

# As cláusulas contratuais que subordinam o pagamento da retribuição a um evento incerto (as cláusulas «pay-when-paid» e «pay-if-paid»)

ANA AFONSO

## 1. Apresentação do problema

A *praxis* negocial revela a presença de cláusulas inseridas em contratos com prestações corresponsivas, em que o cumprimento de uma das prestações – tipicamente o pagamento da contrapartida pecuniária – fica subordinado à verificação de um evento de índole futura e incerta. Inversamente, a realização da correspondente prestação – tipicamente uma obrigação de *facere* – deve ser realizada de imediato, e é insuscetível de ser restituída integralmente quando não se verifique o evento a que se subordinou o pagamento do corresponsivo.

É no domínio dos contratos de subempreitada que este tipo de cláusulas encontra a sua aplicação mais frequente. Com o intuito de se eximir às dificuldades e incertezas do pagamento atempado e da solvabilidade do dono da obra ou comitente principal, o empreiteiro faz deslocar para a esfera do subempreiteiro o risco do incumprimento, subordinando o pagamento devido pela execução da subempreitada à efetiva realização da prestação pecuniária pelo comitente. Atenta a sua identificação e tratamento mais desenvolvido na prática negocial e jurisprudência norte-americana, estas cláusulas são conhecidas e habitualmente designadas pela expressão anglófona «pay-if-paid» (pago se receber o pagamento) ou «pay-when-paid» (pago quando for pago ou depois de ser pago). O pagamento pelo dono da obra é erigido em *condition precedent* do dever de pagamento ao subempreiteiro ou definido como momento antes do qual o pagamento não pode ser exigido pelo subempreiteiro<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Exemplifica-se: «o pagamento ao subcontraente por execução satisfatória da sua prestação deve ser efetuado no máximo sete dias depois de o dono da obra ter pagado ao contraente principal». Estas convenções de pagamento «se e quando» aparecem frequentemente

Além dos contratos de empreitada, a previsão convencional «if and when» tem revelado a sua utilidade, sendo feita constar de outras modalidades contratuais como os contratos de intermediação desportiva ou agenciamento de negócios em geral, nos contratos de prestação de obra intelectual (em que o evento condicionante pode não ser o pagamento por um terceiro, mas sim a obtenção de financiamento para a realização de uma obra, ou a aprovação ou adjudicação de uma obra) ou mesmo em contratos de fornecimento.

A inserção destas cláusulas em modalidades negociais tipicamente onerosas introduz um elemento de perturbação na estrutura da *factispecies* legal, visto que uma das prestações, a prestação de *facere*, deve ser imediatamente realizada, mas, segundo a previsão contratual, poderá não ser retribuída quando não ocorra o evento a que se subordina o pagamento da contraprestação. O contrato é previsto e querido pelas partes como oneroso, fixando-se que a uma prestação corresponde o pagamento de uma contraprestação de valor equivalente. Porém, introduz-se o risco de não se obter ou de se atrasar o pagamento da contraprestação. Insere-se portanto no contrato um elemento de álea, mas sem que a intenção das partes seja exatamente a de configurarem um negócio aleatório. Trata-se de contratos onerosos e comutativos, em que a incerteza na obtenção da contraprestação torna mais adequado o recurso à classificação proposta por Ugo Salanitro de «contratos onerosos com prestação incerta»<sup>2</sup>.

As cláusulas «if and when» introduzem uma modificação estrutural no quadro de *factispecies* tipicamente onerosas, convocando a consideração de conceitos normativos como álea, termo e condição, cuja adequação e relevância para deduzir o regime aplicável melhor procuramos esclarecer nos pontos seguintes.

---

incluídas em cláusulas de alcance mais geral em que o subempreiteiro assume e adquire, respetivamente, todas as obrigações, riscos e direitos do contrato principal (contrato de empreitada de base), ficando o subempreiteiro colocado em situação idêntica à que liga o empreiteiro ao dono da obra (ou contraente principal) e que são designadas cláusulas «back-to-back». Sobre estas cláusulas, de conteúdo variável, consoante o exercício da liberdade contratual, pode ver-se, entre nós, SILVA (2022), pp. 116 e ss.

<sup>2</sup> SALANITRO (2003), pp. 1 e ss.

## 2. A incerteza do pagamento da retribuição não configura um negócio aleatório

Nas hipóteses negociais em que o pagamento da contraprestação fica subordinado ao cumprimento de um terceiro ou à verificação de um evento indispensável para assegurar a utilidade do negócio, julgamos não estar perante um verdadeiro negócio aleatório. Está presente um elemento de incerteza ou de álea - posto que se incorpore o risco da falta de pagamento do correspondente -, mas sem que a causa-função corresponda integralmente à de um genuíno negócio aleatório, em que a álea constitui elemento essencial do negócio, que qualifica o esquema causal, e em que as partes se subordinam ao jogo do acaso ou da sorte. Nos negócios aleatórios, incorpora-se uma chance de perder, mas também uma chance de ganhar. Diversamente, nas hipóteses consideradas, há apenas a possibilidade de perda, de não obtenção do correspondente da prestação já realizada, que pode nem ser calculado em montante superior ao valor da prestação de modo a acomodar o risco da perda<sup>3</sup>. Nos contratos aleatórios seria incerta a vantagem, mas não a eficácia (ou a exigibilidade) da obrigação. Nos designados contratos onerosos com prestação incerta não se confia ao acaso ou à sorte a definição do montante da contraprestação, o que há é uma partilha do risco da falta de cumprimento de um terceiro entre contraente geral e subcontraente (ou uma transferência desse risco do primeiro para o segundo).

O ordenamento jurídico português não contempla em secção especial a categoria de negócios aleatórios a que faça associar certas consequências normativas, limitando-se no âmbito do regime da compra e venda a presumir o carácter aleatório da venda de bens de

---

<sup>3</sup> No sentido de que não estamos nestas hipóteses (em que o contraente que realiza a sua prestação incorre no risco de não ser pago, mas não tem uma possibilidade efetiva de ganhar ou perder, pois não tem a chance de ganhar mais do que o preço acordado) perante um negócio aleatório, ver MILHAC (2001), p. 171. Igualmente SALANITRO (2003), pp. 81 e ss., identifica diferença substancial entre os contratos onerosos com prestação incerta e as hipóteses aleatórias consideradas no *Codice Civile* por estar ausente dos primeiros uma remuneração do risco.

existência ou titularidade incerta (art. 881.º CC) ou a definir a consequência correspondente à atribuição de carácter aleatório à venda de bens futuros, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes (art. 880.º, n.º 2, CC)<sup>4</sup>. Quanto ao contrato de jogo e aposta, de típica índole aleatória, o legislador restringe-o ao alcance de uma obrigação natural, e limitadamente aos casos em que seja lícito (art. 1245.º), com a ressalva das hipóteses constantes de legislação especial. A delimitação de uma classe de negócios aleatórios e de eventuais soluções de regime cabe, pois, à doutrina que, porventura em resultado da falta de previsão legislativa, não lhe concede particular atenção. De um modo geral, a doutrina portuguesa aflora a classe dos contratos aleatórios como subespécie dos negócios onerosos, que se caracteriza pelo facto de uma ou ambas assumirem voluntariamente o risco do desequilíbrio ou perda patrimonial. Assume-se o risco ou incerteza de a prestação não se realizar ou de, realizando-se, constituir uma perda patrimonial<sup>5</sup>.

A recondução dos designados contratos onerosos com prestação incerta à categoria dos negócios aleatórios não traz, portanto, contributo normativo útil, visto que não lhe estão, entre nós, associadas consequências jurídicas relevantes. Identificar os elementos presentes

---

<sup>4</sup> O Código Civil de 1867 continha uma definição de contrato aleatório, de teor razoavelmente amplo - «é contrato aleatório aquele pelo qual uma pessoa se obriga para com outra ou ambas se obrigam reciprocamente a prestar ou fazer certa coisa dado certo facto futuro e incerto» -, no art. 1537.º, primeira norma do capítulo VII, o capítulo dedicado aos contratos aleatórios, integrado no título II - «Dos contratos em particular». O legislador oitocentista contemplava ainda, especialmente, os contratos de risco ou de seguro e os contratos de jogo e aposta. No presente Código Civil, manteve-se apenas a solução normativa especialmente destinada ao jogo e aposta, tendo a categoria de contrato aleatório perdido uma previsão autonomizada. O modelo negocial que consideramos neste texto caberia na hipótese legal do art. 1538.º do nosso primeiro Código Civil dada a formulação ampla que escolhia para designar os contratos ditos «de risco ou de seguro»: «se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes, e a outra é obrigada a prestar ou fazer alguma coisa em retribuição, dado um determinado evento incerto».

<sup>5</sup> Cfr. HÖRSTER / SILVA (2019), pp. 471-472; FERNANDES (2010), pp. 85-86; CORDEIRO (2014), pp. 111-112; VASCONCELOS / VASCONCELOS (2019), p. 453; LEITÃO (2018a), pp. 202-203.

e perceber qual o alcance assumido pela álea na modalidade negocial sob análise é, todavia, relevante para melhor apreender a sua estrutura jurídica e assim discernir os respetivos limites de validade e os conjuntos normativos potencialmente aplicáveis. Como dissemos, julgamos não estar perante um negócio aleatório, a despeito da presença de um elemento de álea correspondente à incerteza do pagamento da contraprestação. Em sentido jurídico, as palavras álea e risco não são coincidentes, embora se reportem a uma mesma ideia de incerteza: o risco corresponderia a uma expressão negativa dessa situação de incerteza, ao «perigo de um mal»; a álea exprimiria a incerteza da vantagem patrimonial, uma chance de ganhar ou perder definida pelo acaso<sup>6</sup>. Do que se trata, nos contratos onerosos com prestação incerta, é de acautelar o risco da falta de cumprimento ou mora de terceiro, ou da falta de fundos, porventura da falta de utilidade de uma prestação, que o devedor transfere (total ou parcialmente) para a contraparte. No momento da celebração do contrato, a vantagem patrimonial é conhecida e está fixada, não depende da sorte ou do azar. A partilha do risco altera a estrutura do típico sinalagma comutativo, mas não dá origem a um negócio aleatório.

### **3. O termo de cumprimento e a falta de verificação do evento tido como certo**

Nas hipóteses em que o pagamento do correspondente está associado a um elemento temporal, ainda que seja incerto o momento da sua verificação (por exemplo: o pagamento ao subempreiteiro será feito trinta dias depois da emissão do recibo de pagamento pelo dono da obra; ou a entrega da contrapartida será feita 5 dias úteis depois de obtido o pagamento de certo terceiro; ou o pagamento dos honorários realizar-se-á assim que seja aprovado o financiamento do projeto), dir-se-ia que as partes quiseram acordar um termo. Este conceito normativo (previsto no art. 278.º do nosso Código Civil) corresponde a uma cláusula que

---

<sup>6</sup> Consultar, nomeadamente, GIOVANNI DI GOANDOMENICO, 1987, pp. 50 e ss. e GIUSEPPINA CAPALDO, 2004, p. 11

subordina os efeitos da declaração jurídico-negocial a um evento futuro, mas de verificação certa. Não se duvida da existência da obrigação, que as partes querem incondicionalmente assumir, apenas se subordina a realização da prestação a um evento que ocorrerá em momento ulterior ainda que possa não ser certo o tempo dessa ocorrência (*certus an, incertus quando*). Nas ditas cláusulas «pay-when-paid», a intenção das partes não é a de deslocar o risco do incumprimento ou da insolvência do terceiro definitivamente para a esfera do subcontraente, sendo o evento futuro deduzido como certo.

A inserção destas cláusulas em contratos tipicamente comutativos não ofereceria, à partida, dificuldades de monta, posto que, tratar-se-ia simplesmente de diferir para um momento futuro, dotado de incerteza apenas no seu «quando», o pagamento do correspondente, de cuja exigibilidade não se duvidaria. O problema suscita-se, porém, naqueles casos em que o evento – tomado pelas partes como de verificação certa – não vem afinal a ocorrer. Ao contrário do programa contratual, o projeto não é aprovado, o dono da obra torna-se insolvente ou o comitente principal recusa efetuar o pagamento. Revelando-se enfim o evento de verificação incerta, deveríamos considerar o regime da condição e entender que a obrigação de pagamento é ineficaz visto que o evento condicionante não ocorreu?

Será necessário discernir devidamente a intenção contratual, sem nos atermos simplesmente às expressões literais – «quando» ou «se» – utilizadas, e consultando todos os elementos hermenêuticos disponíveis (o texto do contrato, correspondência trocada e atas de reuniões), fixar o sentido objetivo da declaração jurídico-negocial, conforme o critério geral do art. 236.º CC. Se os contraentes tomaram como certa a realização do evento dependente de terceiro, desconhecendo unicamente quando esse evento ocorreria, a sua vontade não terá sido a de erigir uma condição e acolher o respetivo regime. Em contrapartida, se a previsão contratual incorpora o risco da não verificação do evento, a cláusula já não poderia qualificar-se como termo e teria de ser qualificada como condição.

Note-se que há uma tendência para privilegiar a interpretação destas cláusulas como termo, com recurso a integração judiciária de um tempo de cumprimento final (que, no nosso ordenamento jurídico, encontra apoio legal explícito no art. 777.º, n.º 2, CC), por se entender

desequilibrado que se torne aleatório o pagamento num contrato comutativo<sup>7/8</sup>. Sendo assim, decorrido um período dentro do qual teria sido razoável a ocorrência do evento, o pagamento seria devido. Nas hipóteses em que o pagamento ou financiamento de terceiro seja apresentado como necessário para possibilitar o cumprimento, ainda se poderia considerar que as partes teriam convencionado uma cláusula *cum potuerit* em que o pagamento do corresponsável depende da possibilidade de cumprimento do devedor (art. 778.º CC). Neste tipo de cláusulas, que correspondem a um termo incerto<sup>9</sup>, o cumprimento da obrigação é exigível quando o credor logre provar que o devedor dispõe dos meios necessários para o cumprimento<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> A jurisprudência norte-americana fornece vários exemplos desta tendência hermenêutica, considerando que decorrido um tempo razoável é devido o pagamento pelo contraente geral ao subcontraente, ainda que na cláusula se inclua a expressão «condition precedent», sempre que: a previsão contratual não seja por algum motivo suficientemente clara e, nomeadamente, não inclua de forma precisa a intenção de se transferir o risco da insolvência do dono da obra para o subcontraente; o resultado de tornar incerto o pagamento não seja consolidado por outra cláusula contratual; o pagamento ainda seja possível, recaindo sobre o contraente geral (empreiteiro) o ónus de provar que não conseguiu obter o pagamento junto do dono da obra e que a falta de pagamento não lhe é imputável. Todavia, há decisões em que o emprego da expressão «condition precedent» basta para se considerar que a falta de pagamento pelo dono da obra é suficiente para recusar o pagamento ao subempreiteiro. Assim foi decidido pelo Superior Tribunal do Connecticut (*Electrical Contractors Inv., v. 50 Morgan Hospitality Group LLC*, n.º X07HHDCV186088917S, 2019 WL 2305068, de 30 abril de 2019). O «general contractor» limitara-se a demonstrar que tinha apresentado a requisição de pagamento dos materiais e serviços fornecidos pelo subcontraente ao dono da obra, o que tinha sido considerado bastante para fundar a legitimidade da recusa de pagamento ao subcontraente. Cfr. PAUL FITZGERALD (2021), pp. 28-30. A decisão foi confirmada em recurso de apelação (273 A.3d 726,211 Conn. App. 724, 12 de abril, 2022).

<sup>8</sup> Em contrapartida, a jurisprudência alemã oferece-nos um exemplo em que, apesar do emprego da expressão «wenn» (quando), se considerou que o pagamento da contraprestação ao subempreiteiro fora subordinado a uma condição suspensiva. Ver OLG Düsseldorf, Urteil, 11.10.1996 - 22 U 49/96, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1997, 4, p. 211. Diversamente, em OLG Düsseldorf, Urt. V.7.5.1999, 22U253/98, in *NJW-RR*, 1999, 19, p. 1323, o tribunal entendeu que se tratava apenas de uma prorrogação de prazo.

<sup>9</sup> Cfr. a nossa AFONSO (2014), p. 157.

<sup>10</sup> No Ac. STJ de 14.03.2024 (proc. 1518/14.3T8LSB.L1.S1), qualificou-se a cláusula nos termos da qual a devedora só teria de cumprir a sua obrigação de pagamento «desde que lhe tivessem sido facultados pelo Estado os meios financeiros necessários», «sendo as faturas pagas sempre que possível no prazo de trinta dias», como cláusula *cum potuerit* que definia

A interpretação do contrato - mesmo quando se esteja perante um negócio oneroso para o qual se deve em caso de dúvida fixar o sentido que melhor conduza a um equilíbrio das prestações seguindo a orientação normativa do art. 237.º CC - não tem por objetivo repor um equilíbrio negocial que se considere perturbado, não podendo o juiz substituir a sua decisão de justiça ao exercício da liberdade contratual. Em casos graves, há outros institutos adequados para o efeito<sup>11</sup>. Todavia, a preponderância para se qualificar uma cláusula do tipo das que estamos a analisar (em que subordine o pagamento do correspondente ao cumprimento da prestação assumida por terceiro ou a uma aprovação de um terceiro) como termo encontra, entre nós, apoio no princípio sistémico de conservação dos negócios jurídicos (conforme sustenta Manuel de Andrade<sup>12</sup>) e, sobretudo, arrima-se na sua melhor adequação à índole de contrato comutativo, buscando-se a interpretação mais conforme à natureza do contrato<sup>13</sup>. Consequentemente, só deveria considerar-se que

---

um prazo em função da possibilidade do devedor. O Tribunal concluiu que o credor tinha o direito de exigir o cumprimento posto ter-se demonstrado que o devedor dispunha dos meios necessários.

<sup>11</sup> Conforme sublinha DUARTE (2016), p. 57: «a regra sobre a prevalência do sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações no caso de dúvidas sobre o sentido de um contrato oneroso é isso mesmo: uma regra sobre a superação de dúvidas - e não uma regra que permita ao tribunal equilibrar contratos que tenha por desequilibrados». Todavia, como devidamente sublinham VASCONCELOS / VASCONCELOS (2019), pp. 553-555, o critério de superação de dúvidas que é perfeitamente razoável quando se esteja perante negócios «perfeitamente gratuitos» ou «perfeitamente onerosos» deixa, na sua letra, por resolver todos os casos intermédios de contratos menos típicos, como os contratos de cooperação, aleatórios, ou - acrescentamos nós - de prestação incerta. Para VASCONCELOS / VASCONCELOS, *ibidem*, no seu espírito, o sentido do art. 237.º é o de recorrer à equidade.

<sup>12</sup> (1987), p. 385.

<sup>13</sup> O tipo contratual, os interesses que neste se jogam e a finalidade prosseguida pelas partes são elementos a atender na fixação do alcance da vontade jurídico-negocial. A declaração negocial não pode ser considerada fora do contexto negocial em que se insere. A necessidade de discernir o sentido juridicamente relevante do complexo regulativo como um todo é, aliás, um dos aspetos destacados pela doutrina no desempenho da tarefa hermenêutica do negócio jurídico. Conforme melhor esclarece ALMEIDA (1992), p. 198, a interpretação incide sobre o enunciado que forma o texto, com recurso a todos os elementos que formam o contexto, na sua mais ampla dimensão; o contexto inclui tanto factores de índole objetiva como de índole subjetiva (e entre estes, o critério de normalidade para o declaratório e de razoabilidade para o declarante), pp. 189-190. Dispensa-se, todavia, e segundo conclui PAULO MOTA PINTO (1995), p. 220, a indagação e verificação de elementos subjetivos como a vontade

estamos perante uma condição - cuja falta de verificação acarreta a ineficácia da obrigação, ou seja, a inexigibilidade do pagamento do preço - quando resulte de forma inequívoca a vontade contratual de inserir a incerteza no pagamento do corresponsivo.

Na verdade, nas hipóteses em que as partes tomam como certa a futura ocorrência de um evento que não se verifica, não estamos rigorosamente nem perante um termo (revela-se a incerteza objetiva do evento), nem perante uma condição (não se quis acolher a incerteza das duas alternativas possíveis de eficácia/ineficácia da obrigação)<sup>14</sup>.

Se a fixação do sentido e alcance das declarações negociais permitir a conclusão de que as partes consideraram a eventual falta de ocorrência do comportamento do terceiro e mantêm a intenção de que a prestação seja realizada, pode entender-se que o pagamento do corresponsivo é devido, em alternativa ao momento em que teria ocorrido o evento a que se subordinou a respetiva exigibilidade, dentro do tempo em que este razoavelmente teria ocorrido. Quando não se possa detetar esta intencionalidade (a interpretação das declarações negociais não permite deduzir que se tenha levado em consideração a hipótese de o evento não se verificar), terá de se atender à lacuna contratual assim revelada, que deverá ser integrada segundo a vontade hipotética das partes ou os ditames da boa fé (conforme critérios traçados no art. 239.º CC)<sup>15</sup>. Resta

---

do declarante ou como o conhecimento do sentido que o declaratório atribui à declaração. Cfr., também, DUARTE (2016), p. 59, CORDEIRO (2014), pp. 724 e ss., e VASCONCELOS / VASCONCELOS (2019), p. 555, que convocam «as circunstâncias especiais que acompanham o contrato» e a sua «equação económica concreta»; na doutrina italiana, consultar, nomeadamente, GUIDO ALPA / MARIO BESSONE / ENZO ROPPO (1982), pp. 315 e ss. A interpretação das cláusulas no sentido que resulta do complexo do ato é critério expressamente previsto no *Codice Civile* (cfr. arts. 1362 e 1363), considerando o comportamento adotado pelas partes, também depois da conclusão do contrato. Em G. ALPA *et alii*, *ibidem*, p. 321, sublinha-se que o procedimento interpretativo deve dirigir-se à identificação da «economia do contrato», com base nas declarações das partes e todas as circunstâncias anteriores, concomitantes e sucessivas do acordo.

<sup>14</sup> Conforme também já havíamos concluído em AFONSO (2014), p. 152. Consultar, também, SALANITRO (2003), pp. 12-13.

<sup>15</sup> A aplicação do art. 239.º pressupõe a existência de uma lacuna suprível - falta uma disposição especial aplicável e também uma solução contratual - cuja superação é necessária para que o programa contratual se realize de forma adequada aos interesses em jogo. Ver MENDES / SÁ (2023), pp. 658-659.

saber como deve superar-se a omissão jurídico-negocial: qual teria sido a «vontade justa» das partes se tivessem previsto o ponto omissivo? Reconhecendo-se, porventura, a tutela contratual da frustração do interesse num projeto que afinal já não poderá ser utilizado (por exemplo, nas hipóteses em que o pagamento do correspondente foi associado ao tempo da aprovação de um projeto ou da obtenção de um financiamento frustrados), deveria integrar-se a lacuna contratual por via de uma solução equitativa de repartição dos custos ou despesas entre os contraentes? Ou deveria satisfazer-se metade da contraprestação acordada? Ou será mais consentâneo com o critério da boa fé o pagamento de todas as despesas ou da totalidade da contraprestação acordada ao subcontraente desde que este demonstre que a contraparte (por exemplo, no caso da subempreitada, o empreiteiro) tem a possibilidade de pagar<sup>16</sup>? Ugo Salanitro propõe que se integre a lacuna contratual por via da resolução do contrato e da adoção de um regime restitutivo que salvaguarde o sujeito que já realizou a sua prestação sem prejudicar a contraparte para além dos limites do enriquecimento. O Autor identifica as dificuldades advenientes de não haver qualquer enriquecimento (por falta de utilidade da prestação ou por esta ter sido entregue ao comitente principal), mas destaca, pertinentemente, que o custo da omissão jurídico-negocial deve recair sobre o sujeito em cujo interesse foi estabelecida a cláusula que dissocia o contrato celebrado do figurino comutativo típico<sup>17</sup>. Sendo diversificadas as espécies negociais que podem corresponder a contratos onerosos com prestação incerta, a melhor consideração da «lógica imanente» ao negócio poderá determinar soluções de integração distintas, desde o pagamento da totalidade da contraprestação acordada até à ausência de satisfação de uma parte apenas dos custos da prestação. A via de resolução do contrato por sobrevinda impossibilidade com dever de restituição da prestação efetuada nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa (com assento no art. 795.º, n.º 1, CC), como também não deixa de notar Salanitro, não se nos afigura a mais adequada às hipóteses que temos vindo a considerar, pois a inutilidade

---

<sup>16</sup> Recorrendo agora à solução normativa do art. 778.º, n.º 1, CC como meio de integração de lacuna do contrato e não como base de fixação do sentido e alcance da cláusula, conforme nomeado antes.

<sup>17</sup> Consultar SALANITRO (2003), pp. 64-67.

da prestação (na hipótese do projeto que não possa ser utilizado ou da prestação do subempreiteiro destinada ao dono da obra e não ao empreiteiro) obstará a um enriquecimento patrimonial ou real da contraparte em medida bastante para assegurar a recomposição justa do desequilíbrio resultante da falta de remuneração da prestação já realizada e sem utilidade para qualquer das partes; ou seja, a resolução do contrato não permite ao credor manter ou reaver a sua prestação material, nem, em princípio, obtém a devida recomposição patrimonial por falta do correspondente enriquecimento do devedor.

À parte este grupo de hipóteses que vimos de expor (em que o condicionamento não é formulado de modo inequívoco nem também se pode deduzir a assunção do dever de efetuar o pagamento dentro do tempo em que razoavelmente se tivesse verificado o evento de referência) e que colocam especiais dificuldades de interpretação e de integração da vontade jurídica negocial, podemos considerar dois modelos distintos de cláusulas em que se faz depender o pagamento de correspetivo do cumprimento ou financiamento (eventualmente aprovação) de um terceiro: aqueles em que o evento é deduzido como certo e aqueles em que as partes dão relevância à incerteza. No primeiro modelo, as partes não querem transferir definitivamente o risco do incumprimento ou da insolvência do terceiro para o subcontraente (ou contraparte, em geral). Estas cláusulas devem ser qualificadas como «termo» e não como «condição». A certeza da verificação do evento faz parte da previsão contratual, o evento é uma mera questão temporal. E assim, o pagamento deve ser efetuado independentemente de não se verificar o evento a que estava subordinado, logo que tenha decorrido um período de tempo razoável para a respetiva verificação. No segundo modelo - que não há, em princípio e em geral, razão para excluir -, as partes consideram claramente a incerteza do evento de referência ao qual subordinam o pagamento do correspetivo<sup>18</sup>. Este segundo modelo suscita dúvidas relevantes sobre a qualificação da cláusula e as suas consequências regulatórias - é mesmo de uma condição em sentido técnico rigoroso que se trata e que

---

<sup>18</sup> Por exemplo, o clausulado contratual que contenha, a par da indicação que o pagamento será feito «se e quando» o financiamento for obtido, a renúncia do credor a quaisquer honorários pela elaboração do projeto.

contributo útil pode ser retirado do regime próprio - e sobre os respetivos limites de admissibilidade, que iremos considerar nos pontos seguintes.

#### 4. A subordinação da contraprestação a um evento incerto. A utilidade do regime da condição

Não havendo, como já dissemos, razão para vedar, em princípio e à partida, o condicionamento do corresponsivo pecuniário a um evento de verificação incerta, suscitam-se algumas dúvidas, conceptuais e de regime, a este propósito. A primeira dificuldade é a de precisar se estamos verdadeiramente em face de uma condição no seu sentido técnico preciso dos arts. 270.º e ss. do Código Civil. Admitindo-se que a condição não tenha necessariamente de abranger todo o negócio jurídico, com efeito suspensivo ou resolutivo de eficácia do contrato integral, a doutrina da especialidade sustenta, recorrentemente, que teria de dizer respeito a uma parte do contrato com autonomia funcional. Assim sendo, não poderia deixar-se em suspenso ou resolver-se apenas a eficácia de uma prestação não podendo, em sentido preciso, identificar-se como condição a cláusula em que a suspensão dos efeitos se refira apenas à contraprestação<sup>19</sup>. Referindo-se precisamente às hipóteses de subempreitadas com pagamento condicionado ao cumprimento de terceiro, Maria Costanza recusa que estejamos perante uma condição em sentido próprio posto que o evento condicional (o cumprimento por um terceiro) interfere não com a eficácia do negócio, mas sim com a exigibilidade de uma prestação<sup>20</sup>.

Não sendo condição (por não caber neste conceito a cláusula que faça depender de evento futuro e incerto apenas os efeitos da contraprestação), poderia o regime jurídico-civil do negócio jurídico condicional ser aplicado analogicamente ao contrato oneroso com contraprestação incerta? Mais precisamente, poder-se-á aplicar a regra da ficção de verificação da condição (art. 275.º, n.º 2, CC) que reconhece ao contraente prejudicado uma espécie de tutela em forma específica da sua

---

<sup>19</sup> Isto mesmo é notado por SALANITRO (2003), pp. 99-100, que evidencia o desfasamento entre a cláusula em apreço e o conceito de condição consolidado na cultura jurídica italiana (à sombra da obra de referência de Angelo Falzea), e acolhido nos arts. 1353 e ss. do *Codice Civile*.

<sup>20</sup> COSTANZA (1994), pp. 95-96.

expectativa, quando a contraparte altere injustificadamente o grau de incerteza assumido ao tempo da assunção do vínculo obrigacional? A aplicação desta regra aos contratos onerosos com prestação incerta permitiria reequilibrar a posição do contraente que, tendo já cumprido a sua prestação, não ficasse inteiramente exposto ao risco dos comportamentos da contraparte que pudessem frustrar ou obviar ao preenchimento do evento condicionante da obtenção do corresponsivo<sup>21</sup>.

Sem dúvida que a parte cuja prestação ficou subordinada à verificação do evento incerto tem de atuar diligentemente para salvaguardar os interesses da contraparte, estando, de um modo geral, adstrita à obrigação de cumprir todos os atos instrumentais necessários à verificação do evento incerto, que lhe sejam remetidos, conforme finalidade do programa contratual. Concretamente, na hipótese de ter sido aposta cláusula «if and when» no contrato de subempreitada, tem-se entendido que o empreiteiro assume um dever de agir com diligência na representação dos interesses do subempreiteiro em confronto com o dono da obra, não podendo, por exemplo, celebrar um acordo de transação com o dono da obra que lhe permita receber apenas parte da prestação, dispensando-se com esse fundamento a satisfazer ao subempreiteiro a parte que lhe seja devida<sup>22</sup>. Estes deveres do contraente «intermediário» perante o subcontraente ou, em geral, de uma parte no contrato perante a outra resultam natural e necessariamente do programa contratual, podendo fundar-se, se não na melhor interpretação do clausulado contratual (como se nos afigura mais correto, posto tratar-se de deveres instrumentais da prestação principal e não, rigorosamente, de deveres acessórios), na adstrição a proceder segundo os ditames da boa fé,

---

<sup>21</sup> Para SALANITRO (2003), pp. 111 e ss., justifica-se até em maior medida a aplicação da regra correspondente do art. 1359 do Código Civil italiano («[l]a condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa») aos contratos onerosos com prestação incerta pois permite acautelar de modo eficiente o direito à obtenção do corresponsivo à parte que cumpre antecipadamente. Segundo o Autor, se nos negócios condicionados a falta de verificação da condição tem por efeito a repristinação da situação jurídica originária entre as partes, isso não sucederia nos contratos sob análise. Na Anotação ao Acórdão do Tribunal de Cassação Civil, de 19.09.2005, SALANITRO (2006), pp. 421 e ss., o Autor duvida da qualificação da *factispecies* como condição, mas sustenta a aplicabilidade dos arts. 1358 e 1359 do Código Civil italiano, relativos ao regime da condição.

<sup>22</sup> Cfr. SALANITRO (2003), pp. 91 e ss.

conforme consagrado no art. 762.º, n.º 2, CC. Definida a existência da obrigação de diligenciar para salvaguarda dos interesses da contraparte, o acionamento dos mecanismos de reação ao incumprimento, caso a parte vinculada sob condicionamento infrinja a obrigação, permite colocar a contraparte em situação idêntica à que resultaria de se ter por verificada a condição na medida em que a indemnização compensatória a reclamar corresponda ao valor da prestação de *facere* já realizada. Ficcional a verificação da condição constituirá talvez solução normativa mais eficiente para tutela do interesse em receber o pagamento do correspondente, dada a automaticidade da consequência sem necessidade de fazer demonstração dos prejuízos sofridos e do nexos causal com o ilícito cometido (violação dos deveres de diligenciar para obter o pagamento/financiamento/aprovação de terceiro); terá o credor, não obstante, de fazer prova do comportamento adverso à verificação da condição<sup>23</sup>. Parece-nos, todavia, que a via ressarcitória do ilícito contratual permite nestas hipóteses salvaguardar identicamente a realização do interesse específico do credor dado que lhe permite receber o valor da contraprestação (colocando-o na situação em que estaria se o evento ilícito não se tivesse verificado, art. 562.º CC). A aplicação do regime da condição não se nos oferece, neste tipo de hipóteses, como solução diferencialmente mais apta a realizar o interesse do credor, cuja satisfação se traduzirá, tipicamente, em receber o pagamento acordado.

A questão de saber se as hipóteses negociais em que é incerto o pagamento do correspondente se reconduzem ou não ao domínio de sentido do instituto da condição não se nos afigura simples, nem destituída de melindre. Ainda que o art. 270.º se refira literalmente à produção ou à resolução dos efeitos do «negócio jurídico», nada obsta a que apenas a eficácia de uma parte e até de uma parte acessória ou não essencial do negócio jurídico fique subordinada a condição. Mais difícil é discernir se deve, com proveito, considerar-se que apenas os efeitos de uma das declarações de um negócio jurídico bilateral – e portanto de uma parte

---

<sup>23</sup> Conforme melhor esclarecemos em AFONSO (2014), pp. 366-367, o contraente «fiel» deve provar a interferência da contraparte no curso do evento condicionante, que esta interferência configura atuação contrária às regras da boa fé, e que é causalmente apta a perturbar de modo determinante – «impedir» ou «provocar» são as expressões literais empregadas no n.º 2 do art. 275.º CC, que abrangem igualmente comportamentos positivos ou omissivos – o processo de preenchimento da condição.

não autonomizada do negócio - se subordinem a condição (na aceção técnico-jurídica precisa dos arts. 270.º e ss.). A subsecção VII (arts. 270.º a 279.º CC), relativa à condição, até se insere em secção respeitante à declaração negocial (a I do capítulo do negócio jurídico, por sua vez, integrado no subtítulo III - Dos factos jurídicos), mas sabemos que a perspetiva «atomista» escolhida pelo legislador para estruturar o regime do negócio jurídico não deixa de colocar dificuldades ao jurista quando pretende uma consideração unitária do contrato, revelando-se menos adequada. Os elementos literal e sistemático são, pois, a este respeito, insuficientes e inconclusivos.

De um modo geral, parece-nos que as modalidades negociais em que apenas uma de duas prestações corresponsivas fica dependente da verificação de um evento incerto não se reconduzem integralmente à esfera de sentido própria do instituto condicional. Subordinar uma das prestações à verificação de um evento incerto perturba o funcionamento do esquema sinalagmático de modo não consentâneo com a estrutura típica, os interesses e a função útil do instituto da condição.

Considerando a concreta hipótese aventada de contrato de subempreitada com pagamento subordinado ao cumprimento do comitente principal ou dono da obra, parece-nos que não há rigorosamente pendência da regulamentação contratual ou eficácia suspensa com a função de assegurar a atualidade dos interesses individuais ou a superveniente inutilidade das prestações convencionadas. A vontade das partes é a de que os efeitos jurídico-negociais se produzam imediatamente, dando-se início à execução do programa contratual, simplesmente o pagamento da contrapartida fica sujeita a um requisito especial de exigibilidade, com o que se transfere (ou partilha) o risco da falta de pagamento para (com) a contraparte. Não se trata, rigorosamente, de se ajustar as intenções negociais de modo a prevenir o risco de a não ocorrência (ou ocorrência) de um evento esvaziar o interesse na conclusão do contrato. Do que se trata é de dar início à produção dos efeitos jurídico-negociais que incluem a deslocação do risco de cumprimento, com alteração do sinalagma típico da subempreitada. O subempreiteiro realiza imediatamente a prestação material de fazer e o empreiteiro executará igualmente a sua parte do programa contratual, coordenando, dirigindo ou efetuando os trabalhos de construção. O risco da falta de pagamento de terceiro é que não onera (ou não onera integralmente) a esfera jurídica do empreiteiro, posto que

as partes subordinam a exigibilidade do pagamento da contraprestação a esse requisito especial de cumprimento pelo terceiro<sup>24</sup>.

Na hipótese de prestação de obra intelectual subordinada à aprovação de projeto, entra em liça a necessidade ou o interesse em acautelar a utilidade superveniente da prestação, porquanto, na falta de permissão administrativa (ou seleção em concurso), o projeto não pode ser desenvolvido e a obra intelectual não serve fim útil. Todavia, também aqui, parece-nos que não se tratará de negócio jurídico ou de declaração negocial sob condição. A obra intelectual será mais um dos elementos de uma candidatura à realização de um empreendimento, tendo as partes procurado concertar ou ajustar o exercício das respectivas atividades à consecução de um objetivo comum. O contrato ter-se-ia deslocado da categoria dos negócios comutativos em direção à categoria dos negócios de cooperação, tendo-se deformado o típico sinalagma e constituído uma hipótese atípica.

Pensamos, em suma, que as hipóteses aventadas não se inscrevem na esfera de sentido própria do instituto condicional. É verdade que qualificar a declaração negocial de pagamento de corresponsivo, subordinadamente à ocorrência de evento de verificação incerta, depende da maior ou menor flexibilidade com que se eleja considerar o conceito normativo condição. Da nossa parte, continuamos a sustentar um conceito mais rigoroso e depurado, que melhor nos permite identificar o núcleo central típico do instituto e mais firmemente caminhar para a periferia, e assim melhor apreender as hipóteses marginais e ponderar soluções normativas que não descurem essa especificidade. Parece-nos que o regime da condição não fornece soluções normativas mais justas e adequadas aos contratos onerosos com prestação incerta do que aquelas que compõem o regime do cumprimento e não cumprimento das obrigações.

---

<sup>24</sup> Tal como indicamos em AFONSO (2014), p. 89, na linha da lição oferecida por ALMEIDA (1992), p. 354, ainda que possa parecer mera diversidade semântica há, na verdade, diferença lógica entre dizer-se «A só promete que... se...» e «A promete que... só se...»: no primeiro caso trata-se de condição; no segundo, a promessa é eficaz, mas a sua realização depende da verificação de determinado evento.

## 5. Os limites à autonomia privada na previsão convencional de prestação incerta

A espécie de cláusula negocial a que temos vindo a referir-nos é, frequentemente, encarada com desconfiança, colocando-se amiúde dúvidas sobre a respetiva validade, na medida em que é potencialmente prejudicial ao interesse económico de uma das partes, introduzindo um fator de desequilíbrio no contrato. Alguns Estados norte-americanos publicaram normas que excluem a admissibilidade de cláusulas «pay-if-paid» nos contratos de subempreitada<sup>25</sup>. Certa doutrina italiana (secundada pela jurisprudência) considera que a assunção da incerteza resultante da qualificação da cláusula como condição acarretaria a nulidade do contrato por falta de causa<sup>26</sup>. Podemos admitir o exercício da autonomia privada que transforme um modelo contratual tipicamente dotado de natureza comutativa numa espécie negocial em que o pagamento da contraprestação fica sujeito à incerteza do cumprimento de terceiro? Deve reconhecer-se tutela jurídica a contratos em que a álea tem feição unilateral, recaindo apenas sobre uma das partes, e não sendo reequilibrada por um corresponsivo específico?

---

<sup>25</sup> Esses Estados são atualmente: Califórnia, Nova Iorque, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Wisconsin. Nestes Estados entendeu-se que o benefício público de proteger os parceiros contratuais mais débeis («lower-tier») ultrapassa o interesse da preservação da liberdade contratual na deslocação do risco da falta de pagamento para o subcontraente. Cfr. D'ARCY / ROBINSON (2025), pp. 48-53.

<sup>26</sup> Cfr. as decisões arbitrais citadas e considerações tecidas em SALANITRO (2003), p. 120. Em contrapartida, em 19.09.2005 (em momento ulterior à publicação da obra de Salanitro), o Tribunal de Cassação Civil italiano proferiu uma decisão em que considera válida a cláusula de um contrato de obra intelectual por cuja via o pagamento dos honorários ao projetista ficava subordinado à obtenção do financiamento necessário para a realização da obra. O Tribunal sustentou, nomeadamente, que a onerosidade constitui um elemento natural, mas não essencial dos contratos de prestação de obra intelectual, podendo as partes, quer excluir o direito ao pagamento, quer subordiná-lo à verificação de uma condição. O profissional não estaria sequer impedido de prestar a sua atividade a título gratuito. No caso *sub iudicio*, as partes não teriam querido, todavia, celebrar um negócio gratuito, mas sim um negócio oneroso, a que fora introduzido um elemento adicional que subordinara o pagamento da contrapartida a um evento futuro e incerto. A validade da cláusula fora questionada, não só por desnaturar a causa da prestação como também por violar os limites imperativos das tarifas profissionais. A sentença está publicada em *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, 1.<sup>a</sup> parte, pp. 410 e ss., e vai anotada por SALANITRO (2006), pp. 421 e ss.

Embora nos pareça que não há razão para vedar, de um modo geral, e por princípio - já o dissemos - a admissibilidade da cláusula que dota de incerteza o pagamento da contraprestação, nem, tão-pouco, para forçar a qualificação da dita cláusula como termo de cumprimento, importa ponderar que soluções de tutela podem ou devem associar-se à assinalada previsão convencional e quais os limites da sua validade no nosso ordenamento jurídico.

Quando a cláusula de contraprestação incerta seja inserida em contrato de adesão (em que a parte afetada pela incerteza não tenha podido influir na modelação do regime de pagamento da contraprestação)<sup>27</sup>, o controlo geral do conteúdo do contrato segundo o critério da «boa fé» poderá colocar obstáculo à sua admissibilidade (cfr. arts. 15.º e 16.º LCCG), na medida em que se considere que a transferência do risco da impossibilidade de prestar (por incumprimento de terceiro) ou de inutilidade da prestação (por falta de aprovação de um projeto) introduz um desequilíbrio injusto ou desproporcionado no contrato<sup>28</sup>. Suporte legal mais específico pode encontrar-se nas alíneas f) e g) do art. 18.º LCCG que proíbem, em absoluto, as cláusulas contratuais gerais que, respetivamente, excluam a exceção de não cumprimento ou excluam ou limitem o direito de retenção<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. art. 1.º, n.º 1 e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais - LCCG).

<sup>28</sup> Encaram com cepticismo este crivo do controlo do conteúdo do contrato, na doutrina portuguesa, Oliveira Ascensão e Ana Prata. Cfr. ASCENSÃO (2000), pp. 585-591, e PRATA (2010), p. 328. A doutrina alemã, no que é seguida pela jurisprudência, sustenta que as cláusulas de pagamento condicionado nos contratos de subempreitada são inválidas à luz do disposto, nomeadamente, no § 307 (2) do BGB, posto que restringe direitos ou deveres fundamentais que resultam da natureza do contrato. Sobre a utilização de cláusulas de pagamento condicionado à luz do regime das cláusulas contratuais gerais na Alemanha, pode consultar-se LANGER (2004), pp. 86-90.

<sup>29</sup> Sem querer entrar na discussão sobre se se trata de recurso ao mecanismo da exceção de não cumprimento ou exercício de direito de retenção quando o empreiteiro recusa a entrega da obra como meio de autotutela dos seus direitos contratuais, o que se pretende indicar é que subordinar o pagamento ao cumprimento de terceiro é suscetível de obstar à possibilidade de recurso a tal mecanismo de defesa do credor, posto que tenha de cumprir antes de poder exigir o pagamento. Naturalmente que, ficando salvaguardado o recurso à exceção de não cumprimento ou exercício do direito de retenção, soçobra o indicado suporte legal de proibição da cláusula contratual geral de pagamento incerto. Conforme nota PRATA (2010), p. 397, quando o objeto da convenção não seja exatamente o de afastar a invocação da *exceptio*, mas

Em contrapartida, nos contratos individualmente negociados, não encontramos impedimentos de índole geral à admissibilidade de aposição de cláusula «if and when» posto que não se reconhece ao juiz o poder de sindicância do equilíbrio ou ajustamento do conteúdo das prestações. Existe, sim, limite de índole especial à fixação das consequências da incerteza (e da demora) do cumprimento de terceiro no âmbito do regime de um tipo contratual normativo - o contrato de agência. Conforme atualmente previsto no art. 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 178/86 (na redação resultante das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 118/93), não pode ser derogado o direito do agente ao pagamento da comissão quando o terceiro cumpra ou devesse ter cumprido o contrato celebrado com o principal. O risco do incumprimento do terceiro não pode ser transferido para o agente, pelo menos quando o principal tenha cumprido a sua obrigação.

Na falta de limites normativos especiais, nos contratos individualmente negociados, o risco da falta de pagamento de um terceiro ou da utilidade da prestação pode ser deslocado para a esfera da contraparte, sem que ao juiz sejam concedidos poderes para controlar o equilíbrio ou justiça do programa contratual atestando, por exemplo, que a medida da contraprestação tem um valor suficientemente elevado para acomodar o risco ou álea assumido, de modo que se adquira - a par de um risco de perder - uma chance de ganhar<sup>30</sup>. Não há, quanto a nós, base bastante para se reconhecer uma solução deste tipo como meio para limitar ou controlar a admissibilidade de cláusulas de prestação incerta.

Na verdade, nem se pode dizer que a previsão convencional de pagamento incerto corresponda necessariamente a um abuso ou aproveitamento desleal da posição de vulnerabilidade da contraparte, obtendo-se uma vantagem à custa de um sacrifício desta. Considerando o exemplo padrão de cláusula «if and when» em contrato

---

possa ter esse efeito, é necessário apreciar a inadmissibilidade do efeito dentro do quadro contratual e à luz da boa fé consagrada no art. 15.º LCCG.

<sup>30</sup> Tal como sublinha SALANITRO (2003), p. 180, se o juiz não pode declarar a nulidade de um contrato quando a contraprestação não corresponda ao valor de mercado da prestação também não poderia controlar a medida da contraprestação para garantir que tivesse em conta o valor do risco. A título exemplificativo, cfr., na jurisprudência portuguesa, o Ac. Relação do Porto, de 26.05.2025, proc. 5827/16.9T8PRT.P1, em que se afasta o pedido de revisão do preço com fundamento na desproporcionalidade de valor entre o preço e a obra.

de subempreitada, note-se que ao empobrecimento do subempreiteiro por falta de pagamento da prestação realizada corresponde igualmente uma desvantagem patrimonial do empreiteiro a quem o comitente principal não tenha pagado. Tendo celebrado diretamente o contrato com o dono da obra (possibilidade que poderia nem ser real pela reduzida dimensão e/ou invisibilidade da empresa no mercado), o subempreiteiro estaria colocado na mesma situação de falta de obtenção do pagamento em caso de insolvência, dificuldade ou impossibilidade de obtenção do pagamento junto daquele. Igualmente, o cliente do projetista não se enriquece verdadeiramente na medida em que a falta de financiamento ou obtenção de uma autorização frustra a utilidade e o proveito económico da aplicação do projeto<sup>31</sup>. Além disso, excluída a índole rigorosamente aleatória da prestação, a obra intelectual terá de ser restituída<sup>32</sup>, não se concretizando, nesta medida, a vantagem patrimonial de uma das partes à custa de um empobrecimento da outra<sup>33</sup>.

Cumprе, porém, ponderar se as medidas contra os atrasos no pagamento de transações comerciais definidas, presentemente, no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, não constituirão limite à previsão convencional de um tempo de cumprimento incerto, que se possa diferir por um período excessivo,

---

<sup>31</sup> Subordinar à obtenção de financiamento ou de alguma autorização o pagamento da contraprestação ao profissional que elaborou o projeto pode até corresponder a adstrição do projetista a uma obrigação de resultado quando o financiamento ou obtenção de autorização dependam das características técnicas do projeto. Nesta hipótese, não tendo o projetista logrado entregar uma obra suscetível de obter aprovação, considerar-se-ia que teria incorrido em incumprimento contratual (por desrespeito das regras legais ou das regras da arte). Não é, porém, esta hipótese que estamos a considerar, mas antes a de se incorporar no programa contratual um elemento de incerteza resultante da subordinação do pagamento do corresponsivo a um juízo de terceiro que inclua aspetos que escapam ao controlo do projetista.

<sup>32</sup> O dever de restituir a prestação realizada poderá ser consequência da aplicação do regime da impossibilidade sobrevinda de uma prestação nos contratos bilaterais (art. 795.º, n.º 1), mas não resulta claramente do regime da condição quando se entenda que este pode abarcar apenas uma das prestações visto que a esta se restringe o resultado de reposição da situação originária a que conduz o regime do art. 276.º CC. Naturalmente que o projetista tem direito à restituição do projeto sob pena de ocorrer um indevido enriquecimento da outra parte que o viesse a utilizar ulteriormente (ou para outra finalidade) sem pagar o corresponsivo. A solução diversa pode, eventualmente, conduzir a previsão contratual do pagamento de uma compensação a *forfait* por despesas.

<sup>33</sup> Conforme também nota SALANITRO (2003), pp. 198-200.

ou da própria incerteza do cumprimento. Tendo por objetivo proteger as pequenas e médias empresas contra atrasos no pagamento de transações comerciais suscetíveis de causar iliquidez ou entorpecer a gestão financeira e, conseqüentemente, gerarem uma crise insolvencial, a lei dos atrasos de pagamento procura assegurar a responsabilidade pela dilação por via da cobrança de juros de mora (art. 4.º DL n.º 62/2013) e proibir a definição de soluções negociais abusivas (desequilibradas ou injustas) quanto ao tempo de pagamento e à responsabilidade pela mora (art. 8.º do mesmo diploma). A inserção de cláusula «if and when» em contrato de subempreitada ou em contrato de obra intelectual [os profissionais liberais estão igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação da lei posto serem considerados empresa para este fim, cfr. art. 3.º, *d*)] está sujeita ao crivo deste diploma, e se podemos dizer, quanto à contagem dos juros de mora, que estes se referem ao vencimento da obrigação de pagamento (art. 4.º), não sendo de aplicar tais soluções antes de ocorrer o vencimento da obrigação de pagamento segundo a previsão contratual, os critérios de controlo do conteúdo de cláusulas relativas ao tempo de cumprimento e responsabilidade pela mora são um elemento de avaliação da validade das cláusulas sob análise. Julgamos, contudo, que a lei dos atrasos no pagamento de transações comerciais não constitui necessariamente obstáculo à admissibilidade das cláusulas «pay-if-paid» ou «pay-when-paid». Este entendimento não se baseia tanto no argumento literal e teleológico de que o diploma visa conter os atrasos no pagamento de obrigações vencidas ou obviar à definição de tempos de pagamento excessivos, e nas hipóteses consideradas o problema surge em fase de vida da relação contratual anterior, posto que a incerteza afete o próprio dever de pagamento, sendo indefinido o vencimento da obrigação, mas mais na consideração de que podem existir motivos atendíveis, não desconformes às boas práticas comerciais, que justifiquem a estipulação convencional de partilha do risco do pagamento<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Nas convenções «if and when», o empreiteiro não impõe ao subempreiteiro prazos de pagamento injustificadamente mais longos em relação ao tempo de pagamento que lhe é concedido, não assegura liquidez adicional a expensas do credor [cfr. considerando (28) da Diretiva 2011/7/UE]; diversamente, do que se trata é de partilhar o risco da mora ou do incumprimento do contraente principal.

Em suma, pensamos que não existe no nosso ordenamento jurídico um obstáculo de princípio à admissibilidade da cláusula de subordinação do pagamento de corresponsivo a um evento incerto, no âmbito de contratos individualmente negociados e, sobretudo, tratando-se de empresas de dimensão e poder negocial equivalentes.

Parece-nos, todavia, que existem boas razões para procurarmos reconhecer ao contraente que já tenha realizado a sua prestação (cujo sacrifício económico nunca será integralmente restituído quando lhe seja negado o valor da contraprestação), e que é colocado em posição de vulnerabilidade na execução do programa contratual, instrumentos de tutela eficientes, que lhe permitam atuar com autonomia para salvaguardar o seu interesse patrimonial. A identificação de meios de defesa que permitam ao credor da prestação incerta superar a recusa da sua contraparte no negócio, atuando diretamente contra o contraente principal, permite recuperar o equilíbrio contratual com o que fenecem as justificações apresentadas para negar a validade do contrato com prestação incerta.

No nosso ordenamento jurídico não estão previstos meios especiais de defesa do subempreiteiro em relação ao dono da obra, não se reconhecendo, de forma generalizada, a ação direta do primeiro contra o segundo perante a falta de pagamento<sup>35</sup>. É, no entanto, admissível o recurso à ação sub-rogatória (art. 606.º CC), por via da qual o subempreiteiro exerce o direito de crédito que a contraparte tenha descurado<sup>36</sup>. A legitimidade do subcontraente para a ação sub-rogatória não é perturbada pela qualificação condicional do cumprimento de terceiro: o recurso à ação sub-rogatória encontra fundamento, neste contexto, no reconhecimento ao titular da expectativa do poder de adotar medidas

---

<sup>35</sup> Reconhece a possibilidade de o subempreiteiro reagir diretamente contra o dono da obra para obter o pagamento do preço, MARTINEZ (1989), pp. 176-177, e (2001), pp. 418-419. No Ac. Relação do Porto, de 27.10.2022, proc. 68766/20.2YIPRT.P1, convoca-se a lição de Pedro Romano Martinez, mas rejeita-se a admissibilidade de recurso à ação direta pelo subempreiteiro.

<sup>36</sup> Sobre os pressupostos da ação sub-rogatória ver, nomeadamente, LEITÃO (2018), pp. 65-66. Tratando-se de um meio de conservação do património do devedor de ordem geral, o credor (subempreiteiro) não terá qualquer preferência no pagamento em relação a outros credores do seu devedor.

conservatórias<sup>37</sup>. Note-se, porém, que o melhor entendimento é o de que a empreiteira não se pode eximir ao pagamento à subempreiteira, fundando-se apenas no facto de ter apresentado a fatura e não ter sido paga e até haver a possibilidade de não vir a sê-lo; é necessário que a empreiteira atue da forma que seja necessária para obter efetivamente o pagamento – se não o lograr de forma voluntária, então deve recorrer a via coerciva<sup>38</sup>.

Por outro lado, pensamos que o contraente em benefício do qual é estabelecida a incerteza no pagamento da contraprestação deve, em princípio, ficar adstrito a um dever de informação reforçado sobre a relação contratual condicionante ou sobre o processo que conduza à verificação do elemento dotado de incerteza (obtenção de aprovação ou de financiamento). Assim, por exemplo, o empreiteiro deve dar a conhecer ao subempreiteiro o conteúdo da sua relação obrigacional com o dono da obra ou comitente principal, podendo, eventualmente, o subempreiteiro estar presente nas negociações para a celebração do contrato, em reuniões sobre a execução do projeto, ou para alterações do contrato (nomeadamente para execução de trabalhos a mais ou moratórias de pagamento), na medida em que lhe digam respeito. Caso não esteja presente nestes momentos da vida do contrato base ou principal, devem ser-lhe fornecidas informações suficientemente detalhadas sobre o estado e evolução dessa relação obrigacional.

---

<sup>37</sup> Cfr., com mais desenvolvimento, a nossa *A condição... cit.*, pp. 283 e ss. O credor sob condição terá, no entanto, de demonstrar que tem interesse em não aguardar a verificação da condição (o que, no caso, seria, coincidentemente, demonstrar que tem interesse em não aguardar o pagamento voluntário). Sobre os pressupostos da ação sub-rogatória

<sup>38</sup> Cfr. o Ac. Relação de Lisboa, de 19.12.2023, proc. 1034/20.4T8CSC.L1-7, em que o tribunal decidiu que a subempreiteira tinha direito a receber o preço convencionado, pois a empreiteira não demonstrara ter agido contra o dono da obra, por via contenciosa, tendo apenas feito chegar à contraente principal as reclamações de pagamento apresentadas pela subempreiteira. A previsão contratual de que «o empreiteiro compromete-se a pagar ao subempreiteiro todas as faturas, no prazo máximo de cinco dias após ter recebido do cliente» não eximia portanto o contraente intermediário de responsabilidade pelo pagamento do valor contratualmente devido.

## 6. A partilha do risco entre os contraentes pode indiciar a celebração de um contrato de índole associativa

Subordinar-se o pagamento do corresponsivo à incerteza do cumprimento de terceiro, à obtenção de um financiamento ou à aprovação de um projeto, é suscetível de indiciar um escopo de índole associativa, na medida em que se consiga detetar que há uma partilha do risco ou da incerteza do futuro (e não apenas uma transferência do risco para a contraparte)<sup>39</sup>. À função económico-social tipicamente comutativa dos contratos de empreitada e de prestação de obra intelectual ter-se-ia introduzido uma distorção no sentido da cooperação ou comunhão de fim. No nosso sistema jurídico, os contratos de cooperação interempresarial encontram suporte jurídico no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho, que define o regime de dois tipos contratuais distintos, o consórcio (arts. 1.º a 20.º) e a associação em participação (arts. 21.º a 31.º). Julgamos, todavia, que não basta uma cláusula de partilha de risco ou de perdas de um negócio para que se possa considerar que estamos perante a celebração de um qualquer destes dois tipos contratuais; seria necessário enxertar no contrato outras cláusulas que denotassem uma específica relação de cooperação interempresarial. Mesmo a celebração de um contrato de associação em participação não se basta, quanto a nós, com a realização de uma contribuição patrimonial contra a participação nos lucros da atividade desenvolvida pelo associante; requer, para que de associação e não de mera cláusula parciária se trate, que se introduzam elementos que denotem a união para um fim comum ou a associação de um à atividade do outro<sup>40</sup>. Além disso, ao associado (subempreiteiro ou profissional liberal) teriam de ser reconhecidos os direitos predispostos no art. 26.º do Decreto-Lei n.º 231/81 como contrapolo dos deveres do associante aí enunciados. Assim, designadamente, o subcontraente teria de beneficiar do poder de informação e de consulta da contabilidade

---

<sup>39</sup> Tal como nota MURPHY (1989), p. 205, a conclusão de que as partes atuaram afinal como *joint-venturers* é tanto mais favorecida quanto maior for a proximidade do compromisso financeiro por elas assumido: se a porção de trabalho e de investimento das partes for próxima ou equivalente, estaremos, mais provavelmente, perante uma parceria no negócio do que perante uma relação de dependência.

<sup>40</sup> Diversamente, entende que o mútuo parciário não tem autonomia relativamente à associação em participação, DUARTE (2022), p. 46.

e desenvolvimento da atividade do contraente principal no projeto em causa, do direito de participar nas negociações com o terceiro, e também de cogestão dos momentos patológicos da relação contratual com o cliente<sup>41</sup>. Adicionalmente, teria de lhe ser reconhecido um direito de participar nos lucros do empreendimento e não apenas de receber um correspondente fixo, previamente determinado. A aproximação ao contrato de consórcio - na modalidade interna, posto que seria o empreiteiro quem estabeleceria as relações com o terceiro e a quem seriam fornecidos os bens pelos subcontraente [cfr. art. 5.º, n.º 1, a), DL n.º 231/81] - conduziria à aplicação da mesma regra do regime da associação em participação de partilha nos lucros (e também nas perdas) do empreendimento (art. 25.º DL n.º 231/81).

Para que se possa qualificar um contrato a que se tenha inserido uma cláusula *if and when* num dos tipos de contratos associativos ou de comunhão de escopo é necessário, portanto, que outras cláusulas do contrato evidenciem essa intencionalidade.

Em contrapartida, parece-nos que não se suscitam, entre nós, as dificuldades apresentadas por Ugo Salanitro à qualificação do contrato de prestação de obra intelectual subordinado a pagamento de preço por terceiro (ou aprovação de financiamento) como associação em participação, na falta de regras gerais sobre a compensação a pagar aos profissionais liberais (art. 2233 *Codice Civile*), ainda que se tenham de respeitar as normas deontológicas no exercício de cada profissão<sup>42</sup>. Além disso, parece-nos que os arts. 21.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 231/81 não colocam obstáculo a que a prestação de obra intelectual possa constituir objeto da contribuição na associação em participação. As referências deliberadamente amplas a «associação de uma pessoa a atividade económica exercida por outra» e a «contribuição de natureza patrimonial» que deve «ingressar no património do associante» acolhem a prestação de obra intelectual por profissional liberal<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. BONELLI / RELLINI (1997), pp. 287 e ss.

<sup>42</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 249 e ss.

<sup>43</sup> Os direitos morais de autor são dissociáveis dos direitos patrimoniais de autor, podendo a obra «ingressar no património do associante» sem que o autor deixe de ser reconhecido como criador da obra ou perca o direito à sua genuinidade e integridade (arts. 56.º e ss. do Código dos direitos de autor e de outros direitos conexos).

Reconduzir o esquema negocial sob análise neste texto ao âmbito dos contratos de «*joint-venture*», contanto se possa deduzir esta intencionalidade do clausulado negocial, permite subtraí-lo às dúvidas sobre a validade da incerteza de pagamento do correspetivo e, sobretudo, assegurar a remuneração do risco assumido pela participação nos lucros. Salvaguarda ainda o direito à prestação de contas (com recurso, sendo caso disso, ao processo especial de prestação de contas, previsto nos arts. 941.º e ss. do CPC e segundo previsto no n.º 4 do art. 31.º DL n.º 231/81).

## Bibliografia

- AFONSO, Ana Isabel da Costa, *A condição - Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora - Porto, 2014.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992.
- ALPA, Guido / BESSONE, Mario / ROPPO, Enzo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Nápoles, 1982.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica - vol. II - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. «Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, II, abril de 2000, pp. 573-595.
- BONELLI, F. / RELLINI, S., «Effeti della clausula if and when: una rassegna ragionata della giurisprudenza italiana e internazionale», in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1997, pp. 239 e ss.
- CAPALDO, Giuseppina, *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milão, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português - II - Parte Geral - Negócio Jurídico*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- COSTANZA, Maria, «Subappalto e limiti alla responsabilità del debitore», *I Contratti*, n.º 1, 1994, pp. 95-96.
- D'ARCY / ROBINSON, «Sureties and pay-if-paid clauses: balancing subcontractor protection with freedom of contract», *Brief*, vol. 54, 2, 2025, pp. 48-53.
- DUARTE, Rui Pinto, *A Interpretação dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2016.
- DUARTE, Rui Pinto, *Formas Jurídicas de Cooperação entre Empresas*, Almedina, Coimbra, 2022.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil - II - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

- FITZGERALD, Paul, «Pay-if-paid provisions in construction contracts have always been a problem for subcontractors - A recent Connecticut Superior Court decision has made the problem worse», *Business Credit*, julho de 2021, pp. 28-30.
- GIANDOMENICO, Giovanni, *Il contratto e l'alea*, Cedam, Pádua, 1987.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald / SILVA, Eva Sónia Moreira, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.
- LANGER, Holger, *Vergütungsrisiken des Subunternehmers im internationalen Industrieanlagenbau - Eine vergleichende Studie über die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln nach deutschem, amerikanischem und englischem Recht*, Juristische Reihe Tenea, vol. 73, 2004, in [www.jurawelt.com](http://www.jurawelt.com).
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações - I - Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018a. (1)
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantia das Obrigações*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018b. (2)
- MARTINEZ, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Almedina, Coimbra, 1989.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (parte especial)*, *Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.
- MENDES, Evaristo / SÁ, Fernando Oliveira, Anotação ao art. 239.º, in *AAVV, Comentário ao Código Civil - Parte Geral*, 2.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 658-659.
- MILHAC, Olivier, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Paris, LGDJ, 2001.
- MURPHY, Harold J., «“Pay when paid” clauses in construction subcontracts: conditions precedent or terms of payment», *The International Construction Law Review*, vol. 6, jan.-out., 1989, pp. 197-209.
- PINTO, Paulo Mota, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.
- PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais - Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.
- SALANITRO, Ugo, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Giuffrè Editore, Milão, 2003.
- SALANITRO, Ugo, «Nota di commento: “Contratto d’opera intellettuale e controprestazione incerta: i dubbi sulla validità della clausola subordinativa del compenso, e sull’applicabilità alla stessa della disciplina della condizione, davanti alle sezioni unite», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, Parte Prima, pp. 421-428.
- SILVA, Jorge de Andrade, «A cláusula “back-to-back” na subempreitada de obras públicas», *Lusíada. Direito*, 27/28, 2022, pp. 109-124.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de / VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2019.