receba o pagamento pelo dono da obra”. Prosseguindo, os autores fazem a mesma observação no sentido de que “esse mecanismo não transfere o risco de não pagamento ao subcontratado”, já que “o contratado ainda é obrigado a pagar ao subcontratado dentro de um prazo razoável após o subcontratado haver satisfatoriamente concluído os trabalhos, independentemente de o contratado haver recebido o pagamento pelo dono da obra”.²⁹

28 Tradução livre do original em inglês: “Pay-when-Paid: A subcontract payment provision obligating the prime contractor to pay the subcontractor after, or some specific time period after, the prime contractor has been paid by the owner. Most courts will not treat these clauses as excusing the contractor from its obligation to make payment in the absence of explicit language to that effect (see Pay-if-Paid), and instead find that the contractor must still pay its subcontractor within a reasonable time should the owner fail to pay the prime contractor for properly-performed subcontract work.” AMERICAN SUBCONTRACTORS ASSOCIATION; FOUNDATION OF THE AMERICAN SUBCONTRACTORS ASSOCIATION. **Glossary of common construction contract terms**. Alexandria: ASA, 2016, “pay-when-paid”.

29 Tradução livre do original em inglês, a seguir transcrito na íntegra: “By way of conventional definition, a contingent-payment provision containing language that would ordinarily be classified as a pay-when-paid clause usually acts as a timing mechanism that provides the contractor’s obligation to make payment is suspended for a reasonable amount of time to allow the contractor to receive payment from the owner. A typical pay-when-paid clause provides, ‘Contractor shall pay subcontractor within seven days of contractor’s receipt of payment from the owner.’ However, this mechanism does not shift the risk of nonpayment to the subcontractor. The contractor is still obligated to pay the subcontractor within a reasonable time after the subcontractor has satisfactorily completed its work, whether or not the contractor has

Definições no mesmo sentido são apresentadas por outros autores na doutrina anglo-saxã.³⁰

No Brasil, REISDORFER e QUINTÃO explicam que a cláusula *pay-when-paid* “regula o tempo em que o subcontratante deve pagar o subcontratado”. A constituição da obrigação da construtora intermediária de pagar o subcontratado, por esse motivo, permanecerá inalterada, ainda que houvesse inadimplemento do dono da obra.³¹

Diante disso, conclui-se que a doutrina possui um entendimento homogêneo quanto ao conceito das cláusulas *pay-when-paid*, qual seja, cláusulas que subordinam o pagamento devido ao credor à ocorrência do pagamento no âmbito de outro negócio jurídico ou ao decurso de um prazo máximo, o que ocorrer primeiro. No caso do decurso de um prazo máximo, o pagamento será devido ainda que não tenha ocorrido o pagamento no âmbito da outra relação jurídica. As cláusulas *pay-when-paid*, portanto, alocam na parte credora apenas o risco relacionado ao prazo do pagamento, que poderá ser mais ou menos longo. O risco de não pagamento no âmbito da outra relação jurídica, por conseguinte, permanece apenas com a parte devedora.

Compreendido o conceito das cláusulas *pay-when-paid*, a seguir serão trazidos exemplos de como essa modalidade de cláusula vem sendo praticada, os quais foram extraídos majoritariamente de *standard contracts* elaborados

received payment from the owner.” MAY, Andrea L.; SIDDIQI, Khalid. Contingent-payment provision puzzle: safeguarding against an unintended outcome. **Journal of Architectural Engineering**, dec. 2018, p. 159.

30 FISHER, Timothy S.; KIRK, Francis; DEDONATO, James; FORNACIARI, Salvatore; WELCH, Jason. Top ten most important clauses of a construction contract. **Defense Counsel Journal**, v. 72, issue 3, jul. 2005, p. 253. BARTHET, Patrick C.; GOODMAN, Nadine H. Waiting to get paid: are “pay when paid” provisions a matter of when or if? **The Florida Bar Journal**, oct. 1999, p. 64.

31 Confirmam-se as palavras dos autores: “De um lado, a cláusula ‘*pay-when-paid*’ regula o tempo em que o subcontratante deve pagar o subcontratado, contado a partir do pagamento correspondente pelo contratante ao subcontratante. Ou seja, essa cláusula regula o prazo para pagamento, não a constituição da obrigação de pagar em si – a previsão dessa cláusula não exclui a obrigação assumida pelo subcontratante de pagar o subcontratado se o primeiro não receber o pagamento do contratante.” REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias; QUINTÃO, Luísa. Subcontratação de obras públicas e cláusulas “back-to-back” no direito brasileiro. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord). **Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 150.