

---

## A CLÁUSULA “BACK TO BACK” NA SUBEMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS

THE “BACK TO BACK” CLAUSE IN THE SUBCONTRACT OF PUBLIC CONSTRUCTION WORK

Jorge de Andrade Silva <sup>1</sup>

DOI: <https://doi.org/10.34628/kn6e-yc18>

**Resumo:** A cláusula “back to back” é de adoção corrente nas subempreitadas de obras públicas. O facto de a subempreitada constituir uma espécie de subcontrato, e não obstante ter elementos comuns com o contrato principal de empreitada, tanto no aspeto subjetivo como principalmente no objetivo, determina uma hierarquia entre ambos que se traduz na submissão das cláusulas da subempreitada às cláusulas do contrato principal, que não podem ser por aquelas contrariadas. O que constitui limites à cláusula “back to back” com efeitos determinantes quer no procedimento da adoção dessa cláusula contratual, quer na definição do seu conteúdo obrigacional.

**Palavras-chave:** A cláusula contratual “back to back”; Sua natureza, pressupostos da sua adoção e condicionamentos da definição do seu conteúdo obrigacional.

**Abstract:** The “back to back” clause is commonly adopted in the subcontract of public construction work. The fact that construction subcontracts are a type of subcontract, and despite having common elements with the main contract, both subjectively and objectively, determines a hierarchy between them both, which translates into the subordination of the clauses of the subcontract to the clauses of the main contract, which cannot be contradicted by the former. This constitutes limits to the “back to back” clause with determining effects on both the procedure

---

<sup>1</sup> Advogado durante mais de 50 anos, atualmente com inscrição na Ordem dos Advogados suspensa.

of adoption of this contractual clause and the definition of its obligatory content.

**Keywords:** The “back to back” contractual clause; Its nature, assumptions for its adoption and conditions for the definition of its obligatory content.

**Sumário:** 1. Enquadramento; 2. O subcontrato; 3. A subempreitada de obras públicas; 4. A cláusula “back-to-back”. 4.1 Em que consiste; 4.2 Clausulado contratual. 4.2.1 Inserção da cláusula no contrato; 4.2.2 Mútuo consenso das partes; 4.2.3 Limites ao exercício da autonomia da vontade; 4.2.4 Procedimento de adoção da cláusula “back-to-back”; 4.2.5 Especificidades do clausulado; 4.2.6 Cadeia contratual; 4.2.7 Relacionamento empreiteiro/subempreiteiro; 4.2.8 Responsabilidades.

## 1. Enquadramento

1.1 Estes apontamentos pretendem refletir sobre a cláusula “back-to-back” ou, como também por vezes é designada, “cláusula de transparência”, mas tão somente no que respeita à sua inserção no contrato de subempreitada de obras públicas.

Tem-se presente que esta tarefa envolve alguma dose de pioneirismo, com os riscos inerentes de falta de profundidade nas análises e de retraimento nas conclusões, o que, para além das carências naturais do autor, também se fica a dever a um “trabalho sem rede”, dada a dificuldade (quase impossibilidade) na obtenção de elementos de apoio.

Com efeito, não obstante tratar-se de uma cláusula de aplicação corrente nas subempreitadas, públicas e privadas, tanto quanto o autor destas linhas logrou averiguar, é matéria que não tem merecido especial atenção da doutrina e da jurisprudência, que, praticamente, se têm limitado a mencionar pontualmente a sua inclusão em contratos, como se se tratasse de um instrumento jurídico de contornos perfeitamente estabelecidos e que, por isso, mais não merece que aquela alusão.

E talvez não seja bem assim.

O objetivo primeiro deste desprezioso estudo é o de provocar um debate que contribua para o esclarecimento sobre o regime da sua adoção.

1.2 Porque, como se disse, se trata de uma cláusula de utilização normal e corrente no contrato de subempreitada, impõe-se, a título prévio, algumas considerações, ainda que muito breves, sobre a caracterização do subcontrato, género de que aquele é uma espécie, e sobre o próprio contrato de subempreitada de obras públicas, que é o objeto deste escrito.

## 2. O subcontrato

**2.1** O contrato de subempreitada é, efetivamente, um subcontrato, isto é, *um negócio jurídico bilateral, pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advém, estipula com terceiro, quer a utilização, total ou parcial, de vantagens de que é titular, quer a execução, total ou parcial, de prestações a que está adstrito*<sup>2</sup>; ou, por outras palavras e, porventura, mais descritivamente, trata-se de um contrato derivado e dependente de outro contrato anterior que nasce como consequência da vontade de um dos contratantes, o qual, em vez de executar pessoalmente as obrigações assumidas no contrato principal, decide contratar com um terceiro a realização parcial de tais prestações<sup>3</sup>.

Portanto, conceitualmente, ambos os contratos – principal e subordinado – têm a mesma natureza prestacional. Por isso também é qualificado como um contrato *em segunda mão*<sup>4</sup>, distinto do contrato principal, embora com conteúdo e objeto, pelo menos em parte, comuns.

Relativamente ao contrato principal, o subcontrato, embora seja celebrado na sequência daquele, aliás de ocorrência não necessária, é autónomo relativamente a esse contrato principal, embora com ele tenha pontos comuns quer no plano subjetivo, quer no objetivo. No plano subjetivo, porque um dos contratantes no contrato principal – o contratante/empreiteiro – é igualmente parte no subcontrato, é o subcontratante; no plano objetivo, porque, como acima ficou referido, o objeto do subcontrato é unicamente constituído pela totalidade ou por uma parte das prestações que constituem o objeto do contrato principal.

Por vezes caracteriza-se o subcontrato como um expediente jurídico através do qual o cocontratante do contrato principal *transfere* para um terceiro obrigações que assumiu com o outro contratante. Importa, no entanto, precisar que não se trata de uma transmissão jurídica, já que, perante o contraente do contrato base/dono da obra, o subcontratante continua a ser o exclusivo responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas com a outorga desse contrato. Para o contraente do contrato principal trata-se apenas de uma *substituição na execução*. No subcontrato não ocorre uma *cessão da posição contratual*<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 1989, págs. 20 e 188. Sem divergências significativas da noção de subcontrato dada no texto, ver JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, 2002, págs. 21 e 22, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 4ª ed., Almedina, 1990, pág. 377 e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6ª ed., Almedina, 1994, pág. 721.

<sup>3</sup> ELIZA MOREAU CARBONEL, *Diccionario de Contratación Pública* coordenado por JOSÉ BERMEJO VERA, ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 655).

<sup>4</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, pág. 115 e o aí referido acórdão da Relação de Évora, de 14 de fevereiro de 1991, CJ, XVI, tomo I, pág. 301.

<sup>5</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato cit.*, págs. 86/94.

Neste contexto, tem-se qualificado o subcontrato como uma relação contratual triangular ou trilateral<sup>6</sup>, pois, embora, como se salientou, da sua celebração não decorra qualquer alteração subjetiva ou objetiva do contrato principal, que se mantém intocado nos exatos termos em que foi celebrado, o certo é que um dos seus sujeitos se faz substituir por outro *na execução* pelo menos de parte do objeto do contrato.

Porém, essa substituição na execução do contrato principal em nada afeta o estatuto da parte que nessa execução se fez substituir, que é o único que responde perante o contraente público pelo exato cumprimento das obrigações assumidas no contrato principal, o que o Código dos Contratos Públicos (CCP) expressamente salienta no artigo 321º <sup>7</sup> : *Nos casos de subcontratação, o cocontratante permanece integralmente responsável perante o contraente público pelo exato e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais.*

Em suma, contrato e subcontrato são dois contratos autónomos, se bem que com acentuada dependência do subcontrato relativamente às obrigações assumidas no contrato principal pelo contraente particular, designadamente porque é celebrado por causa daquele, o que afeta profunda e decisivamente o seu clausulado<sup>8</sup>.

**2.2** Realçando a natureza do subcontrato, costuma referir-se que se insere no género da *união de contratos*. Esta ocorre quando *dois ou mais contratos, que, sem perda da sua individualidade, se acham ligados entre si por certo nexos*<sup>9</sup>. Trata-se de dois contratos distintos, que, não obstante um ter a sua génese determinada pela ocorrência da celebração do outro, terem partes comuns no respetivo objeto e um dos sujeitos ser comum a ambos, mantém cada um a sua autonomia, cada um se regulando pelas suas cláusulas próprias. No entanto, a natureza subordinada de um – o subcontrato – relativamente à disciplina que rege ou outro – o contrato principal – estabelece entre ambos uma relação de influência quanto ao respetivo objeto<sup>10</sup>. E a influência deste último no contrato subordinado é simultaneamente *genética e funcional*, pois começa logo por ter determinante repercussão na formação do subcontrato, mantendo-se a ligação àquele igualmente decisiva durante toda a execução deste. Refira-se, por último, que esta relação é unilateral, pois a dita influência faz-se apenas num sentido, no do contrato principal sobre o contrato subordinado: só as vicissitudes daquele se repercutem neste e não o inverso.

---

<sup>6</sup> JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas cit.*, págs. 53/54.

<sup>7</sup> Doravante, os artigos mencionados neste texto sem indicação de origem pertencem ao Código dos Contratos Públicos.

<sup>8</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato cit.*, pág. 102.

<sup>9</sup>. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 3ª ed., Almedina, 1980, pág. 232.

<sup>10</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato cit.*, págs. 193/194.

### 3. A subempreitada de obras públicas

**3.1** O contrato de subempreita é um subcontrato que, como resulta da sua designação, é celebrado em sequência a um contrato de empreitada ou, como constava da última versão do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP)<sup>11</sup>, *o contrato de empreitada emergente, mediata ou imediatamente, de um contrato administrativo de empreitada de obras pública*<sup>12</sup>.

É um dos subcontratos expressamente regulados pelo Código Civil (artigo 1213º); o outro é a sublocação (artigos 1060º a 1063º). Por outro lado, o CCP afeta à subempreitada de obras públicas uma secção, com os artigos 383º a 386º.

**3.2** Como sucede com a generalidade dos contratos públicos<sup>13</sup>, o contrato de empreitada de obras públicas é um contrato celebrado *intuitu personae*. Por isso, em princípio, como expressamente impõe o artigo 288º, ao empreiteiro cabe execução do contrato, *não podendo este transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público*. Todavia, esse mesmo preceito salvaguarda relativamente a esta regra da execução pessoal a cessão da posição contratual e a subcontratação. Em todo o caso, nem mesmo nestas circunstâncias o referido *intuitu personae* é afastado, pois aqueles institutos são caracterizados pela necessidade de o subempreiteiro e o cessionário, relativamente ao objeto da subempreitada e da cessão, obedecer exatamente aos requisitos que foram exigidos ao empreiteiro subcontratante/cedente, isto é, a um conjunto de requisitos que visam precisamente garantir a verificação das exigências de qualificação de idoneidade e de natureza técnica que determinaram a escolha do empreiteiro e do cedente (artigos 317º e 383º), condições da sua autorização pelo contraente público (artigos 318º e 385º)<sup>14</sup>.

**3.3** Sendo uma questão de manifesto interesse, não apenas teórico, mas também prático, continua a **não** ser pacífico o entendimento de que a subempreitada de obras públicas seja um contrato de direito privado. É que, não obstante ser celebrado exclusivamente entre entidades privadas, o seu objeto é constituído por uma parte do objeto de um contrato público, o que explica e justifica que seja objeto de regulamentação no CCP (artigos 316º a 320º e 383º a 386º). Com efeito, a circunstância de a subempreitada ser celebrada

---

<sup>11</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de março, no nº 1 do seu artigo 266º.

<sup>12</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, pág. 115.

<sup>13</sup> Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, 2002, pág. 22.

<sup>14</sup> Entre várias outras classificações, a doutrina costuma distinguir duas espécies de subempreitada: autorizada e oculta. A *subempreitada autorizada*, como decorre desta denominação, é a que foi celebrada com prévia autorização do dono da obra; *subempreitada oculta* é que foi celebrada sem essa autorização, sem ou com o conhecimento do dono da obra. Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas cit.*, págs. 32/33.

exclusivamente entre entidades privadas não é, só por si, motivo para afastar a possibilidade de se estar perante um contrato de direito público, como decorre da alínea *b*) do artigo 3º<sup>15</sup>. Por outro lado, porém, também não é decisivo para a questionada qualificação o facto de a sua regulamentação estar incluída no CCP, pois daí não decorre, necessariamente, que aquele contrato de subempreitada passe a ser, só por isso, um contrato público, apesar de ter por objeto trabalhos inseridos numa empreitada de obra pública<sup>16</sup>.

Por nosso lado, alinhamos com a corrente doutrinária tida por dominante<sup>17</sup> que considera a subempreitada um contrato de direito privado<sup>18</sup> a ser regulado pelo Código Civil, sem prejuízo das normas sobre o seu regime substantivo estabelecidas no CCP<sup>19</sup>. Assim, o nº 1 do artigo 1213º do Código Civil, dispõe que a *subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela*.

Portanto, os tribunais comuns são os competentes para dirimir os conflitos surgidos entre empreiteiro e subempreiteiro por causa de um contrato de subempreitada.

**3.4** Porque é de toda a relevância para o assunto que determina este estudo, importa salientar o aspeto da dependência da subempreitada relativamente à empreitada principal, por isso mesmo também designada por *empreitada base*. O que, como se viu, é inerente à sua natureza de subcontrato.

Toda a estrutura substantiva da subempreitada está íntima, inteira e exclusivamente condicionada à do contrato base, de que resultou e sem o qual não tem razão de existir, pelo que se diz que é uma espécie de “acompanhante”

---

<sup>15</sup> Cfr., por todos, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo...*, pág. 657.

<sup>16</sup> No sentido de que se trata de um contrato administrativo, ver JOSÉ LUÍS ESQUIVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, 2002, págs. 19/20/55/58/73/77, LUÍS CABRAL DE MONCADA, em *O Contrato Administrativo e a Autoridade Administrativa cit.*, pág. 238, ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, *Traços Essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação*, RCP 12º, págs. 51/53, nota de rodapé 37 e DANIEL CHARBONOL, JEAN-PIERRE JUOGUELET e FRANÇOIS BOURRACOT, *LE RÉGIME JURIDIQUE DES MARCHÉS PUBLICS, LE MONITEUR, PARIS, 2005, PÁG. 37*.

<sup>17</sup> MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, em *Direito dos Contratos Públicos, cit.*, vol. 2, págs. 295/296, após considerar como minoritária a orientação de que se trata de um contrato administrativo, refere as recentes iniciativas da recolocação da questão em decorrência das mais recentes Diretivas Comunitárias. Segundo notícia JOSÉ LUÍS ESQUIVEL, naquela obra *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, pág. 20, o S.T.A., por acórdão inédito de 1999.10.06, decidiu ser incompetente para julgar questão decorrente de subempreitada de obras públicas, já que “*o contrato de direito, quando celebrado entre o empreiteiro e o subempreiteiro decorrente de uma empreitada em que o dono da obra é um organismo de Estado, não modifica ou extingue qualquer relação jurídica de direito administrativo*”.

<sup>18</sup> Cr. DANIEL CHABANOL, JEAN-PIERRE JUOGUELET e FRANÇOIS BOURRACOT, *ob. cit.*, págs. 23 e 91.

<sup>19</sup> Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos cit.*, pág. 879.

ou “enxerto”<sup>20</sup> e a cujo regime e objeto se tem de subordinar<sup>21</sup>, na medida em que não pode conter cláusulas que contrariem o conteúdo do contrato de que deriva<sup>22</sup>. Mas esta é a limitação que se impõe e que, desde que respeitada, não obsta a que o contrato de subempreitada tenha cláusulas diferentes das do contrato de empreitada (quanto ao preço, prazo, fiscalização, etc.). Com efeito, essa subordinação não exclui a possibilidade de o contrato de subempreitada ter cláusulas próprias e específicas que, obviamente relacionadas com o objeto do contrato base, se destinam a regular a relação jurídica entre o subcontratante e o subcontratado no exercício da autonomia da vontade contratual. O que não podem, insiste-se, é contrariar o que resulta do contrato base<sup>23</sup>.

Essa possibilidade, como se verá, é de particular relevância na determinação do alcance da cláusula “back-to-back”.

Finalmente, é de salientar que, ainda em decorrência daquela dependência, a subempreitada acompanhará sempre as vicissitudes por que passar o contrato de empreitada<sup>24</sup>, não obstante o subempreiteiro, como tal, não ter qualquer vínculo contratual ou outro com o dono da obra, com o qual não tem uma relação direta<sup>25</sup>.

**3.5** No contrato de subempreitada, o subempreiteiro é um “empreiteiro do empreiteiro”<sup>26</sup>. Isto significa que, nos termos acima referidos para o empreiteiro principal, ao subempreiteiro cabe o exclusivo da execução do objeto do contrato e a correspondente responsabilidade. Mas isso também significa que, dentro dos limites, termos e condições estabelecidos nos elementos que integram o contrato principal, o subempreiteiro gere a execução da parte da obra que lhe foi subadjudicada com a mesma autonomia técnica de que goza o empreiteiro principal relativamente ao dono da obra. Em contrapartida, está submetido ao poder do empreiteiro principal de proceder ao controlo e fiscalização da execução do contrato de subempreitada nos mesmos termos que, segundo o contrato principal, o dono da obra pode exercer sobre o empreiteiro/

---

<sup>20</sup> Cfr. STÉPHANE BRACONNIER, *ob. cit.*, pág. 138.

<sup>21</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 2006, págs. 102/108.

<sup>22</sup> Ver PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, pág. 559).

<sup>23</sup> Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, págs. 557 e seguintes, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, Almedina, págs. 115 e seguintes, e *O Subcontrato cit.*, págs. 36 e seguintes, VAZ SERRA, *Boletim do Ministério da Justiça*, 145º, págs. 65 e seguintes.

<sup>24</sup> Ver, a propósito, DANIEL CHABONOL e JEAN-PIERRE JUGUELET, *ob. cit.*, pág. 150.

<sup>25</sup> Esta afirmação, que, como ficou referido, é uma decorrência da natureza autónoma do contrato de subempreitada, a nosso ver com muito duvidosa pertinência, foi contrariada pelo instituto do pagamento direto ao subcontratado regulado no artigo 321º-A, como expomos no nosso *Código dos Contratos Públicos*, Anotado e Comentado, Almedina, 10ª edição, págs. 896/906.

<sup>26</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, pág. 115.

subcontratante<sup>27</sup>. Isso, aliás, distingue este contrato do contrato de prestação de serviços<sup>28</sup>.

**3.6** O recurso à subempreitada é cada vez mais generalizado na construção civil e realização de obras públicas, designadamente nas empreitadas cuja execução exige a existência de estruturas de alguma dimensão<sup>29</sup>. Aponta-se que esse normal recurso à subempreitada se deve, por um lado, à necessidade de execução de trabalhos que exigem especialização de que nem todos os empreiteiros dispõem, e, por outro, a dimensão da obra e o volume dos respetivos trabalhos tornarem muito difícil ou impossível o empreiteiro, por si só, executar a obra no prazo contratado<sup>30</sup>. É que por efeito da opção pela especialização, a estrutura das empresas fica condicionada e limitada ao âmbito da atividade inerente a essa especialização, sendo cada vez mais raro encontrar empreiteiros “*especialistas de tudo*”<sup>31</sup>. Na primeira daquelas razões pode incluir-se ainda a necessidade da titularidade de alvarás de empreiteiros de obras públicas que habilitem o empreiteiro à adjudicação da empreitada.

## **4. A cláusula “back-to-back”**

### **4.1 Em que consiste**

#### **4.1.1 Origem da cláusula “back-to-back”**

A cláusula “back-to-back”, por vezes designada igualmente por “regime de transparência”, tem a sua origem no *Common Law* como princípio contratual de

---

<sup>27</sup> A posição do cocontratante/subcontratante já foi caracterizada como tendo de “fazer uso das suas duas caras ou facetas opostas, de um ponto de vista obrigacional” (WALTER VÁSQUEZ REBAZA, *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción* file:///C:/Users/Jorge/Downloads/DialnetNocionYFuncionamientoDeLasClausulasBacktobackEnLos-8024595.pdf

<sup>28</sup> Sobre o tema, ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, págs. 25 e seguintes e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, pág. 31.

<sup>29</sup> JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES VARELA/ANABELA COSTA POSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas*, cit., págs. 17, salientam que, no que se refere a esta matéria os contratos FIDIC (*Red Book*) dispõem que “O Empreiteiro não pode subcontratar :

- A totalidade da obra;
- Qualquer parte da obra sem consentimento escrito do dono da obra;
- A infração destas normas pode determinar a rescisão do contrato;
- O não consentimento para subcontratar deve ser fundamentado pelo dono da obra;
- As garantias não caducadas e outras obrigações dos subempreiteiros, deverão ser endossadas para o dono da obra.

<sup>30</sup> Por exemplo PEDRO ROMANO MARTINEZ *Contrato de Empreitada...*, págs. 116 e 117 e *O Subcontrato* cit., pág. 37.

<sup>31</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES VARELA/ANABELA COSTA POSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas*, ed. Quid Juris, 2001, págs. 10/11



*transferência de risco*<sup>32</sup>, traduzindo um facto que se segue a outro.

A expressão “back-to-back”, no idioma inglês, traduz a sucessão de um facto a outro – *hapenning one after the other* -, ou uma realidade em que algo que está unido está simultaneamente dirigido em direcções opostas – *close together and facing in opposit directions*.

A sua origem está relacionada com o sistema de construção vulgarizado na Inglaterra no sec. XIX, em plena Revolução Industrial, de feição marcadamente repetitiva, em que as casas, caracterizadas por uma uniformidade arquitetónica, eram construídas umas junto às outras, *paredes costas contra costas*.

#### 4.1.2 Variedades da cláusula “back-to-back”

À sua divulgação, designadamente no âmbito das empreitadas internacionais, não é alheia a atividade da FIDIC – Fédération International des Ingenieurs Conseils, constituída em 1913 por engenheiros consultores de três países francófonos: Bélgica, Suíça e França. A FIDIC publica com regularidade formulários de contratos de empreitada que contêm regras gerais de subcontratação e que, funcionando como modelo, se aplicam na elaboração de contratos de subempreitada, facultando duas partes complementares, uma de aplicação genérica e outra para aplicação em cada caso concreto com várias hipóteses de clausulado especiais<sup>33</sup>.

Entretanto, para além da *back-to-back construction*, com a divulgação do princípio fundamental que lhe subjaz, a figura jurídica *back-to-back* aparece, com essa designação, por vezes sem grande rigor, aplicada em vários setores da atividade económica, como nos campos bancário, financeiro, comércio internacional e transportes internacionais, assumindo designações diversas como variantes, tais como *back-to-back credit* e *back-to-back loan*.

#### 4.1.3 Ausência de conceito unívoco

Sem prejuízo de se proceder à sua caracterização por forma a descrever os respetivos contornos jurídicos fundamentais, que sempre conduzem a um objetivo de transferência de risco contratual, a verdade é que não existe e mesmo não é possível elaborar um conceito unívoco de *back-to-back*, precisamente porque, por um lado, aqueles contornos são muito diferentes em razão da sua aplicação e dos fins visados e acima referenciados, e, por outro,

---

<sup>32</sup> Nesta matéria, o texto segue, muito de perto, o excelente trabalho de MIGUEL CATELA, *Documento-Guia A SCUT Norte Litoral e a participação do G.C.N.*, de 2004, não publicado, a que pertencem as partes em itálico sem identificação de autoria.

<sup>33</sup> Na Diretiva Comunitária n.º 2014/24/EU, de 26 de fevereiro, a subcontratação vem regulada no artigo 71.º, sem que, contudo, o princípio *back-to-back* ali seja referido direta ou indiretamente.

em consequência das manifestações pontuais nos subcontratos no exercício do princípio da autonomia da vontade.

## 4.2 Clausulado contratual

### 4.2.1 Inserção da cláusula no contrato

Porque constituído em cláusula contratual, a aplicação do princípio *back-to-back* deve ser objeto de um acordo contratual, que, portanto, lhe determine os termos e condições do seu objeto, direitos e deveres das partes, respetivos limites e regras do relacionamento entre si: subcontratante e subcontratado. Com efeito, independentemente do clausulado no contrato principal, é o subcontrato que regulamentará os termos e condições específicas da cláusula “*back-to-back*”. E essa regulamentação delimita os poderes de recurso e implementação prática da cláusula, quer para o subcontratante, quer para o subcontratado. O que justifica a preocupação de rigor e clareza na definição contratual dessas regras, assim se evitando divergências de interpretação geradoras de conflitos.

*Portanto, deve ser completamente afastada a ideia de que a invocação do conceito back-to-back tenha (ou tenha de ter) consequências automáticas na definição de obrigações contratuais*<sup>34</sup>.

### 4.2.2 Mútuo consenso das partes

Como cláusula contratual que é, a inclusão do princípio “*back to back*” num contrato de natureza privada, como é a subempreitada, subentende sempre a existência do mútuo consenso do empreiteiro e do subempreiteiro. Não se trata, portanto, de um regime que seja inerente ao conceito de subempreitada, pelo que só existirá se, na medida e com os condicionamentos segundo os quais, no exercício da autonomia da vontade que está na base da liberdade contratual<sup>35</sup>, as partes assim o convencionarem. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*, estabelece o nº1 do artigo 405º do Código Civil)<sup>36</sup>. Dessa regra da autonomia da vontade contratual, decorre que as partes têm não apenas a liberdade de celebrar ou não o contrato, de adotar ou não o princípio “*back to back*”, como ainda a de estabelecer nesse contrato e quanto a esse princípio os deveres e obrigações que entenderem por convenientes e o procedimento do seu exercício<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> MIGUEL CATELA no trabalho acima referido.

<sup>35</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 3ª ed., Almedina, 1980, pág. 211.

<sup>36</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, pág. 125.

<sup>37</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 3ª ed., Almedina, 1980, pág. 212 e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6ª ed., Almedina, 1994, págs. 197 e seguintes.

### 4.2.3 Limites ao exercício da autonomia da vontade

Esta liberdade contratual, no caso da cláusula “back to back”, encontra como limites, para além dos que a lei estabelece em termos gerais, os decorrentes da natureza dependente do contrato de subempreitada relativamente ao contrato principal, cujo regime não admite desvios ou omissões. É o que por vezes se designa por *princípio do contrato espelho*<sup>38</sup>. Do que se trata é, em cada caso concreto, adequar o resultante do contrato base ao circunstancialismo da subempreitada sem, todavia, deformar o resultante do reflexo do espelho.

Reportando-nos especialmente aos que decorrem da condição de contrato subordinado que é a subempreitada, são os inerentes à cadeia de relacionamento que envolve a cláusula: condição *sine qua non* da operacionalidade do princípio é que os elos da cadeia sejam respeitados pelo titular das respetivas obrigações. Como aqui se tem referido, as brechas nesse procedimento em cadeia são *brechas de responsabilidade*. *Caso tal ocorra, há de facto um risco assumido pelos elos sucessivos da cadeia, de que estarão dependentes da vontade do anterior*<sup>39</sup>.

Por outro lado, o princípio “back-to-back” não pode ser considerado como um remédio indemnizatório de aplicação genérica e indiscriminada, pois subentende a ocorrência de factos jurídicos e circunstancialismo nesse sentido regulamentados no contrato de subempreitada. Como aqui repetidamente se tem salientado, quanto mais completa e clara for essa regulamentação específica, tanto mais se evitam dificuldades de interpretação e de aplicação.

Em termos conceituais, não parece que se possa ir além destes elementos descritivos: no âmbito das empreitadas de obras públicas, trata-se de um contrato de subempreitada em que o empreiteiro principal transfere para o subempreiteiro obrigações, riscos e direitos decorrentes do contrato de empreitada base, ficando este último, relativamente ao objeto do contrato, numa situação idêntica à que liga o empreiteiro principal ao dono da obra.

Enfim, cada subempreitada “back to back” é uma subempreitada com regras próprias que as partes adotam no exercício da sua liberdade contratual e em que, respeitados aqueles limites, pretendem refletir a satisfação do seu interesse contratual, sem embargo de, para o subcontratante, ter como objetivo aliviar-se de riscos inerentes ao contrato principal.

### 4.2.4 Procedimento de adoção da cláusula “back-to-back”

O último dos aspetos focados está estreitamente relacionado com os

---

<sup>38</sup> WALTER VÁSQUEZ REBAZA, *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*file: file:///C:/Users/Jorge/Downloads/DialnetNocionYFuncionamientoDeLasClausulasBacktobackEnLos-8024595.pdf, págs. 54, 62 e seguintes.

<sup>39</sup> MIGUEL CATELA no trabalho acima referido, pág. 28.

procedimentos possíveis para incluir a cláusula “back-to-back” num contrato de subempreitada.

Desde logo, pode revelar-se manifestamente insuficiente a mera afirmação de que uma determinada subempreitada é contratada “back-to-back” ou de que está submetida àquele princípio. Há mesmo quem entenda que essa via, fácil e curta, é irrelevante<sup>40</sup>. Não cremos, porém, que seja de adotar uma solução tão radical. Com MIGUEL CATELA<sup>41</sup>, entendemos que *mesmo a referência vaga a essa pretensa regra tem efeitos. Poderá discutir-se o conteúdo, sem negar a intervenção “back-to-back”*. Neste caso, afigura-se-nos que se impõe uma negociação tendo por objeto a definição desse conteúdo.

Pode mesmo ser de todo insuficiente e mesmo inconveniente que a cláusula “back-to-back” se limite à forma tradicionalmente considerada também de fácil formulação, que é a “incorporação por referência: a inserção por remissão para o clausulado do contrato principal, ou meramente à subordinação das pretensões do subempreiteiro à sua aceitação pelo contraente público.

Por exemplo: *O subempreiteiro obriga-se a cumprir todas as obrigações que empreiteiro subcontratante assumiu para com o contraente público no contrato de empreitada principal de cujo teor o subempreiteiro tem inteiro conhecimento, exceto o que o contrato de subempreitada expressamente dele excluir.*

*Ou: O subempreiteiro, na execução dos trabalhos integrados na subempreitada, fica obrigado, perante o empreiteiro geral, a todas as obrigações que aquele tem perante o dono da obra por força do contrato principal.*

É também usual, exprimindo um dos aspetos do princípio back-to-back, ficar exarado no contrato de subempreitada: *Sendo deduzida pelo subempreiteiro reclamação ou pretensão de exercício de um direito que tenham por fundamento facto ou situação imputáveis, direta ou indiretamente, ao dono da obra, ou que implique a necessidade de adaptar aspetos da subempreitada ao contrato base ou ainda qualquer outro facto ou circunstância suscetível de constituir fundamento de idêntica reclamação a apresentar pelo empreiteiro principal ao dono da obra, a reclamação do subempreiteiro ou o direito que pretende exercer serão atendidos se e quando lhe forem favoravelmente decididos pelo dono da obra.*

E, a nosso ver, considerações semelhantes se podem fazer quanto à adoção de “contrato-modelo” ou “contrato-tipo”, a menos que, como antes aqui foi referido e pode suceder com modelo FIDIC, nele seja facultando duas partes complementares, uma de aplicação genérica e outra para aplicação em cada caso concreto com várias hipóteses de clausulado especiais. Adotar um modelo sem esta possibilidade de adequação constitui um método de evidentes riscos, exigindo uma análise cuidada de todos os documentos que integram o contrato base e que, por essa via, integrarão o contrato subordinado, sendo que, por

---

<sup>40</sup> WALTER VÁSQUEZ REBAZA, *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*, pág. 92 nota rodapé nº 160.

<sup>41</sup> Trabalho acima referido, pág. 28.

outro lado, não permite uma ponderação de circunstancialismos que podem ser específicos da relação contratual subordinada e que, com frequência levam a divergências de interpretação geradoras de conflitos.

#### 4.2.5 Especificidades do clausulado

Relativamente ao âmbito do objeto do seu contrato, ainda em consequência da subordinação ao contrato de empreitada base, o subempreiteiro não tem direitos que o empreiteiro principal não tenha perante o dono da obra ao abrigo do contrato principal. Mas, a subordinação do contrato de subempreitada não é absoluta, pois o contrato base é o limite do que é permitido convencionar no subcontrato, mas só isso. Isso significa que, por exemplo, o empreiteiro principal, tendo em vista as cláusulas do contrato que o liga ao dono da obra, possa pretender que o contrato de subempreitada seja adaptado em termos de reforço de rigor e de garantia no cumprimento daquelas estipulações, incluindo regras próprias na área das indemnizações, de prazos, de preços, de materiais, e outros, assim se procurando evitar conflitualidade no contrato base, riscos de incumprimento, perdas de direitos ou sanções contratuais, sobrecustos, responsabilidades pós-receção da obra, etc.. O que, como ficou dito, pode não ficar salvaguardado através do método da “*incorporação por referência*”.

Enfim, repetindo o já acima afirmado, o subempreiteiro é um “empreiteiro do empreiteiro”<sup>42</sup>, por isso mesmo, relativamente a si, o empreiteiro principal está em posição semelhante à que o liga ao contraente público. O que justifica que, *por forma a não haver dúvidas sempre potenciadoras de litígios*<sup>43</sup>, o contrato de subempreitada e a cláusula “back-to-back” estabeleçam, de modo claro e completo, o regime do exercício dos direitos e deveres de ambas as partes, incluindo os que o subempreiteiro entenda ter relativamente ao que dispõe o clausulado do contrato principal e que se reflete no seu próprio contrato.

O princípio “back to back” tem, pois, na sua base uma questão de solidariedade do subcontratado para com o subcontratante, manifestada na consideração de que, relativamente ao contraente público, o subcontrato está subordinado às mesmas condições e regras do contrato principal.

#### 4.2.6 Cadeia contratual

De um modo geral, a solidariedade assim obtida do subempreiteiro, é ligada às vicissitudes da execução do contrato, designadamente no que respeita aos pagamentos do dono da obra, às decisões dos conflitos surgidos nessa área

---

<sup>42</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, pág. 115.

<sup>43</sup> JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES/ANABELA COSTA POSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas cit.*, pág. 48.

com ao contraente público, à observância dos prazos de execução, ao acatamento das ordens e instruções da fiscalização, etc..

A cláusula “*back to back*” tem como vetor determinante do regime do subcontrato o facto de o subempreiteiro não ter um relacionamento direto com o contraente público, posto que, como já acima foi salientado, por um lado, não é parte no contrato principal e, por outro, o contraente público não é parte no subcontrato<sup>44</sup>.

Do que resulta que os direitos do subcontratado que emergem para o subcontratante do contrato principal são por este satisfeitos àquele “se e quando” o for pelo contraente público ao subcontratante. Assim, por exemplo, quanto aos pagamentos, ocorrerão em prazo contado a partir do pagamento ao subcontratante pelo contraente público e, quanto a reclamações do subcontratado, a obrigação do subcontratante é submetê-las a decisão do contraente público e terão para o subempreiteiro o resultado decorrente dessa decisão. E o mesmo sucederá se, por inconformismo com essa decisão, a questão for submetida a decisão judicial.

#### **4.2.7 Relacionamento empreiteiro/subempreiteiro**

Importa ter presente que a cláusula “*back-to-back*” se insere num contrato que, para além de regular os direitos e obrigações das partes contratantes decorrentes para o empreiteiro principal do contrato de empreitada, igualmente estabelece as regras do relacionamento entre as partes contratantes - empreiteiro e subempreiteiro - que, além do mais, incluem os deveres do empreiteiro principal de transmitir ao subempreiteiro os esclarecimentos, as ordens e instruções que recebe do dono da obra ou seus representantes.

Por outro lado, ao subempreiteiro cabe cumprir essas ordens ou instruções sem que possa questionar a sua conformidade com o contrato principal ou a lei, pois, para isso, só o empreiteiro principal tem legitimidade.

Finalmente, quanto às reclamações do dono da obra relativamente à execução da obra objeto da subempreitada, devem ser imediatamente canalizadas pelo empreiteiro principal para o subempreiteiro a fim de que este se possa defender de responsabilização.

#### **4.2.8 Responsabilidades**

Num plano estritamente jurídico, a *cadeia contratual* decorrente da ligação entre esses dois contratos tem, porém, uma regra básica: enquanto o subcontratante se relaciona com os restantes intervenientes nos contratos - contraente público e subcontratado -, estes não têm relacionamento entre si: o contraente público tem

---

<sup>44</sup> Não necessariamente assim na subempreitada privada. Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, pág. 129 e *O Subcontrato cit.*, pág. 173.

como única contraparte o cocontratante/subcontratante; o subcontratado tem como interlocutor único o cocontratante/subcontratante. Porém, na prática da execução do contrato essa separação, nesses termos radicais, até por razões a que as partes poderão ser alheias, nem sempre será possível. O certo é que o quebrar de qualquer dos elos dessa cadeia (*brechas de responsabilidade*<sup>45</sup>) pode ser gerador de responsabilidades. O princípio “back-to-back” visa evitar essa interrupção da cadeia a que o subcontratante estaria exposto, ou, pelo menos, mitigar os riscos dela decorrentes, para isso estabelecendo regras que, sem prejudicar o constante do contrato principal e as suas obrigações contratuais face ao contraente público, *transfira* as suas responsabilidades para o subcontratado num quadro em tudo semelhante ao que tem com o contraente público. Porém, repete-se, não se trata de uma *transferência jurídica*, de uma cessão da posição contratual<sup>46</sup>, mas de uma substituição prática feita com base num contrato especialmente para isso celebrado.

Essa substituição, em termos práticos, ocorre igualmente no que respeita a situações jurídicas ativas de que o subempreiteiro seja titular, mas, porque não é interlocutor do contraente público, só as pode exercer indiretamente, apresentando as suas pretensões ao empreiteiro principal para que este as submeta a decisão do dono da obra.

Por isso mesmo a responsabilidade aqui em foco respeita exclusivamente à relação jurídica decorrente do contrato de subempreitada.

Acentue-se, porém, que, no âmbito da cláusula “back-to-back” apenas cabem os direitos do subempreiteiro que o empreiteiro principal igualmente poderia reclamar do dono da obra e não quaisquer outros relativamente aos quais o dono da obra sempre seria alheio. Assim, por exemplo, relativamente a trabalhos não previstos no contrato mas cuja execução se revelou necessária, os deveres e direitos do subempreiteiro são exatamente os mesmos do empreiteiro principal, ainda que exercidos através deste.

Um dos aspetos da cláusula “back-to-back” potencialmente gerador de responsabilidade contratual do subcontratante é o que respeita ao cumprimento da acima referida obrigação do empreiteiro principal de canalizar para o dono da obra as reclamações do subempreiteiro.

O que merece alguns esclarecimentos.

**A** - Dada a natureza subordinada da subempreitada ao contrato de empreitada base, as pretensões do subempreiteiro a apresentar ao dono da obra devem ter por fundamento *facto imputável* ao dono da obra ou caso de força

---

<sup>45</sup> WALTER VÁSQUEZ REBAZA, *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*, pág. 57, file:///C:/Users/Jorge/Downloads/DialnetNocionYFuncionamientoDeLasClausulasBacktobackEnLos-8024595.pdf

<sup>46</sup> Sobre a distinção entre estes dois contratos, ver JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, pág. 25.

maior, sendo desse âmbito excluídos factos imputáveis ao empreiteiro principal ou a terceiros.

**B** - Além disso, o âmbito de aplicação desta cláusula pressupõe que o subcontratante concorda ou pelo menos se não opõe ao reclamado pelo subcontratado. O que não tem necessariamente de suceder. E, se, sobre isso houver conflito entre eles, é apenas entre eles que tem de ser solucionado. Com efeito, esse conflito pode ocorrer, por exemplo, nas situações seguintes: se o subcontratante entende que ocorreram erros ou defeitos de execução por parte do subcontratado, não faz sentido questionar ou reclamar o seu pagamento por parte do contraente público; o mesmo sucede se o subcontratado reclama pagamento de trabalhos que considera complementares e o subcontratante entende que se integram no objeto do contrato; se, diferentemente do que entende o empreiteiro principal, o subempreiteiro considera ocorrer um facto gerador do direito à prorrogação do prazo contratual; se essa divergência sucede relativamente a facto do contraente público que o subempreiteiro considera ter tornado a execução mais onerosa ou sobre a ocorrência de um facto pretensamente qualificado como caso de força maior; se, ao invés do entendimento do subcontratante, o subempreiteiro considera determinado facto como legalmente fundamentador de uma reposição do equilíbrio do contrato, etc., etc..

Até por uma questão de estratégia comercial com o contraente público ou por necessidade de salvaguarda de prestígio, nada justifica que o empreiteiro tenha de submeter a decisão do dono da obra uma reclamação em que não reconhece fundamento legal ou até denunciadora de comportamentos qualificáveis como de má fé. Neste âmbito, no limite, não faz sentido o empreiteiro canalizar uma reclamação do subempreiteiro que se fundamenta em factos a si mesmo exclusivamente imputáveis, a terceiros ou mesmo ao empreiteiro principal, mas a que o dono da obra é alheio nem são qualificáveis de caso de força maior.

Concluindo dir-se-á que, salvo oposição nos termos referidos, o empreiteiro principal não deve levantar obstáculos ou por qualquer forma diminuir o impacto inerente às reclamações do subempreiteiro, antes devendo empenhar-se na sua aceitação pelo dono da obra designadamente colaborando na respetiva elaboração, não negligenciar a transmissão dessas reclamações para o contraente público nem a comunicação das suas decisões ao subempreiteiro e, finalmente, reagir contenciosamente em caso de rejeição da reclamação se o subempreiteiro nisso mostrou interesse.

**C** - Quanto a este último aspeto, refira-se que o relacionamento empreiteiro-subempreiteiro pode levantar questões várias entre as quais a da responsabilidade pela forma como o subcontratante defendeu o interesse do subcontratado junto quer do dono da obra quer, se for caso disso, nos tribunais. Parece que, sobre este assunto, não se pode ir além do exigível para um subcontratante de conhecimentos e diligência normais colocado nas circunstâncias concretas do caso em apreço.