A OBRIGAÇÃO NATURAL NO DIREITO ROMANO. MARCAS ROMANAS EM ALGUNS DIREITOS CONTEMPORÂNEOS

António dos Santos Justo
Universidade de Coimbra, Universidade Lusíada do Porto

Sumário: I. ANTECEDENTES: DIREITO PREJUSTINIANEU. – 1. Nota preliminar. Síntese de dificuldades. – 1.1. Noção e caracterização preliminares. – 1.2. Dificuldades etimológicas. – 1.3. Doutrina não romanista. – 2. Origem. O direito clássico. – 2.1. Preliminares. – 2.2. A incapacidade jurídica de escravos e filhos. Capacidade *de facto*. – 2.3. Actos praticados por escravos. – 2.3.1. Na gestão de pecúlio. – 2.3.2. Sem pecúlio. – 2.4. Actos praticados por filhos. – 2.5. Conclusão. II. DIREITO JUSTINIANEU. – 3. Noção. Caracterização. – 4. Natureza. – 4.1. Relação *de facto*. – 4.2. Dever moral ou social. – 4.3. Obrigação imperfeita. – 4.4. Obrigação jurídica. – 4.5. Obrigação do *ius gentium*. – 4.6. Obrigação do direito natural. – 4.7. Conclusão. – 5. Alguns exemplos. – 5.1. Obrigações de escravos e de *filiifamilias*. – 5.2. Mútuos a *filiifamilias* contra o *sc. Macedonianum*. – 5.3. Obrigações contraídas por pupilo *sine tutoris auctoritate*. – 5.4. Obrigações contraídas por simples *pacta*. – 5.5. Obrigação natural no caso de sentença de absolvição injusta. – 5.6. Obrigação de quem sofreu uma *capitis deminutio*. – 5.7. Obrigações naturais impróprias. – 5.7.1. Consideração geral. – 5.7.2. Obrigação de o donatário remunerar o doador. – 5.7.3. Obrigação de o liberto prestar serviços ao patrono. – 5.7.4. Algumas situações em que não existe obrigação natural. – 5.7.4.1. Não repetição do dote. – 5.7.4.2. Jogo ilícito. – 6. Algumas consequências ou possibilidades. Obrigações acessórias. – 6.1. Garantia pessoal. – 6.2. Garantia real. – 6.3. Compensação. – 6.4. Novação. – 6.5. *Constitutum*. – 6.6. Cálculo de herança. A quarta Falcídia. III. ALGUNS DIREITOS CONTEMPORÂNEOS. – 7. Direito português. – 8. Direito italiano. – 9. Direito alemão. – 10. Direito francês. – 11. Direito espanhol. – 12. Direito brasileiro. – IV. CONCLUSÃO.

I. ANTECEDENTES: DIREITO PREJUSTINIANEU

1. Nota preliminar. Síntese de dificuldades

1.1. Noção e caracterização preliminares

O estudo da *obligatio naturalis* do direito romano constitui uma verdadeira *vexata quaestio* que opõe romanistas a romanistas e cultores do direito civil desde os tempos mais distantes até aos nossos dias.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Com efeito, as divergências atingem os mais diversificados aspectos que se relacionam com a etimologia, com a caracterização dogmática, com a ausência de tutela em via de acção, com a sua origem, com o seu fundamento e até com as situações que as fontes apresentam. Tudo (ou quase tudo) é controverso e muitas dificuldades prolongam-se pelos tempos, sem solução definitivamente consagrada[1].

Na base destas dificuldades está, em grande parte, a orientação interpolacionista que a investigação romanística traçou a partir do dealbar do século XX, com a preocupação de encontrar o genuíno pensamento clássico, descobrindo em cada texto as sucessivas alterações (interpolações) que se fizeram sobretudo nas épocas pós-clássica e justinianeia[2]. Com efeito, foram cometidos excessos muito graves que desacreditaram o estudo do direito romano[3], excessos bem visíveis na investigação da *obligatio naturalis* em que quase não existe texto liberto da suspeita de ter sido interpolado, no apoio de posições pré-elaboradas. São bem elucidativas as palavras de Philippe Didier, de que «la méthode des interpolations, en cherchant à opposer une conception byzatine à une conception classique qui aurait été perturbée par les compilateurs, était en la matière particulièrement tentante. Mais aucun accord n'a pu se faire à ce jour sur les textes qui étaint interpolés et ceux qui ne ne l'étaient pas»[4]. Por isso, Alberto Burdese aponta a oportunidade de «una revisione dei risultati alquanto radicali ai quali è giunta in materia, per un verso o per l'altro, la moderna critica interpolazionistica»[5].

---

[1] *Vide* F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, em *RHDFE*, 1958, XXXVI, p. 180; G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, em *AG*, 1968, XLIV, pp. 516 e 517; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 44; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, em *ED*, XXIX, Milão, 1979, p. 59 e Id., *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 528; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, em *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milão, 1962, p. 365; E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, em *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milão, 1936, p. 57; P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, em *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazione. Comunione e possesso*, Turim, 1921, pp. 1-2; J. Vázny, *Naturalis obligatio*, em *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milão, 1930, p. 131; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Nápoles, 1981[6], p. 683; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1988, p. 627; A. Fernandez Barreiro, J. Paricio, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, p. 310; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997[9], § 354; A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1991, p. 346; G. Broggini, *Recensiones librorum*, em *SDHI*, 1965, XXXI, pp. 362-365; e J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, Rio de Janeiro, 2007[14], p. 396. Para uma visão dos direitos contemporâneos, *vide* A. Paes Silva Vaz Serra, *Obrigações naturais*, no *BMJ*, 1956, LIII, pp. 5 e ss; e M.J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, Coimbra, 2008[11], pp. 190-193.

[2] *Vide* S. Cruz, *Direito romano (ius Romanum)*, Coimbra, 1984[4], pp.106-107 e 110.

[3] *Vide* S. Cruz, *Direito romano (ius Romanum)*, cit., p. 106-108; e A. Santos Justo, *A crise da romanística*, no *BFD*, Coimbra, 1996, LXXII, pp. 42-44.

[4] Transcrevemos P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, em *RIDA*, 1972, XIX, p. 244.

[5] Transcrevemos A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Turim, 1955, p. 12. *Vide* também: S. Di Marzo, *In tema di naturalis obligatio*, em *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, I, Milão, 1940, p. 77; J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 135; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

O presente estudo procura aflorar estes temas e, se nada acrescenta, não deixará de contribuir, como esperamos, para que o novo cultor do direito civil não ignore as dificuldades duma figura que o direito romano consagra e vários códigos civis continuam a reconhecer.

Impõe-se, antes de avançarmos, que antecipemos, em brevíssima referência, a noção e caracterização mais consensuais da obrigação natural consagrada no direito do Imperador Justiniano[6]: é uma obrigação que se pode definir como relação caracterizada «por la existencia de una deuda derivada de un acto lícito, no exigible mediante una acción»[7] e cujo pagamento, acrescentamos, não se pode repetir.

Deste modo considerada, a obrigação natural contrapõe-se à obrigação civil, assim chamada, porque tutelada por uma acção pessoal (*actio in personam*) concedida pelo direito civil (*ius civile*) romano. E, dentro dos seus efeitos característicos, destaca-se também a irrepetibilidade do seu pagamento[8] e o direito de o credor fazer seu o que lhe foi pago (*soluti retentio*)[9].

1.2. Dificuldades etimológicas

Considerando que a verdadeira obrigação é a civil porque tutelada por uma acção pessoal, a terminologia utilizada nas fontes suscita algumas dificuldades. Com efeito, sendo a obrigação civil, por antonomásia, a verdadeira obrigação, causa algum embaraço que os jurisconsultos romanos tenham adjectivado, com o termo *naturalis*, uma relação que não é jurídica.

Com efeito, este adjectivo esvaziaria o substantivo *obligatio* e, daí, que haja quem veja na *obligatio naturalis* uma relação de mero facto, desempenhando aquele adjectivo a mesma função que se observa na expressão *possessio naturalis* em que a posse é

---

romano, cit., p. 528; e G.E. Longo, *Lenti progressi in tema di obligatio naturalis*, em *Labeo*, 1966, XII, p. 387 que chama também a atenção para os excessos cometidos por quem acaba por fechar os olhos perante tudo o que é suspeito.

[6] Falamos da época justinianeia que, segundo o critério jurídico-interno, começa no ano 530 e termina em 565, data da morte de Justiniano. Sobre esta época, dominada pelo classicismo (tendência intelectual que pretende valorizar e imitar o direito da época clássica [entre os anos 130 a.C. e 230]), pela helenização (tendência para sublimar a terminologia e certas construções jurídicas, informando-as de princípios e ideias filosóficas gregas) e, sobretudo, pela actualização e compilação do direito romano, *vide* S. Cruz, *Direito romano (ius Romanum)*, cit., p. 51; e A. Santos Justo, *A evolução do direito romano*, no *Volume comemorativo do 75º. tomo do BFD*, Coimbra, 2003, pp. 67-68.

[7] Transcrevemos F. Barreiro, J. Paricio, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit. p. 309. *Vide* também: A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, *Direito das obrigações*, em *Studia Iuridica*, 76, Coimbra, 2011[4], p. 222.

[8] O devedor não pode pedir ao credor a restituição do que lhe pagou: não goza da *condictio indebiti*.

[9] *Vide* A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 682; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, Milão, 1953[4], pp. 420-421; P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 172 e 180; A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 346; J. Iglesias, *Derecho romano*, Barcelona, 2010[18], p. 263; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 527.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

desvalorizada, transformando-se em simples detenção[10]. *Naturalis* significaria conforme à natureza das coisas, que também se observa nas expressões *liberi naturales* que significa filhos nascidos na família em contraposição a filhos adoptados (*adoptivi*) que são filhos não "segundo a natureza", mas por disposição do ordenamento jurídico[11]. Noutro sentido, afirma-se que as palavras *natura*, *naturalis*, *naturaliter* significam o que ocorre não por obra humana, mas "por força de outras forças"[12].

No mesmo sentido, *obligatio naturalis* seria a obrigação que nasce duma relação *de facto*, independentemente da vontade humana, relação essa retirada da vida social e sancionada pela consciência social[13].

Não sendo verdadeiras obrigações, estranha-se também que os jurisconsultos romanos tenham usado as expressões *debere* e *debitum*[14], embora quando as utilizam a propósito das obrigações de escravos, refiram que as empregam abusivamente, como observamos no seguinte texto de Ulpiano:

> D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab*.): *Nem o escravo pode dever coisa alguma nem se pode dever a escravo. Mas quando falamos abusivamente de dever, é para significar mais um facto do que uma obrigação do direito civil […]*[15].

Todavia, o adjectivo *naturalis* tem permitido aproximar as obrigações naturais do direito natural, havendo quem sustente, desde os juristas medievais, que pertencem a este direito e não ao direito positivo, representando a satisfação duma exigência de justiça e de equidade[16].

1.3. Doutrina não romanista

Se, por força das suas preocupações casuísticas, os jurisconsultos romanos não elaboraram, na época clássica, o conceito abstracto de obrigação natural, limitando-se

---

[10] Sobre a *possessio naturalis*, *vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, III, *Direitos reais*, em *Studia Iuridica*, 26, reimpressão, Coimbra, 2013, p. 156. Sobre a junção do adjectivo *naturalis* ao substantivo *obligatio*, *vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 534 e 536; e P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 4-5.

[11] *Vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 536, nt. 40; e A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 69.

[12] Assim, *v.g.*, os jurisconsultos romanos utilizam *naturalis ager* e *motus naturalis arboris* quando falam, respectivamente, de barreira não construída pelo homem e de movimento de árvore abalada pelo tempo. *Vide* P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., p. 3.

[13] Neste sentido, *vide* P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano,* cit., pp. 7-8.

[14] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 13.

[15] D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimos obligationem […]*.

[16] *Vide* E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 627; E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milão, 1955, p. 29; A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit. 346; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 531.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

a reconhecer apenas algumas *obligationes naturales* concretas[17], a doutrina não romanista continua a divergir sobre a noção, a caracterização e a natureza das obrigações naturais.

Com efeito, as incertezas persistem[18] e chega mesmo a falar-se de obrigação civil abortada ou degenerada, de mera situação de facto a que a lei atribui certos efeitos[19], de obrigação imperfeita[20], de obrigação incompleta[21], de um *tertium genus*, entidade intermédia entre o mero dever de consciência e a obrigação juridicamente exigível[22], de assimilação progressiva de obrigação natural e dever moral encarado nas suas consequências jurídicas[23], de mero dever moral dormente que se transforma em obrigação jurídica quando é cumprida[24], etc. No entanto, reconhece-se que é errado separar o direito moderno do direito romano[25].

Enfim, como observa De Villa, «il tema presenta anche oggi, nonostante molti risultati positivi raggiunti dalla scienza odierna, difficoltà gravi che già lo stesso Cuiacio esprimeva con il noto giudizio: "sunt in hac re multa eleges, quae pugnant invicem, et est summus labor in eis adducendis concordiam"»[26].

Ou, nas palavras de Bonfante, trata-se dum tema «in cui tutto può essere posto in discussione, in cui la giurisprudenza pratica oscilla senza posa e chiede il soccorso della teoria, mentre d'altra parte la teoria par condannata a rifare in ogni età un vero lavoro di Sisifo. Già da secoli la costruzione del concetto travaglia e divide la scienza del diritto romano, e ora n'è anche più travagliata e divisa la scienza del diritto civile»[27].

Todavia, o recurso ao direito romano não deixa de ser necessário. Nas palavras do civilista italiano De Ruggiero, «só isto é verdade: que a importância das obrigações naturais no direito moderno está notavelmente reduzida e é muito menor do que no romano, sendo porém certo que o germe contido nas disposições deste direito caiu

---

[17] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 148; e J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 396. *Contra*, *vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 517, nt. 4 e 519.

[18] *Vide* S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 44; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 59; M.J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., pp. 190-193; C.M. da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, II, *Teoria geral das obrigações*, 20ª. ed., Rio de Janeiro, 2004[20], p. 31; e S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, S. Paulo, 2005[5], p. 50.

[19] É, entre nós, a posição de G. Moreira, *apud*, A. Paes Silva Vaz Serra, *Obrigações naturais*, cit., p. 5.

[20] *Vide* C.M. da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, II, cit., p. 28

[21] *Vide* S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 49.

[22] *Vide* C.M. da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, II, p. 28, que cita Planiol, Ripert, e Boulanger; e S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 57.

[23] *Vide* F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., p. 180.

[24] *Vide* S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 57. *Contra*, destacando que «o pagamento é causa extintiva e não geradora deobrigações», *vide* C.M. da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., p. 31.

[25] *Vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 517.

[26] *Vide* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p. 365.

[27] *Vide* P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., p. 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

em terreno frutífero, mesmo muito frutífero»[28]. Com efeito, afastadas as situações peculiares do mundo romano – *v.g.*, a escravatura e o regime familiar em que os *filiifamilias* se encontravam –, o resto, com todas as preocupações, provém da Roma antiga e a lição dos seus jurisconsultos continua presente.

E, no mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira reconhece que «a imaginação romana criou uma dogmática que pôde penetrar o direito moderno sem perder as suas linhas estruturais, embora restrita na sua extensão e no número das hipóteses que abrange»[29].

2. Origem. O direito clássico

2.1. Preliminares

Grande parte dos romanistas entende que a *obligatio naturalis* terá sido criada nos finais do século I ou começos do século II graças ao labor de Javoleno e de Juliano, não sendo porventura alheia a influência da filosofia estóica[30].

E está hoje também consolidada a opinião de que teria surgido nos compromissos assumidos, primeiro, por escravos e, depois, por *filiifamilias*, enquanto a sua capacidade patrimonial não foi reconhecida com o crescente desenvolvimento dos pecúlios que assinala igualmente a substituição das suas obrigações naturais por obrigações civis[31].

No entanto, embora esta génese pareça definitivamente afirmada, é necessário ter presente que a *obligatio naturalis* é obra de gerações sucessivas até finalmente ao direito justinianeu que as fundamenta no direito natural[32].

---

[28] Transcrevemos R. De Ruggiero, *Instituciones de direito civil*, atualizado por Paulo Roberto Benasse e traduzido da 6ª. ed. italiana, por Paolo Capitanio, Campinas, 1999[1], p. 54.

[29] Transcrevemos C.M. da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, II, cit., p. 28.

[30] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., p. 222; P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., pp. 247-257; G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 517 e 518; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 13-14, 28-29, 67 e 148 (para quem não parece exacto individualizar o fundamento do regime da obrigação natural no particular ordenamento da família romana, entendendo que o fundamento e a extensão destas obrigações na época clássica está em aberto); J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, in *Labeo*, 1956, II, p. 112; E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, em *Studi in onore di Pietro De Francisci*, IV, Milão, 1956, p. 581; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., pp. 374-380; F. Barreiro, J. Paricio, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit. p. 310; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, Madrid, 1989[4], p. 413; A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 346; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., pp. 528-529; e E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 627.

[31] *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, p. 222.

[32] *Vide infra*, *sub* 4.6. *Vide* também: F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., p. 179; G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 546 e 549; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 142; P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., p. 10; e Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 354.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

2.2. A incapacidade jurídica de escravos e filhos. Capacidade de facto

Privados de liberdade, os escravos eram considerados coisas (*res mancipi*) sujeitas ao regime dos direitos patrimoniais: *v.g.*, à propriedade, ao usufruto, ao penhor, à posse, etc. Por isso, não gozavam de personalidade jurídica e, em consequência, também não lhes era reconhecida a capacidade de gozo de direitos[33]. Nas palavras de Paulo, «o indivíduo escravo não tem nenhum direito»[34]. E, refere Ulpiano, «o escravo não é capaz de se obrigar (civilmente)»[35].

No entanto, os escravos não deixam de ser homens, ou seja, seres dotados de inteligência, de capacidade de agir, de negociar, de constituir relações jurídicas. Não podendo o direito ignorar esta realidade, o seu trabalho foi aproveitado pelos seus proprietários para o exercício de actividades materiais e jurídicas, sobretudo negociais. Numa palavra, o direito reconheceu-lhes a capacidade negocial que os seus *domini* aproveitavam para, no seu interesse, realizarem negócios jurídicos seja ou não no âmbito de conjuntos de bens (*peculia*) cuja administração lhes era frequentemente confiada[36].

Também os *filiifamilias*, por se encontrarem sujeitos ao poder dos seus *patresfamilias*, não tinham capacidade patrimonial activa, como observa Gaio:

> D. 41.1.10.1 (Gai. 2 *inst.*): *Quem está sob a* potestas *de outrem não pode ter nada seu*[37].

Não deixavam, no entanto, de ter capacidade negocial (*ius commercii*), mas tudo o que adquiriam revertia para o património dos seus *patresfamilias*, únicos titulares de direitos patrimoniais no seio das suas famílias. Curiosamente, podiam contrair obrigações civis, mas não lhes podiam ser exigidas enquanto permanecessem sujeitos à *patria potestas*.

Vigorava o princípio segundo o qual *os nossos escravos (e filhos) podem melhorar a nossa posição, mas não piorá-la*[38]. No entanto, para evitar que a participação de escravos e filhos em negócios fosse recusada por quem estava impedido de receber os seus créditos – recordamos que *servi* e *filifamilias* adquiriam para os *domini* ou

---

[33] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, *Parte geral*, em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra, 2011[5], pp. 115-117.

[34] D. 4.5.3.1 (Paul. 11 *ad ed.*): *[…] servile caput nullum ius habet […].*

[35] D. 50.17.22 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *In personam servilem nulla cadit obligatio*.

[36] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 117-119

[37] D. 41.1.10.1 (Gai. 2 *inst.*): *[…] ipse qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest*. Embora este texto refira expressamente a situação dos escravos, aplica-se também aos *filiifamilias* que se encontram sob a *patria potestas* dos seus *patresfamilias*. Vide A. Santos Justo, *Direito privado romano*, IV, *Direito da família*, em *Studia Iuridica* 93, Coimbra, 2008, p. 137; e J. Iglesias, *Obligaciones naturales*, em *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 137.

[38] D. 50.17.133 (Gai. 8 *ad ed. prov.*): *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*. Cfr. igualmente: Gai. 1.87; D. 46.4.8 (Ulp. 48 *ad Sab.*). *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, IV, cit., p. 202.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

patresfamilas que, por sua vez, não respondiam por dívidas –, o pretor concedeu às pessoas com quem celebrassem negócios jurídicos a possibilidade de demandarem o *dominus* e o *pater*, com as acções a que os glosadores medievais chamaram *actiones adiecticiae qualitatis*[39].

2.3. Actos praticados por escravos

2.3.1. Na gestão de pecúlio

Para aproveitar a capacidade dos escravos, por vezes os seus donos atribuíam-lhes a administração de um pequeno património (denominado *peculium*) perfeitamente delimitado, obrigando-se a responder por dívidas até ao valor desses bens e, consequentemente, podendo ser demandado com a *actio de peculio*[40].

Segundo Florentino, «o pecúlio consiste também naquilo que alguém adquiriu por sua economia [...] e o dono deseja que o seu escravo o tenha como património próprio»[41]. E, na observação de Marciano, «o pecúlio nasce, cresce, decresce e morre e, por isso, dizia elegantemente Papírio Frontão, que o pecúlio é semelhante ao homem»[42]. A comparação do pecúlio ao homem, porque também nasce, cresce e morre, mostra um património autónomo com actividade própria. Por isso, o escravo podia pagar a um estranho com dinheiro do pecúlio e receber, para o pecúlio, a dívida contraída por terceiro no âmbito da gestão dos bens do pecúlio[43].

Todavia, como a responsabilidade do *dominus peculii* dependia da *obligatio* do escravo e esta era *naturalis*[44], surge o problema: como seria possível demandar o dono do pecúlio (e também dono do escravo) por uma obrigação natural contraída por este? Talvez através da ficção *si liber esset*, ou seja, fingindo que o escravo é livre e, portanto, pessoa[45].

---

[39] Trata-se de acções com transposição de sujeitos: na *intentio* da fórmula (processual) surge o nome do escravo ou do filho e, na *condemnatio*, o nome do dono ou do pai. *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 202-203; e P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, cit., p. 10. Sobre as acções translativas, vide A. Santos Justo, *ibidem*, p. 257.

[40] *Vide* P. Fuenteseca, *Derecho privato romano*, cit., p. 10

[41] D. 15.1.39 (Flor. 11 *inst.*): *Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit […] idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit*.

[42] D. 15.1.40 (Marcian. 5 *reg.*): *Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur; et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini*.

[43] *Vide* P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, cit., p. 171.

[44] Recordamos Ulpiano (D. 50.17.22 pr. [Ulp. 28 *ad Sab.*]): *o escravo não é capaz de se obrigar (civilmente)*. Vide também S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 37.

[45] *Vide* O. Lenel, *Das edictum perpetuum*, Lípsia, 1927[3], p. 261, nt. 3, que apenas duvida se a ficção teria sido *si liber fuisset* ou *si liber esset*, embora pareça inclinar-se para a segunda versão, sem deixar de admitir, ainda, ambas as ficções. *Vide* também A. Santos Justo, *A fictio iuris no direito romano (actio ficticia). Época clássica. I*, no *Suplemento XXXII do BFD*, Coimbra, 1988, p. 398 e Id., *Direito privado romano*, I, cit., pp. 118-119.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Importa, no entanto, clarificar o que escreveu Juan Iglesias, para quem «la jurisprudencia tiende, por verdade, a ratificar la personalidade humana y moralmente evidente, según la estimativa social, del *filius* e el *servus*, pero sin equipararla a la que es propria, según la añeja y recia norma civil, del *pater* e del *dominus*». A *fictio iuris* é um expediente da técnica jurídica que permite afastar um obstáculo à concessão de uma *actio civilis*, fingindo que não existe o que, na verdade existe, ou que existe o que, na verdade, não existe. Trata-se duma mentira consciente que procura resolver apenas problemas concretos: contraria a realidade jurídica prevista no *ius civile*, sem ab-rogar ou derrogar as suas normas. Por isso, é um expediente *adversus veritatem iuridicam (iuris civilis*) por contrariar a realidade jurídica civil; mas é, ao mesmo tempo, *pro veritate (iuris romani* em geral e *iuris praetorium*, em particular) por tornar possível o advento e a consolidação de novas normas jurídicas inspiradas em novos e actuais valores ético-jurídicos[46]. Ou seja, o princípio civil de que o escravo não tem personalidade jurídica e, portanto, não tem capacidade de gozo não é derrogado, exactamente porque se finge que não é escravo, mas homem livre, ou seja, pessoa.

Afastada esta dificuldade, não será difícil compreender a frequência de negócios realizados por um escravo na gestão do pecúlio, enriquecendo o seu dono.

Mais: os romanistas consideram que a *obligatio naturalis* foi criada no âmbito das relações servis à volta da exploração de pecúlios[47]. E observam que as fontes referem situações diversas: dívidas entre dono e escravo; e dívidas entre escravo e terceiros.

A primeira hipótese – dívida entre escravo e dono – está documentada em Gaio, que refere:

> Gai. 3.119a: *O* fideiussor*, por sua parte, pode intervir em todas as obrigações, isto é, contraídas ou pela coisa, ou por palavras, ou por documentos escritos, ou pelo consentimento. E não importa que seja civil ou natural a obrigação à qual se acrescenta um fiador porque ele obriga-se também pelo escravo, quer seja estranho quem aceita o fiador do escravo, quer seja o próprio senhor o aceitante, relativamente à dívida*[48].

Gaio diz que as obrigações naturais podem ser garantidas por *fideiussio*[49] e refere que a obrigação (natural) de um escravo para com o seu dono pode ser garantida por esta garantia pessoal.

---

[46] *Vide* A. Santos Justo, *A fictio iuris no direito romano (actio ficticia). Época clássica. I*, cit., pp. 59-64.

[47] *Vide supra*, *sub* 2.1. E também: A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 347; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., pp. 263-264; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 528.

[48] Gai 3.119a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur*.

[49] Trata-se duma garantia pessoal. *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., pp. 162-165.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

A segunda hipótese – dívida entre escravo e terceiro – está inequivocamente consagrada, desde logo, na obrigação do escravo ser dedutível no pecúlio para determinar os limites da responsabilidade do dono demandado com a *actio de peculio*. Vejamos Gaio:

> Gai. 4.73: *Para calcular o valor do pecúlio deve deduzir-se previamente o que (o filho ou) o escravo deve ao (pai ou ao) dono […] e só se considera pecúlio o que resta […]*[50].

Constituindo o pecúlio um património autónomo cuja gestão é confiada a um escravo e cuja propriedade pertence ao dono e sendo necessário calcular o seu valor para se determinar a responsabilidade do *dominus* por dívidas contraídas pelo *servus* no âmbito da sua gestão, o valor do pecúlio (e desta responsabilidade) obtém-se começando por deduzir o que o escravo deve ao seu dono. Ou seja, se os bens do pecúlio valerem 1.000 e a dívida do escravo para com o seu dono for de 500, o pecúlio vale 500 e só até este valor responde o *dominus* perante terceiros[51].

Esta responsabilidade do *dominus servi* é reafirmada também por Gaio:

> Gai. 4.74: *Não há dúvida também que quem fez o negócio por ordem do […] dono e ao qual compete a fórmula exercitória ou institória pode agir com a* actio de peculio *ou* de in rem verso *[…]*[52].

Gaio analisa a situação de um escravo que, devidamente autorizado pelo seu dono, realizou um negócio jurídico com terceiro, de quem se tornou devedor. O dono do escravo pode ser demandado com a *actio exercitoria*[53] ou com a *actio institoria*[54]. Todavia, tratando-se de pecúlio, o dono só responde até ao seu valor com a *actio de peculio*, assim se evitando que a sua responsabilidade exceda este valor[55].

---

[50] Gai 4.73: *Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove […] a fillio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur […]. Vide* A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 424; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 422; P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 2002[5], p. 403; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., 414; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 531; e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993[4], p. 511.

[51] Sobre a *deductio peculii*, *vide* E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, cit., p. 582; e J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 139-141, 146, 151-152.

[52] Gai. 4.74: *Ceterum dubium non est, quin et is, qui iussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula conpetit, de peculio aut de in rem verso agere possit*.

[53] Trata-se duma acção outorgada contra o *dominus* (ou contra o *pater*) por dívida contraída por escravo (ou filho), enquanto *magister navis*, no âmbito duma actividade comercial marítima. Cfr. Gai. 4.71.

[54] Trata-se duma acção concedida contra o *dominus* (ou contra o *pater*) por dívida contraída por escravo (ou filho), no exercício duma actividade comercial terrestre de que o escravo (ou filho) era responsável como gerente (*institor*). Cfr. Gai. 4.71.

[55] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., p. 203; e G.E. Longo, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 1950, XVI, p. 99.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Importa recordar, no entanto, que a possibilidade de o *dominus* ser demandado por obrigação contraída por escravo pressupõe que esta seja civil, ou seja, que o escravo seja considerado, por ficção, *si liber esset*[56]. Por isso, não nos parece aceitável a opinião que vê na *fideiussio* um expediente que indirectamente assegurava a coercibilidade a um débito de escravo[57]. Com efeito, se a *fideiussio* assegurasse a coercibilidade, dificilmente se compreenderia que o *dominus* respondesse por obrigação natural não garantida[58].

Tão-pouco parece provável que *a actio* e a *deductio de peculio* tenham assegurado indirectamente a coercibilidade às obrigações contraídas por escravos na gestão de pecúlios, enquanto as obrigações naturais não foram criadas[59]. Se assim fosse, o escravo (ou o seu dono) não podia demandar o terceiro que, no âmbito do pecúlio, se tornasse devedor[60] nem merece crédito a ideia de que a obrigação natural, em hipóteses em que não há pecúlio, é menos frequente na prática[61]. Acresce que também não se compreende facilmente que o pecúlio tenha sido visto como "sujeito" de obrigações, pelas quais o seu dono pode ser demandado[62].

2.3.2. Sem pecúlio

Nem sempre os donos constituíam pecúlios cuja gestão confiavam aos seus escravos. Nem por isso, todavia, deixavam de aproveitar a sua capacidade intelectual para realizarem negócios jurídicos no seu interesse.

Assim, se o *dominus* ordenasse ao seu *servus* que celebrasse determinado negócio jurídico, respondia pelas correspondentes obrigações. Vejamos Gaio:

> Gai. 4.70: *Assim, em primeiro lugar, se por ordem do (pai ou do) dono, um negócio for concluído, o pretor faculta contra o (pai ou contra o) dono, uma acção* in solidum. *Com razão, pois quem assim faz um negócio confia mais na palavra do (pai ou do) dono do que na palavra do (filho ou do) escravo*[63].

---

[56] *Vide supra*, nota 45 e, ainda: A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 65.

[57] *Vide* S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., pp. 35-37, para quem, por falta de acção, a obrigação contraída por escravos era inexistente, embora tivesse existência *de facto* expressa pelo vocábulo *naturalis*; e a possibilidade de se juntar uma *fideiussio* justificava-se por se juntar ao contrato e não à obrigação.

[58] *Vide* também G.E. Longo, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, cit., pp. 112-114, para quem os meios de coercibilidade dispostos pelo regime do pecúlio constituiriam o antecedente lógico das obrigações naturais.

[59] Neste sentido, *vide* J. Vázny *apud* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., pp. 371 e ss.; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 60, nt. 424; e V. De Villa, *ibidem*, p. 390.

[60] Haja em vista que a *actio de peculio* era intentável contra e não pelo *dominus servi*. *Vide supra*, nota 50; e A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., p. 203; e V. De Villa, *ibidem*, p. 375.

[61] Neste sentido, *vide* V. De Villa, *ibidem*, p. 375.

[62] Neste sentido, *vide* J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 144.

[63] Gai. 4.70: *Inprimis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve conparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Sendo solidária a responsabilidade do *dominus*, a obrigação a que se junta só pode ser a contraída pelo autor do negócio, ou seja, pelo escravo. Pergunta-se: como é possível? Juntar uma obrigação civil a uma obrigação natural não faz sentido, porque, nesta, o obrigado não é obrigado a pagar; logo, a solidariedade não existe. Por isso, pensamos que, para o *dominus* poder responder, a *obligatio naturalis* do escravo devia ser substituída por uma *obligatio civilis*, através da ficção de que o escravo era uma pessoa: a ficção *si liber esset*. É claro que, não tendo bens, o credor não teria interesse em demandar o escravo e, por isso, restava-lhe a possibilidade de demandar o *dominus servi*. Na prática, a solidariedade não existia, a menos que, entretanto, o escravo fosse libertado e dispusesse de património. Mas só aquela *fictio* permitiria demandar o dono enquanto permanecesse escravo[64].

De resto, o próprio Gaio fala-nos de acções fictícias que o pretor concedia para afastar obstáculos a uma acção civil. E, dentro dos casos exemplificados, refere a acção de petição de herança concedida em via fictícia ao herdeiro pretório (*bonorum possessor*), com a ficção *si heres esset*[65]; a acção a quem perdeu a posse adquirida por título (justa causa) e de boa fé para, fingindo-se proprietário – ficção de usucapião –, recuperar a coisa[66]; a acção de furto concedida contra ou a favor de um estrangeiro, com a ficção de que é cidadão romano (*si civis Romanus esset*)[67]; e a mesma ficção para permitir a um estrangeiro demandar ou ser demandado pela acção da lei Aquilia[68].

Em qualquer destes casos, a ficção destinava-se a afastar obstáculos à concessão de acções civis[69]. Portanto, nada de surpreendente ocorreria na época clássica quando, como pensamos, o pretor concedia acções fictícias com a ficção de que, sendo livre (*si liber esset*), as obrigações contraídas por escravos se tornavam civis para os donos poderem responder solidariamente.

É neste contexto que teriam sido concedidas contra o dono, por obrigações contraídas por um escravo, além da *actio de peculio* e da *actio quod iussu*, as acções *institoria*, *exercitoria* e *de in rem verso*, respectivamente, quando o escravo actuava como gerente (*institor*) duma actividade comercial terrestre, como *magister navis*, no exercício duma actividade comercial marítima e, fora destes casos, por dívida contraída por escravo mas só até ao enriquecimento do *dominus*[70]. Em todos eles, o *dominus* respondia solidariamente – não totalmente na *actio de in rem verso* –, responsabilidade esta que só era possível por se juntar à *obligatio naturalis* do escravo elevada a *obligatio civilis* por efeito duma *fictio*. Gaio oferece-nos o necessário apoio e, se as ficções do

---

[64] *Vide* nota 45.

[65] Cfr. Gai. 4.34.

[66] Cfr. Gai. 4.36.

[67] Cfr. Gai. 4.37.

[68] Cfr. Gai. 4.37.

[69] Cfr. Gai. 4.111. *Vide* A. Santos Justo, *A fictio iuris no direito romano (actio ficticia). Época clássica*, cit., pp. 85-94.

[70] Cfr. Gai. 4.74. *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 202-203.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

direito não surgem no *Corpus iuris civilis*, explica-se pela animosidade de Justiniano a este *modus operandi* da técnica jurídica[71].

Nas relações entre donos e escravos e entre estes e terceiros, Gaio refere que a *obligatio naturalis* pode ser garantida por *fideiussio* seja a favor de estranho seja a favor do próprio *dominus*[72]. Este texto mostra inequivocamente a possibilidade de um escravo contrair uma obrigação perante estranho, mas não afasta a dificuldade de, sendo a garantia pessoal acessória da obrigação principal, ser coercível a garantia e não o ser a obrigação garantida. A explicação quiçá mais plausível parece ser a de que a obrigação natural do escravo converter-se-ia em civil por força da ficção *si liber esset*. Reforça este entendimento o facto de a *fictio iuris* só produzir os seus efeitos no caso concreto. E, porque se trata dum expediente que consagra uma mentira consciente, não repugna pensar que, com o tempo, a própria *obligatio naturalis* acabasse por poder ser garantida por uma *fideiussio*. Seria uma entorse à acessoriedade desta garantia[73], mas uma entorse que afastaria a falsidade daquela *fictio*.

Também o seguinte texto de Africano[74], refere a possibilidade de a obrigação do escravo ser garantida por *fideiussio*:

> D. 46.1.21.2 (Afr. 7 *quaest.*): *emprestei dinheiro a um escravo teu e tu manumitiste-o. Depois, aceitei-o como fiador: se a fiança garantia a obrigação que perdura contra ti durante um ano (depois da manumissão), Juliano diz que (aquele liberto) fica obrigado; mas se a fiança garante a própria obrigação natural do escravo, é inválida, pois não é concebível que alguém se obrigue como fiador de si mesmo […]*[75].

Africano parte da obrigação do *dominus* proveniente de um mútuo concedido ao seu escravo. Foi manumitido e, uma vez livre, garantiu essa obrigação. E o jurisconsulto distingue: se a obrigação garantida é do *dominus servi*, o garante está obrigado; se a garantia é da obrigação natural do escravo, este, uma vez livre, não se pode garantir a si próprio. Fica a ideia de que a obrigação do *dominus* se junta à obrigação natural do escravo e, por isso, persiste o problema: como podia a obrigação civil do *dominus* juntar-se à *obligatio naturalis* do escravo? De novo o recurso à ficção *si liber esset* do escravo resolve este problema, mas, porque mentira consciente, esgota-se nele. Por isso, o problema subsiste nos demais casos e só podia ser resolvido, em termos gerais,

---

[71] Vide A. Santos Justo, *A fictio iuris no direito romano (actio fictícia). Época clássica,* cit., p. xix.

[72] Cfr. Gai. 3.119a. *Vide* nota 43.

[73] Vide A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., p. 163.

[74] Este fragmento é considerado genuíno por A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 37.

[75] D. 46.1.21.2 (Afr. 7 *quaest.*): *Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi. si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait: sin vero in naturalem suam, potius ut nihil agatur: non enim intellegi posse, ut quis pro se fideiubendo obligetur […].*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

com uma entorse: a possibilidade de o *dominus* responder mesmo que a *obligatio* do escravo seja *naturalis*. E, sendo assim, também se compreende a possibilidade de uma obrigação natural ser garantida por uma *fideiussio* que é uma obrigação civil.

Esta ideia de uma *obligatio naturalis* que se tornou *civilis* por efeito da ficção *si liber esset* permite compreender o seguinte fragmento de Juliano:

> D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*): *Consideram-se obrigações naturais não só aquelas a que pertence alguma acção, mas também quando não se pode repetir o pagamento que se faça das mesmas, pois, embora não possamos dizer com propriedade que os devedores naturais são devedores, pode assim entender-se por abuso de linguagem e que os que deles cobram algo cobraram o que se lhes devia*[76].

Neste texto, as obrigações naturais podem ser munidas de acção, ou seja, coercíveis. No entanto, chamar devedores aos sujeitos passivos constitui um abuso de linguagem. Juliano tem em atenção o verdadeiro conceito de devedor: deve quem é obrigado a pagar. Ora, se os devedores naturais podem ser obrigados é porque são devedores, embora em sentido abusivo.

Mas porquê a referência a acção? Talvez porque se podem converter em obrigações civis, por efeito da ficção de que o devedor (escravo) é livre. Observa-se aqui uma hesitação e pressente-se a necessidade de dar um passo: afastar a ficção, considerando que o dono do escravo responde pelas suas obrigações naturais. Ao mesmo tempo, a irrepetibilidade é reconhecidamente uma marca fundamental.

Esta ideia está igualmente presente noutro texto de Juliano:

> D. 46.1.19 (Iul. 4 *ex Min.*): *Um escravo tinha afiançado alguém sem que o seu dono soubesse e tinha pago a dívida desse devedor. Perguntava-se se o dono podia repetir a quantia daquele credor a quem tinha feito o pagamento. Respondeu: há que ver por que causa afiançou e com que dinheiro pagou, porque se afiançou por causa do pecúlio, o que pagou com dinheiro do pecúlio o dono não poderá reclamar, mas poderá reclamar o que o escravo pagou com dinheiro do seu dono; em contrapartida, se afiançou por causa alheia ao pecúlio, poderá igualmente reclamar-se o que foi pago com dinheiro do seu dono e poderá repetir-se, pela condição, o que tenha sido pago com dinheiro do pecúlio*[77].

---

[76] D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*.

[77] D. 46.1.19 (Iul. 4 *ex Min.*): *Servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine pecuniam solverat: quaerebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere. respondit: interest, quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aeque vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

O centro das obrigações naturais é a não repetibilidade do seu pagamento. O escravo garantiu, por *fideiussio*, uma obrigação sem conhecimento do dono e depois pagou a dívida garantida. Se a fiança e o pagamento foram feitos no âmbito do pecúlio, o dono não pode repetir: haja em vista que o dono do escravo é também proprietário do pecúlio. Se o pagamento foi feito com dinheiro do dono, fora do pecúlio, o dono pode repetir. Do mesmo modo, o pagamento pode ser repetido se a fiança foi feita sem ligação ao pecúlio; e se o pagamento se fez à custa do pecúlio, há lugar à repetição através da *condictio*.

Na primeira hipótese, tudo se passa no âmbito do pecúlio: a garantia do escravo responsabiliza-o naturalmente; e civilmente, o dono. Nas outras hipóteses, se a fiança é alheia ao pecúlio e o pagamento foi feito à custa do dono ou do pecúlio, o *dominus servi* sofre um empobrecimento (directa ou indirectamente através do pecúlio) com o consequentemente enriquecimento do credor que foi pago. Por isso, há lugar à *condictio.*

De qualquer modo, a ficção de que o escravo é livre transforma a sua obrigação de natural em civil somente para que o dono possa responder solidariamente. As obrigações estranhas ao pecúlio ou não autorizadas pelo *dominus servi* são e mantêm-se naturais e, por isso, são incoercíveis.

Do mesmo modo, se a obrigação (natural) contraída por escravo foi paga pelo escravo devedor com bens do pecúlio de que era administrador ou por terceiro, depois de o escravo ter sido manumitido, o pagamento não pode ser repetido, como observa Paulo:

> D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Também contrai obrigação natural o escravo e, por isso, como escreve Pompónio, se um terceiro paga, em seu nome ou o próprio escravo paga depois de ser manumitido com bens do pecúlio cuja livre administração tinha, não poderá repetir-se. Em consequência fica também obrigado o fiador recebido por dívida do escravo e fica obrigada a garantia que se deu por dívida sua e se o escravo que tem a administração do pecúlio tivesse dado uma garantia por dívida sua, há que dar uma acção pignoratícia útil*[78].

O jurisconsulto confirma a possibilidade de um escravo se obrigar *naturaliter*. Se um terceiro pagar ou o próprio escravo com bens do pecúlio de que é administrador, não pode repetir. Como temos observado, a obrigação natural pode ser garantida e, por isso, o fiador torna-se responsável. Pensamos que, num primeiro momento, só seria possível se a obrigação natural do escravo se convertesse em obrigação civil por efeito da ficção *si liber esset*; depois, afastada a ficção, admite-se uma entorse à acessoriedade

---

[78] D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

da garantia: sem nada falsear, o fiador responsabiliza-se por uma obrigação natural, ou seja, a coercibilidade da garantia não exige a coercibilidade da obrigação garantida.

Todava, há, aqui, uma situação nova: a possibilidade de a obrigação natural ser garantida com bens do pecúlio, situação em que Paulus defende a concessão ao credor garantido de uma *actio pigneraticia utilis*. Ou seja, à obrigação natural do escravo junta-se uma garantia real constituída pelo escravo enquanto administrador de um pecúlio, sobre bens deste pecúlio. Neste caso, respondem os bens dados em garantia se a obrigação natural do escravo não for paga. Nada de extraordinário, porque o escravo não garante com bens próprios, que não tem, mas com bens do pecúlio que administra livremente por encargo do *dominus peculii*. A circunstância de a acção pignoratícia ser *utilis* revela a extensão ao credor pignoratício duma acção (a *actio Serviana* ou *actio pigneraticia in rem*) inicialmente concedida ao credor hipotecário para pedir a restituição da coisa empenhada[79]. Mas não afasta a necessidade de, num primeiro momento, se transformar a *obligatio naturalis* do escravo em *obligatio civilis*, por virtude da ficção *si liber esset*.

2.4. Actos praticados por filhos

Como referimos[80], os *filiifamilias* embora tivessem capacidade negocial (*ius commercii*), não tinham capacidade patrimonial e, por isso, tudo o que adquiriam revertia para o património dos seus *patresfamilias*, únicos titulares de direitos patrimoniais no seio das suas famílias[81]. Curiosamente, podiam contrair obrigações civis, mas não lhes podiam ser exigidas enquanto permanecessem sujeitos à *patria potestas*.

Vigorava o princípio segundo o qual *os nossos escravos (e filhos) podem melhorar a nossa posição, mas não piorá-la*[82].

Num primeiro momento, para evitar que a participação dos filhos em negócios fosse recusada por quem estava impedido de receber os seus créditos – recordamos que os *filifamilias* adquiriam para os seus *patresfamilias* que, por sua vez, não respondiam por dívidas –, o pretor concedeu às pessoas com quem celebrassem negócios jurídicos a possibilidade de demandarem o *pater* com as acções a que os Glosadores medievais chamaram *actiones adiecticiae qualitatis*[83].

No entanto, foi-lhes paulatinamente reconhecida a capacidade patrimonial em determinados bens: primeiro, nos adquiridos durante a prestação do serviço militar (*bona castrensia*); depois, nos obtidos no desempenho dum cargo público, no exercí-

---

[79] *Vide* A. Santos Justo, *Penhor (pignus datum)*, em *Lusíada. Universidade Lusíada do Porto*, *Nº. 5/6*, 2012, p. 300.

[80] *Vide supra*, *sub* 2.2.

[81] *Vide supra*, *sub* 2.5.

[82] *Vide* nota 33.

[83] *Vide* nota 34.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

cio da advocacia ou por concessão imperial (*bona quasi castrensia*); e, finalmente, em todos os bens adquiridos desde que não provenientes do seu *paterfamilias* (*peculium* dito *profecticium*). Os bens de que *filiusfamilias* era proprietário denominavam-se *adventicia* e o seu *paterfamilas* gozava do direito de usufruto[84].

Sendo os *filiifamilias* cidadãos romanos e, portanto, com personalidade jurídica e capacidade negocial, faziam negócios jurídicos nos quais podiam contrair obrigações civis. Se o *paterfamilias* autorizasse, respondia solidariamente; de contrário, o *filiusfamilias* só respondia quando, libertando-se da *patria potestas*, ou seja, tornando-se *sui iuris*, adquirisse a capacidade patrimonial. Na primeira hipótese – autorização do *paterfamilias* –, não se vê obstáculo à responsabilidade solidária do *paterfamilias*: a sua obrigação (civil) junta-se à obrigação (civil) do seu *filiusfamilias*. O que significa que a possibilidade de o *filiusfamilias* contrair uma *obligatio naturalis* só pelo facto de ser *filiusfamilias* está afastada. Se a pode contrair, é por alguma das causas comuns a quem é livre.

O que dizem as fontes? Convirá distinguir as relações entre *filius* e pessoa estranha à sua família, entre *filiifamilias* sujeitos à mesma *patria potestas* e entre *filius* e o seu *paterfamilias*.

Relativamente à primeira hipótese, o credor de um *filiusfamilias* pode, na vida do *paterfamilias*, demandar aquele e obter a sua condenação. Este princípio é referido por Gaio:

> D. 44.7.39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): *O filho de família obriga-se por todas as causas como se fosse independente e, por isso, pode ser demandado como se fosse* pater familias[85].

Todavia, se for condenado, a acção executiva (*actio iudicati*)[86] só pode ser intentada quando, saindo da *patria potestas*, se tornar independente, como observamos também em Paulo:

> D. 14.5.5 pr. (Paul. 30 *ad ed.*): *Se o filho de família fosse demandado e condenado vivendo o seu pai, a acção executiva deve ser dada posteriormente, contra o emancipado ou deserdado por quanto possa pagar*[87].

Se o *filiusfamilias* se obriga como qualquer *paterfamilias*, a sua obrigação só pode ser civil, embora a sua execução só ocorra quando, sendo independente, dispuser de bens.

---

[84] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 137-138.

[85] D. 44.7.39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): *Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest*. Cfr. também: I. 3.19.6. *Vide* F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., p. 169.

[86] Sobre esta acção *vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 381-382 e 413.

[87] D. 14.5.5 pr. (Paul. 30 *ad ed.*): *Si filius familias vivo patre conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exheredatum postea iudicati actio in id quod facere potest danda est*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Quanto à segunda hipótese – relações entre *filius* sujeitos à *patria potestas* do mesmo *paterfamilias* –, o seguinte texto de Africano fala de *obligatio naturalis*:

> D. 12.6.38 pr. (Afr. 9 *quaest.*): *Um irmão que tinha recebido dinheiro a título de mútuo de outro que estava sob a mesma* pátria potestas *pagou-lhe depois de o pai ter falecido. Pergunta-se se podia repetir (o pagamento) como indevido. (Juliano) respondeu que certamente repetirá na proporção da (confusão na) parte em que tivesse herdado do seu pai e, na que tiver herdado o seu irmão se este tiver recebido do pecúlio do irmão devedor uma quantia maior (à correspondente da dívida não confundida), pois a obrigação natural que tiver existido parece ter-se extinguido pelo facto de o irmão ter recebido parte daquele pecúlio […]*[88].

O pensamento de Juliano, a que o seu discípulo Africano[89] se refere compreende-se tendo presente a existência de um pecúlio, no âmbito do qual um dos irmãos (gestor do pecúlio) contraiu um mútuo ao outro irmão. Sendo o pecúlio propriedade do *paterfamilias* comum, à sua morte integra a herança que será distribuída pelos filhos. E, partilhada esta, parte do débito do pecúlio confunde-se com a parte do crédito do herdeiro que contraiu a obrigação; assim como parte do crédito do herdeiro credor confunde-se com a parte do débito que lhe corresponde na partilha. Ou seja, a confusão determina a extinção parcial da obrigação. Por isso, se o débito for inferior à parte do pecúlio atribuída ao herdeiro devedor, este pode repetir o excesso que pagou depois da morte do *paterfamilias*[90].

Fala-se aqui de obrigação natural que, não podendo justificar-se pela incapacidade de o *filiusfamilias* contrair uma obrigação civil – contrariamente ao que sucede com os escravos –, só pode compreender-se pelo facto de devedor e credor estarem sujeitos à mesma relação familiar de *patria potestas*[91].

Finalmente, tratando-se duma relação jurídica entre *filius* e *paterfamilias*, Juliano, citado por Africano, fala-nos de duas situações, como observamos em:

---

[88] D. 12.6.38 pr. (Afr. 9 *quaest.*): *Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an repetere possit. respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus […].*

[89] *Vide* S. Cruz, *Direito romano*, cit., p. 392, para quem «a maior glória de (Africanus) consiste em ter sido discípulo de Iulianus e o grande divulgador das doutrinas do seu Mestre».

[90] Exemplificando: o pecúlio vale 70 (activo 100 - passivo 30); havendo dois filhos, cada um terá direito a 35. Se, antes da morte do *pater*, o filho devedor pagou 35, pode repetir do irmão 5 que se juntam aos restantes 30 do pecúlio.

[91] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 27, 62-63 e 147; Id., *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 611; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 112; P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., pp. 254-256; e E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 629.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

> D. 12.6.38.1 (Afr. 9 *quaest.*): *pôs-se a questão de saber se se pode repetir como indevidamente pago o que um pai tivesse prestado a um filho e este pagou depois de ter sido emancipado. Respondeu (Juliano) que não podia quando não ficasse pecúlio algum em poder do pai, pois perdura a obrigação natural, como prova: se um estranho demandasse (com a acção de) pecúlio dentro do ano, o pai poderia deduzir o que o filho lhe tivesse devido*[92].

> D. 12.6.38.2 (Afr. 9 *quaest.*): *Vice-versa se um pai tivesse pago ao mesmo filho emancipado o que lhe devia, não poderá repetir pois também aqui perdura a obrigação natural, como prova o mesmo argumento: se um estranho demandasse (com a acção de) pecúlio dentro do ano, computar-se-ia também no pecúlio o que o pai tivesse devido àquele filho […]*[93].

No primeiro fragmento, um filho contraiu uma obrigação para com o seu pai e pagou-a depois de ter sido emancipado. No caso de não haver pecúlio (cuja propriedade pertence ao pai) em que a dívida se integrasse, o filho não pode repetir o que pagou, porque se trata duma *obligatio naturalis*. Porque, se existisse pecúlio, e o pai fosse demandado por um credor estranho à família, o valor do pecúlio – que limita a responsabilidade do pai – seria calculado deduzindo o crédito do *paterfamilias*. Ou seja, pela obrigação responderia o *paterfamilias* somente com os bens do pecúlio; não havendo, não responde.

No segundo texto, a situação é inversa: o pai contraiu um mútuo perante um *filius* seu e depois de o emancipar, pagou a dívida. Também aqui a *obligatio* do *paterfamilias* é considerada *naturalis* e, por isso, o seu pagamento não pode ser repetido.

Em conclusão, as obrigações contraídas entre *pater* e *filius* são naturais. Todavia, não se podendo justificar na incapacidade civil do devedor e do credor, a sua explicação só pode residir na relação familiar que os une.

2.5. Conclusão

Como referimos, os escravos não gozam de personalidade jurídica e, por isso, não têm capacidade negocial de gozo. Todavia, enquanto homens e, portanto, seres dotados de inteligência, tinham capacidade natural para realizar negócios jurídicos. Não podendo responder civilmente pelas obrigações contraídas, a sua condição natural impôs que pudessem produzir alguns efeitos jurídicos: o seu pagamento não pode ser exigido, mas, uma vez verificado, é irrepetível. Tais *obligationes* são *naturales*.

---

[92] D. 12.6.38.1 (Afr. 9 *quaest.*): *Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset.* Cfr. também: D. 15.1.11.2 (Ulp. 29 *ad ed.*).

[93] D. 12.6.38.2 (Afr. 9 *quaest.*): *Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur, quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur […].*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

No entanto, para que os seus proprietários pudessem servir-se das suas capacidades naturais, afastando o desinteresse de terceiros em negociarem com escravos – que adquiriam para os seus donos, mas estes não respondiam pelas dívidas –, o pretor obrigava-os solidariamente pelas obrigações contraídas pelos seus escravos em situações bem definidas: ou por autorização-ordem (*iussum*) ou pela colocação dos escravos como gestores de pecúlios, gerentes de estabelecimentos comerciais ou responsáveis pela condução de navios. Todavia, a responsabilidade solidária só era possível transformando as *obrigações naturais* desses escravos em obrigações civis, por virtude de ficções *si liber esset*[94].

Do mesmo modo, a possibilidade de tais obrigações naturais serem garantidas implicava, dada a acessoriedade das garantias, a necessidade de se converterem em obrigações civis por efeito da mesma *fictio*. Tratava-se, no entanto, de mentira consciente da técnica jurídica que só permitia afastar obstáculos em situações concretas. Não tinha alcance geral.

Por isso, consolidados os efeitos principais das obrigações naturais – a não coercibilidade e a não repetição do pagamento, porque devido –, aquela ficção tornou-se desnecessária, afirmando-se, embora com uma entorse jurídica, a possibilidade de a obrigação natural ser garantida por garantia pessoal ou real.

Relativamente às relações entre *filius* e estranhos à família, as obrigações contraídas por aquele eram civis. Todavia, por falta de capacidade patrimonial – enquanto não foi possível a constituição de pecúlios que paulatinamente determinou o reconhecimento de capacidade patrimonial –, a sua execução só era possível quando adquirissem a sua independência – tornando-se *sui iuris* – e, portanto, passassem a gozar de capacidade patrimonial. Antes ou depois de se tornarem *sui iuris*, não estávamos perante obrigações naturais, mas civis[95].

O mesmo não sucedia nas relações entre filhos e pais e entre irmãos porque nem aqueles nem estes são obrigados a pagar, a menos que as obrigações se integrem em pecúlios, hipótese em que o *pater* responde através dos bens do pecúlio e só até ao seu valor; e em que o débito ou crédito do filho será considerado no partilha da herança a que o pecúlio pertence. Não sendo obrigados a pagar, mas não podendo repetir o que for pago, a obrigação foi considerada natural. Não por incapacidade jurídica, mas pela relação familiar (*patria potestas*) que une irmãos, filhos e pais.

Expostas estas ideias, não surpreende que os romanistas tenham visto nas *obligationes naturales* de filhos e escravos os casos paradigmáticos destas obrigações[96],

---

[94] *Vide* nota 45.

[95] *Vide* Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353, nt. 1, para quem as dívidas dos *filiifamilias* podiam dar lugar a uma acção, mas não à execução (excepto no pecúlio castrense). *Vide* também: J. Iglesias, *Obligaciones naturales*, cit., pp. 137 e 139; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 529.

[96] Neste sentido, *vide* M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 59, nt. 418 e p. 60; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., pp. 366-368, 376-377, 380-381; e A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., pp. 64 e 685.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

não faltando mesmo quem as restrinja, na época clássica, às obrigações de escravos e filhos[97].

II. DIREITO JUSTINIANEU

3. Noção. Caracterização

As *Institutiones* de Justiniano definem a obrigação como «um vínculo do direito pelo qual somos compelidos a pagar alguma coisa segundo as leis da nossa cidade»[98]. Reconhece, assim as obrigações civis como as verdadeiras obrigações, parecendo ignorar as *obligationes naturales*.

No entanto, o Digesto fala frequentemente destas obrigações. Além dos fragmentos que já transcrevemos, vejamos o que nos diz o seguinte texto atribuído a Iuliano:

> D. 46.1.7 (Iul. 53 *dig.*): *Embora na obrigação natural não se possa repetir o que foi pago, é congruente que podemos garanti-la mediante fiador*[99].

Noutro texto, o mesmo jurista refere:

> D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*): *Consideram-se obrigações naturais não só aquelas pelas quais compete alguma acção, mas também quando não se pode repetir o pagamento que se faça das mesmas pois, embora não se possa dizer com propriedade que os devedores naturais são devedores, pode entender-se assim por abuso de linguagem e quem cobrou algo cobrou o que se lhe devia*[100].

Por sua vez, num texto atribuído Paulo lemos:

> D. 44.7.10 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *As obrigações estimam-se naturais não só quando compete por elas alguma acção, mas também quando não se pode repetir o que foi pago*[101].

---

[97] *Vide* O. Gradenwitz e S. Perozzi *apud* M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 60, nt. 422; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano,* cit., p. 628; e P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 399.

[98] I. 3.13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*.

[99] D. 46.1.7 (Iul. 53 *dig.*): *Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse*.

[100] D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*.

[101] D. 44.7.10 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

É ponto comum a irrepetibilidade do pagamento que, no segundo texto, é justificada pelo facto de o devedor dever, embora o vocábulo *devedor* seja considerado um abuso de linguagem. Isto porque, tecnicamente, as verdadeiras obrigações são civis, visto que só nelas quem deve pode ser constrangido a pagar.

Mas, se o abuso de linguagem na utilização do vocábulo *debitor* e, portanto, também, de *debitum* e de *debere*, justifica a concessão de acções, há uma enorme confusão que acaba por identificar as *obligationes civiles* e *naturales*. Não faltam explicações que recorrem quase sempre a interpolações, mas o problema fundamental subsiste: se os textos estão alterados, que motivo terá levado os interpoladores a acrescentar que as obrigações naturais são sancionadas por acções?

Cremos que os textos não foram substancialmente alterados porque Juliano não ignorava que as obrigações naturais dos escravos se convertiam em civis para que os donos pudessem ser responsabilizados solidariamente. Por isso, não eram, em rigor, as *obligationes naturales* (dos escravos) dotadas de acção, mas, sim, as *obligationes civiles* dos seus donos. Reconhece-se, no entanto, que esta alteração peca por falta de clareza que alimenta as hipóteses mais variadas[102].

É mais ou menos pacífica a ideia de que o direito justinianeu elaborou o conceito geral de *obligatio naturalis* caracterizado pela ausência de coercibilidade (de *actio*) e pela não repetição do pagamento porque quem pagou cumpriu um dever, uma *obligatio* – mesmo que de obrigação se fale por abuso de linguagem[103] – e, por isso, o credor satisfeito goza da faculdade de fazer sua a prestação recebida (*soluti retentio*)[104].

---

[102] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 142, para quem se atribui excepcionalmente a qualificação de obrigação natural a obrigações sancionadas por acção já desde o direito clássico, como a obrigação pretória, nos limites do enriquecimento, do pupilo que contratou *sine tutoris auctoritate*; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., pp. 40-41 e p. 45, para quem as inovações justinianeias não foram felizes; E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, cit., pp. 67-68, para quem a confusão é grande e grave numa obra legislativa; e J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 396.

[103] Cfr. D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*). *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 145; e G. Broggini, *Recensiones librorum*, cit., pp. 367-368, que, citando Cornioley, refere que «a concepção bizantina é inequivocamente orientada para a *obligatio naturalis* entendida como obrigação não munida de acção». E prossegue: «Os bizantinos têm o seu conceito técnico de *obligatio naturalis* como obrigação sem acção. Trata-se dum débito pagável, mas não exigível judicialmente e é este significado, não inteiramente clássico, que acabou por se impor nas codificações modernas». *Vide* também F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., pp. 162-166, para quem a circunstância de a obrigação natural não poder ser exigida não impede que as somas sejam devidas, porque o credor que as recebeu recebeu o que lhe era devido; *vide* ainda: M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 527.

[104] *Vide* F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., pp. 162-163 e 166; J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 113; E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, cit., pp. 563 e ss., pp. 579 ss.; A Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 133 e 148 e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 612-613; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano*), cit., p. 61; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milaõ,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Estas características são reforçadas pela aproximação ao direito natural, entendido como um direito que, embora superior ao direito positivo, não é, em si mesmo, coercível[105].

A estas características juntam-se outras: a necessidade de a obrigação natural ter conteúdo patrimonial[106] e *causa* lícita *civilis*[107], requisito que restringe as fontes das obrigações naturais a negócios obrigacionais reconhecidos, em abstracto, pelo direito civil[108].

4. Natureza

4.1. Relação de facto

Continua, sem solução à vista, a antiga divergência entre os romanistas sobre a natureza da *obligatio naturalis*. Sobretudo, discute-se se se trata duma relação de mero facto, de um dever não jurídico ou de uma verdadeira obrigação jurídica[109]. Discussão agravada porque, como observa Burdese, «accettando contemporaneamente tutti i sospetti di alterazione avanzati in dottrina, non rimarrebbe nel Digesto una sola attestazione genuina della *naturalis obligatio*»[110].

Relativamente à época clássica, não falta quem, olhando para a natureza humana dos escravos como realidade de facto, natural, sem o reconhecimento jurídico que distingue artificialmente os homens em livres e escravos, considere que as obrigações naturais são meras relações de facto: a sua não exigência jurídica, ou seja, a recusa duma acção afasta-as das obrigações civis e relega-as para o plano simplesmente fáctico[111]; ou, noutra perspectiva, é algo que existe de facto, existência esta traduzida pelo adjectivo *naturalis*, que igualmente observamos na qualificação da *possesssio na-*

2004, p. 424; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 630; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 421; J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 395; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; A. Fernandez Barreiro, J. Paricio, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 310; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[105] *Vide infra*, *sub* 4.6.

[106] *Vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 520; e P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 403.

[107] Cfr. D. 15.1.49.2 (Pomp. 4 *ad Quint. Muc.*).

[108] *Vide* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., pp. 376-377; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 528-529; e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 612-613.

[109] *Vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 529.

[110] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 12, nt. 12.

[111] Neste sentido, *vide* P. Didier, *Les obliagations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 258; e F. Senn, *Les obligations naturelles, La leçon de la Rome antique*, cit., p. 164.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

turalis, hoje dita precária ou mera detenção, em contraposição à posse civil (*possessio civilis*)[112]; ainda noutra perspectiva, há quem entenda que se trata duma obrigação inexistente em face do direito, mas com existência de mero facto, expressa pelo vocábulo *naturalis*: também o escravo não pode viver em matrimónio e não pode ter filhos nem parentes segundo o direito, mas pode ter parentesco natural, assim como a sua obrigação é natural[113]; e finalmente noutra perspectiva, há quem entenda que as obrigações naturais são obrigações que nascem duma relação de facto, independentemente da vontade humana, ou seja, não são criadas arbitrariamente pelo direito, mas retiradas da vida social e sancionadas como a consciência social já determinava[114].

4.2. Dever moral ou social

Considerando igualmente que as obrigações naturais não gozam de coercibilidade (são desprovidas de *actio*), há também quem as considere simples deveres morais ou sociais e, portanto, não verdadeiras obrigações (jurídicas, ou civis).

Sucede, *v.g.*, com quem, vendo em *naturale debitum* uma expressão oriunda da linguagem comum literária ou moral, considera que a obrigação natural é um acto moralmente desejável, que nada tem a ver com o direito das obrigações[115].

Esta ideia nunca foi abandonada, tendo sido acolhida em diversas legislações civis contemporâneas[116].

4.3. Obrigação imperfeita

Partindo do entendimento de que as verdadeiras obrigações são tuteladas por *actiones in personam*, a *obligatio naturalis*, porque privada de *actio*, seria uma obrigação jurídica, mas imperfeita ou incompleta[117].

---

[112] *Vide* J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 112. Sobre a *possessio civilis* e a *possessio naturalis, vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, III, cit., p. 156.

[113] Neste sentido, *vide* S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 40; e E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, cit., p. 62.

[114] Neste sentido, *vide* P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 7-8.

[115] Neste sentido, *vide* P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., pp. 266 e 273; G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 529 e 540, para quem o pagamento não é indevido, mas cumprimento de um dever. No entanto, adverte que as obrigações naturais não cobrem todo o campo dos deveres morais (ou sociais), pois algumas são deveres jurídicos; e M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 61, para quem as obrigações naturais surgem num plano extrajurídico, moral ou social, tuteladas pelo pretor com base na *fides*, que posteriormente obtiveram tutela civilista no âmbito do *ius gentium* (ou do *ius naturale*).

[116] Cfr., *v.g.*, o art. 402 do Código civil português. *Vide infra*, a 3ª. parte; e o art. 2034 do Código civil italiano, inspirado na doutrina de Bonfante. *Vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 529, nt. 29.

[117] *Vide* P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 240; e P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Falta-lhe um princípio de direito civil (coercibilidade), mas não deixa de se fundar na *aequitas* que, para os Romanos é o direito na sua essência e no seu escopo[118].

Próximo desta ideia encontra-se a doutrina que vê nas obrigações uma categoria intermédia entre o dever moral e a obrigação civil: categoria intermédia porque se separa do dever moral enquanto produz alguns efeitos jurídicos; e separa-se da obrigação jurídica enquanto não há acção para reclamar o seu cumprimento[119].

4.4. Obrigação jurídica

Há também romanistas que, vendo no *debitum* o preceito primário duma obrigação jurídica e na coercibilidade o preceito secundário ou sancionatório e podendo aquele existir sem este, consideram que as *obligationes naturales* são verdadeiras obrigações jurídicas[120].

Próximo deste entendimento está a teoria germânica da *Schuld und Haftung* que separa a dívida da responsabilidade e vê na obrigação natural o exemplo acabado desta separação[121].

Tratar-se-ia, pois, de um dever jurídico e não de acto de liberalidade. Aliás, o modo normal de extinção de qualquer relação obrigacional é o cumprimento espontâneo e a irrepetibilidade não constitui uma peculiaridade das *obligationes naturales*, sendo consequência do cumprimento de qualquer obrigação[122].

Mais: efeitos como, *v.g.*, a *soluti retentio*, a *deductio ex peculio*, a imputação em sede da *lex Falcidia*, a novação, a possibilidade de garantia (pessoal e real) e de compensação recíproca (de créditos civis com créditos naturais) reforçam o entendimento de que as obrigações naturais, embora desprovidas de *actio*, não deixam de ser obrigações jurídicas[123].

4.5. Obrigação do **ius gentium**

Sustenta esta ideia quem, partindo da contraposição do *ius civile* ao *ius gentium*, vê nas obrigações naturais uma figura deste último direito, porque desprovida da tutela

---

[118] *Vide* P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 10-11.

[119] *Vide* A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 346.

[120] É a doutrina de G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 525-529 e p. 550.

[121] *Vide* G. Scherillo, *Le obligazioni naturali*, cit., p. 544, que censura esta doutrina por pôr, no mesmo plano, o débito e a responsabilidade, sustentando que o elemento caracterizador da relação é o débito, sendo a responsabilidade elemento secundário que, em consequência, pode faltar; e E. Albertario, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, I, Milão, 1936, pp. 72-74.

[122] Neste sentido, *vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 529-533.

[123] *Vide* E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, cit., p. 582; e S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 36.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

concedida pelo direito civil, mas protegida pelo direito das gentes[124]. Assim se procurou justificar a existência de fontes que falam de *obligationes naturales* tuteladas por *actiones*[125].

A fonte que parece alimentar aquela ideia é o seguinte fragmento de Paulo:

> D. 50.17.84.1 (Paul. 3 *quaest.*): *Deve, por natureza, quem, por termos confiado nele, deve dar algo segundo o direito das gentes*[126].

Todavia, Paulo fala de *natura debet* e não de *obligatio naturalis*, pretendendo referir que há, suportado pela natureza humana, um direito que se identifica com o *ius gentium*[127]. Para esta identificação contribuiu decisivamente o facto de terem a mesma base, a *naturalis ratio*, como observa Gaio:

> Gai. 1.1: *O que, na verdade, a razão natural constitui entre todos os homens é observado igualmente em todos os povos e chama-se direito das gentes, como se fosse o direito que todas as gentes utilizam*[128].

No entanto, este direito não impediu que os diferentes povos se regessem pelos seus próprios direitos civis e tão-pouco foram escassas as instituições tipicamente romanas a que os estrangeiros (*peregrini*) tiveram acesso, assim como os institutos estrangeiros acolhidos em Roma.

E relativamente ao direito natural, além de se tratar duma expressão que na época clássica não teve significado preciso, servindo para fundar afirmações de conteúdo puramente filosófico – *v.g.*, nas palavras de Ulpiano, é «o direito que a natureza ensinou a todos os animais e que não é próprio do género humano»[129] – acabou na época justinianeia por ser considerado um sistema ideal de normas que contêm exigências

---

[124] É a doutrina formulada por Siber a que aderiu Pacchioni, mas rejeitada, por ter contra si a imponente massa de testemunhos textuais. *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 9; J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 112; G.E. Longo, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, cit., pp. 88-90; e E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, cit., pp. 58-59 e 61.

[125] Cfr. D. 44.7.10 (Ulp. 47 *ad Sab.*); D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*). *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 15-17 e pp. 21-22, para quem é opinião quase unânime a de que estes textos teriam sofrido uma radical transformação e de que o seu testemunho está privado de valor no direito clássico.

[126] D. 50.17.84.1 (Paul. 3 *quaest.*): *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*.

[127] *Vide* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., pp. 365-366; e S. Di Marzo, *In tema di naturalis obligatio*, cit., pp. 77, 81 e 85.

[128] Gai. 1.1: *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*.

[129] D. 1.1.3 (Ulp. 1 *inst.*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium […]*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

abstractas de justiça: é um outro direito que transcende o direito positivo. Esta nova visão explica a separação entre o *ius naturale* e o *ius gentium*: se, até aí, a escravatura era uma figura do *ius naturale* (e do *ius gentium*), doravante está excluída do *ius naturale*, restringindo-se ao campo do *ius gentium*[130].

De todo o modo, não se vê como pudesse o *ius gentium* explicar a coercibilidade das acções que tutelavam as obrigações naturais, dada a clara superioridade do *ius civile* romano que recusava ao credor a possibilidade de demandar o devedor de *obligatio naturalis*[131].

4.6. Obrigação de direito natural

Há quem, olhando para o adjectivo *naturalis*, considere que a obrigação natural se inspira no *ius naturale*[132]. Reforça este entendimento a referência à *naturalis aequitas*[133], cujo vínculo (*vinculum aequitatis*) se contrapõe ao *vinculum iuris*[134]. Poder-se-iam juntar outros valores, como a *humanitas* e a *pietas* que supostamente justificariam a não coercibilidade das *obligationes naturales*[135].

Todavia, além de a *aequitas*, a *humanitas* e a *pietas* serem valores largamente invocados em diversas obrigações civis a que não falta, portanto, tutela judicial através de *actiones*[136], também o reconhecimento do direito natural, na época justinianeia, como

---

[130] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 38-42; J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 396, nt. 42; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 612-613; e S. Di Marzo, *In tema di naturalis obligatio*, cit., pp. 81 e 85.

[131] *Vide* também: J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., pp. 132 e 134; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 627; e E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, cit., pp. 57-58 e 59.

[132] *Vide* P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 258; G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 541-542; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 1; J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 113; e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 612; E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, cit., p. 29; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 263.

[133] Cfr. D. 46.3.95.4 (Pap. 28 *quaest.*). *Vide* E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, cit., p. 583; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 149 e Id., *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 612; E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, cit., p. 67; P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 6 e 10; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424; A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 346; e J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 133.

[134] *Vide* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p. 382; e E. Albertario, *A proposito di obligatio naturalis*, cit., pp. 66 e 67.

[135] Cfr. D. 3.5.26(27) (Mod. 2 *resp.*); D. 3.5.33(34) (Paul. 1 *quaest.*); D. 12.6.32.2 (Iul. 10 *dig.*). *Vide* J. Iglesias, *Obligaciones naturales*, cit., pp. 137-138; e F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., p. 176; P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., pp. 258-259 e 273; P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, cit., p. 7; J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 135; e A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 686.

[136] *Vide* J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 133, que refere as obrigações derivadas do enriquecimento injusto e do mútuo. Sobre os valores referidos, *vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 24-26.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

ordem moral transcendente e fundamentante do direito positivo[137], longe de facilitar a ideia de que constitui a base da *obligatio naturalis*, só a dificulta e, diremos mais, afasta.

Com efeito, mesmo que ignoremos a observação de que a noção de *ius naturale* é, no pensamento jurídico romano, obscura e mesmo «un ornement inutile»[138] e sem questionarmos que, na época clássica, serviu de critério de valoração a decisões, princípios e institutos jurídicos elaborados pela *iurisprudentia* clássica[139], função que se reforçou na época pós-clássica por influência das ideias cristãs[140], os mesmos critérios de valoração não distinguem as obrigações naturais de outras obrigações que também os consagram.

Por sua vez, a concepção justinianeia do direito natural como ordenamento absoluto, eterno, dado pela Previdência Divina[141] não afastou o velho entendimento de um direito que *a natureza de todos os animais ensina* e que *não é próprio do género humano*, expressões que têm sido entendidas como «frase desafortunata» e «fonte sopratutto nel medioevo, di tanti equivoci e di tante confusioni sulla nozione di diritto naturale, e che purtroppo tuttora permangono»[142]; e, ainda que o direito natural é um conceito evanescente, assente em conceitos nebulosos e, por isso, sobre eles nada se pode fundar de consistente[143].

Mas, mesmo que afastássemos estas expressões geradoras de confusão e de dúvidas sobre o *ius naturale* justinianeu, sempre importaria reconhecer que a sua função foi a de inspirar o legislador na elaboração das suas leis (*constitutiones*), com o efeito nocivo de afastar o problema da *lex iniusta* que só viria a ser posto mais tarde, quando o pensamento jurídico medieval se deu conta de que as leis humanas nem sempre correspondiam aos ditames do *ius naturale*[144].

Ora a função suavizadora ou dulcificadora do *ius naturale* não se cumpre só nas obrigações naturais: também está presente em diversas obrigações civis, no âmbito de diversos institutos jurídicos.

4.7. Conclusão

As considerações que fizemos a propósito dos diversos entendimentos sobre a natureza das *obligationes naturales* e, sobretudo, o reconhecimento dos seus efeitos

---

[137] *Vide* A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 612; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 40.

[138] São palavras de M. Villey, *Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité*, em *RHDFÉ*, 1953, XXXI, p. 475.

[139] *Vide* A. Santos Justo, *O pensamento jusnaturalista no direito romano*, no *BFD*, 2011, LXXXVII, pp. 58-59.

[140] *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, pp. 59-64.

[141] Cfr. I. 1.2.11.

[142] *Vide* Izquierdo/Hervada e Pizzorni *apud* A. Santos Justo, *ibidem*, p. 65.

[143] *Vide* P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 542.

[144] *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, p. 84, que cita São Tomás para quem a lei injusta não é direito.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

jurídicos[145] e das consequências jurídicas que podem produzir[146], levam-nos a ver nestas figuras verdadeiras obrigações jurídicas: há débitos; se satisfeitos espontaneamente, o pagamento não pode ser repetido, porque quem pagou, cumpriu o seu dever. Ou seja, o credor satisfeito é tutelado pelo direito (*soluti retentio*) e, ao devedor, o direito recusa a *condictio indebiti*. Mais: tais obrigações podem ser garantidas e as garantias são exigíveis; podem ser compensadas, novadas, confundidas com obrigações civis; etc.

É certo que, diferentemente das obrigações civis, o seu incumprimento não é sancionável: não existe *actio* para o credor poder exigir o *debitum* ao devedor. Mas será que as obrigações (e o direito, em geral) têm na coercibilidade uma das suas características essenciais?

A resposta divide os juristas (e não só os romanistas), mas pensamos que a essencialidade do direito (e, no caso particular, das obrigações) reside no dever assumido pelo devedor de cumprir a sua prestação. Como destacou Scherillo, encontra-se no preceito primário e não no preceito secundário ou sancionatório: este pressupõe aquele; mas aquele pode dispensar este, porque a execução forçada representa a patologia e não a fisiologia da relação obrigacional e as relações jurídicas devem ser caracterizadas pela sua fisiologia, ou seja, pela sua estrutura e pelas consequências normais. As obrigações civis e naturais são *species* dum *genus* que é a obrigação[147]. Por isso, estamos no campo do direito, ou seja, perante verdadeiras obrigações jurídicas[148].

5. Alguns exemplos

5.1. Obrigações de escravos e de filiifamilias

Já abordámos as obrigações naturais contraídas por escravos quer para com os seus donos quer em relação a terceiros. Na sua base está a incapacidade de gozo dos *servi* proveniente da falta de personalidade jurídica[149].

Do mesmo modo, já referimos as obrigações naturais contraídas entre *filiifamilias* e *patresfamilias* e entre irmãos, agora por virtude da relação familiar (*patria potestas*) que une irmãos, filhos e pais[150].

Importa, agora, referir outras situações em que surgiam *obligationes naturales*.

---

[145] *Vide supra*, *sub* 3.

[146] *Vide infra*, *sub* 6.

[147] *Vide* G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, cit., pp. 518-540; e A. Santos Justo, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra, 2012[6], pp. 33-35.

[148] Relativamente ao direito português, vide M.J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., pp. 191-193.

[149] *Vide supra*, *sub* 2.3.1 e 2.3.2.

[150] *Vide supra*, *sub* 2.4.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

5.2. Mútuos a filiifamilias *contra o* sc. Macedonianum

O *senatusconsultum Macedonianum*, talvez do ano 75[151], proibiu os *filiifamilias* de pedirem dinheiro para fins imorais; se este senatusconsulto fosse violado, tais empréstimos originavam uma *obligatio naturalis* que se mantinha mesmo depois de o devedor sair da *patria potestas*¸ tornando-se independente (*sui iuris*). Ou seja, o credor não dispunha de *actio* para exigir o cumprimento da dívida, mas se o devedor pagasse espontaneamente, este não podia repetir (não dispunha da *condictio indebiti*) e aquele gozava da *soluti retentio*. Tudo isto, porque se entendia que o devedor que cumprisse (espontaneamente) pagava um verdadeiro débito.

Só que o credor podia intentar a acção que tutela o mútuo, ou seja, gozava duma acção que, no entanto, era paralisada pelo devedor através da *exceptio* (*senatusconsulti*) *Macedoniani*[152]. A possibilidade de intentar uma acção parece chocar com a natureza da *obligatio naturalis* se a considerarmos – como é pacífico – privada de acção. Mas vejamos as fontes:

> D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *O senatusconsulto Macedoniano diz o seguinte: "Como entre as várias causas de delito a que a sua natureza impelia se contasse também a existência de dívidas de Macedo e constituíssem, muitas vezes, os seus maus costumes matéria de pecado emprestando dinheiro a pessoas de duvidosa solvência para não falar de outras coisas, estimou-se procedente que não se desse acção nem petição a quem emprestasse dinheiro a um filho de família" […]*[153].

> D. 14.6.7.16 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Se o filho de família, ao tornar-se* paterfamilias*, tiver pago parte da dívida […] não poderá repetir o que pagou*[154].

---

[151] *Vide* S. Cruz, *Direito romano*, cit., p. 259.

[152] Neste sentido, *vide* S. Cruz, *ibidem*, pp. 262-267; F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., pp. 170-171; P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, cit., pp. 180 e 249; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano*), cit. p. 65 e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 122; e S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 45, nt. 1. *Vide* também: A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 114-115, 118 e 144; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 686; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 629; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 422; A. Fernandez Barreiro, J. Paricio, *Fundamentos de derecho patrimonial romano,* cit., p. 310; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 413; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[153] D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: 'Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset […]'.*

[154] D. 14.6.7.16 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si pater familias factus solverit partem debiti […] nec solutum repetere potest*. Cfr. também: D. 12.6.40 pr. (Marcian. 3 *reg.*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

D. 14.6.9.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Este senatusconsulto aplica-se também às* filiaefamilias *e não o afasta se se afirmar que com aquele dinheiro compraram objectos de adorno porque pelo decreto do senado denega-se a acção a quem emprestou ao filho de família e não importa que tenha gastado o dinheiro ou que se encontra ainda no pecúlio. Assim, pois, mais se reprovará pela severidade do senatusconsulto o contrato de quem emprestou dinheiro a uma filha de família*[155].

D. 14.6.10 (Paul. 30 *ad ed.*): *Porque permanece a obrigação natural*[156].

No primeiro fragmento, Ulpiano transcreve o conteúdo do senatusconsulto Macedoniano que proíbe o empréstimo de dinheiro a filhos de família para evitar a prática de actos imorais. E refere que a acção (que tutela o mútuo) é denegada. O segundo completa o primeiro, afastando a possibilidade de o pagamento, mesmo feito depois de o *filiusfamilias* se ter tornado *paterfamilias*, ser repetido. No terceiro, a proibição é estendida às filhas de família, não importando que o dinheiro seja gasto ou se destine à compra de objectos de adorno. E no último, fala-se expressamente de obrigação natural.

Trata-se, portanto, duma *obligatio naturalis* criada por determinação do Senado, nessa época fonte de direito civil[157]. Por isso, a opinião de quem atribui ao devedor a *exceptio senatusconsulti Macedoniani*[158] para paralisar a acção só pode entender-se se esta for concedida na incerteza do destino do dinheiro mutuado: provado que se destinou a alimentar a devassidão de um *filiusfamilias*, aquela *exceptio* paralisa a acção que só foi concedida na dúvida[159]. Portanto, em rigor, não existe acção numa *obligatio naturalis*[160].

5.3. Obrigações contraídas por pupilo sine tutoris auctoritate

Como sabemos, a um cidadão romano era reconhecida a plena capacidade negocial quando o homem e a mulher completassem, respectivamente, 14 e 12 anos[161].

---

[155] D. 14.6.9.2 (Ulp 29 *ad ed.*): *Hoc senatus consultum et ad filias quoque familiarum pertinet nec ad rem pertinet, si adfirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse: nam et ei quoque qui filio familias credidit decreto amplissimi ordinis actio denegatur nec interest, consumpti sint nummi an exstent in peculio. multo igitur magis severitate senatus consulti eius contractus improbabitur, qui filiae familias mutuum dedit*.

[156] D. 14.6.10 (Paul. 30 *ad ed.*): *quia naturalis obligatio manet*.

[157] *Vide* S. Cruz, *Direito romano*, cit., pp. 218-223.

[158] *Vide supra*, nota 126.

[159] Como observa S. Cruz, *ibidem*, pp. 265-266, o *filiusfamilias* contrai uma obrigação civil e não natural se o dinheiro foi para proveito do seu *pater,* se este consente ou ratifica, se a *pecunia* se destinou para finalidades não abrangidas pelo sc. Macedoniano, etc.

[160] *Vide* J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 177; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[161] Trata-se da orientação da Escola Proculeiana, que Justiniano acolheu. *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., p. 141.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Todavia, se alguém se aproveitasse da inexperiência de quem, tendo adquirido esta idade ainda não tivesse completado 25 anos, enganando-o em negócios realizados, o pretor concedia a estes menores a faculdade de paralisarem a acção em que fossem demandados com a *exceptio legis Plaetoriae* a que se juntou, mais tarde, a *restitutio in integrum propter minorem aetatem*. Entretanto, para evitar o risco de eventual impugnação do negócio, tornou-se prática o recurso à assistência de um terceiro (*curator*) para cooperar com o menor de 25 anos na realização dos seus negócios[162].

Relativamente ao menor que, embora sem ter atingido a puberdade, não se encontrasse sujeito à *patria potestas*, isto é, fosse independente (ou *sui iuris*), era nomeado um tutor por testamento, por lei ou pelo magistrado. O tutor cuidava do património e da pessoa do pupilo, além de prestar o seu consentimento (*auctoritas tutoris*) nos negócios patrimoniais realizados pelo pupilo. Estamos perante a *tutela impuberum*[163].

Se um menor com menos de 14 anos contraísse uma obrigação sem autorização do seu tutor (*sine tutoris auctoritate*), esta não seria civil, mas natural, ou seja, o credor não a podia exigir mas, se fosse paga, não podia ser repetida. Este tema suscita algumas dificuldades. Mas vejamos as fontes, de que destacamos os seguintes fragmentos.

> D. 12.6.41 (Ner. 6 *membr.*): *Por aquilo que um pupilo tenha prometido por* stipulatio *sem a autoridade do tutor e tenha pago, há repetição porque não existe dívida nem sequer natural*[164].

> D. 44.7.58(59) (Lic. Ruf. 8 *reg.*): *Quando um pupilo recebe dinheiro em mútuo, não se obriga nem sequer por direito natural*[165].

> D. 26.8.5 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*): *[…] mas quando há um só tutor, se tivesse dado ao pupilo dinheiro em mútuo ou estipulasse dele, não ficará obrigado o pupilo a favor do tutor; no entanto, obriga-se naturalmente porquanto se enriqueceu, pois o Imperador Antonino Pio, de consagrada memória, dispôs num rescrito que se deve dar acção contra o pupilo, porquanto se enriqueceu, não só ao tutor mas a qualquer pessoa*[166].

---

[162] *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, p. 142.

[163] Para uma síntese da tutela e das suas espécies, *vide* A. Torrent, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, pp. 1397-1409; e A. Santos Justo, *Direito privado romano*, IV, cit., pp. 176-203.

[164] D. 12.6.41 (Ner. 6 *membr.*): *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet*.

[165] D. 44.7.58(59) (Lic. Ruf. 8 *reg.*): *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur*. Sobre os indícios de interpolação, *vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 78.

[166] D. 26.8.5 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*): *[...] sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

No primeiro fragmento, Nerácio refere que se o pupilo pagou o que tinha prometido sem a *tutoris auctoritate*, pode repetir porque não existe nenhuma obrigação: nem civil nem natural. No segundo, a opinião de Rufino coincide com a de Nerácio. Apenas a referência ao *ius naturale* parece deslocada: este jurisconsulto é mais preciso, falando de obrigação natural e não de direito natural. E, no último, o tutor, credor do pupilo, ou outra pessoa pode demandar o pupilo com uma acção para afastar o seu empobrecimento e o consequente enriquecimento. Com o adverbio *naturaliter*, Ulpiano não refere uma *obligatio naturalis*, mas, provavelmente, um facto: o enriquecimento do pupilo. Por isso, pode ser demandado pelo credor (tutor ou terceiro) com a acção de enriquecimento injusto (provavelmente a *indebiti solutio*)[167]. Portanto, não estamos perante uma obrigação natural.

Há, no entanto, quem fale de *obligatio naturalis*, porque o pupilo que se obrigou e pagou depois de ter atingido a puberdade (portanto, a capacidade negocial) não pode repetir[168]. Invoca-se, a propósito o seguinte texto de Paulo:

> D. 12.6.13.1 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Tão-pouco se repete o que um pupilo recebeu em mútuo sem a autoridade do tutor e lhe causou enriquecimento se, uma vez chegado à puberdade, paga*[169].

Todavia, é a referência ao enriquecimento do pupilo que justifica a não repetição e, portanto, não se vê a presença de uma obrigação natural[170]. A opinião de Paulo não se afasta dos Autores anteriores.

Em abono da existência duma *obligatio naturalis* contraída por pupilo por não ter obtido a *tutoris auctoritate*, há também quem invoque o seguinte fragmento de Pompónio[171]:

> D. 12.2.42 pr. (Pomp. 18 *epist.*): *Litigando um credor contra um pupilo acerca de dinheiro dado em mútuo e tendo-lhe oferecido o juramento, o pupilo jurou que não estava obrigado a dá-lo. O credor pediu a mesma importância ao fiador do pupilo. Deve ser repelido pela excepção de juramento ? […] Juliano dá a seguinte explicação completa do assunto: se a controvérsia entre credor e pupilo tiver sido sobre se aquele recebeu ou não o dinheiro mutuado e se acordou que o litígio terminasse se o pupilo jurasse e este tiver jurado*

---

[167] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., pp. 113-116.

[168] Acontece com F. Senn, *Obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., pp. 172-174.

[169] D. 12.6.13.1 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit*.

[170] *Vide* S. Perozzi, *Istituzioni di di diritto romano*, II, cit., p. 43; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 425, para quem terão sido os compiladores de Justiniano quem aboliu o regime da *obligatio naturalis* e permitiu a repetição do pagamento nos limites do enriquecimento; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 529.

[171] *Vide* P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 270, para quem Pompónio foi o primeiro jurisconsulto a evocar a *obligatio naturalis* do pupilo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

> *que não estava obrigado a dar, a obrigação natural extinguia-se por tal pacto e a importância paga podia ser repetida como indevida. Em contrapartida, se o credor pretendia que tinha dado em mútuo, mas o pupilo arguia tão-só que o seu tutor não tinha intervindo e foi interposto este juramento, neste caso o pretor não defenderá o fiador […]*[172].

O caso apresentado a Juliano consiste em saber se o dinheiro mutuado a um pupilo pode ser exigido ao fiador depois de o pupilo ter jurado que não está obrigado a pagar. O pupilo, que jurou, está protegido pela excepção de juramento (*exceptio iusiurandi*)[173], mas, havendo dúvida sobre se o *fideiussor* goza também desta *exceptio*, foi ouvido Juliano que distingue: se o objecto do litígio é saber se o pupilo recebeu ou não o dinheiro mutuado, a *obligatio natural* extingue-se e, em consequência, o pagamento pode ser repetido, porque indevido; se o litígio incide em saber se o tutor deu ou não a sua *auctoritas* no mútuo e o pupilo jurou que não a deu, o fiador responderá.

Como qualquer devedor, o pupilo pode, a pedido do credor demandante, prestar juramento que decide o litígio: o *iusiurandum* afasta a sua obrigação. Também a existência duma *actio* se compreende, porque há a possibilidade de o tutor ter dado a sua *auctoritas* e é necessário provar. Mas se, entretanto, o pupilo prestou juramento de que a *tutoris auctoritas* não foi prestada, então – e só neste caso – o jurisconsulto fala de *obligatio naturalis* contraída pelo pupilo[174]. Numa palavra: a acção só é concedida para afastar dúvidas.

Relativamente ao fiador, o afastamento da *obligatio* (mesmo *naturalis*) libera-o de pagar, dado o carácter acessório da *fideiussio*. Mas se, por juramento do pupilo demandado, o litígio terminou com o reconhecimento de que o tutor não interveio, então o fiador responde. Ou seja, a *fideiussio* garante a *obligatio naturalis*, princípio de que já demos conta[175].

Perguntar-se-á: afinal a obrigação contraída por pupilo sem a *auctoritas* do tutor é ou não natural? A resposta deve ser dada, atendendo à evolução do pensamento dos

---

[172] D. 12.2.42 pr. (Pomp. 18 *epist.*): *Creditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, iusiurandum deferente pupillus iuravit se dare non oportere: eandem pecuniam a fideiussore eius petit: an excludendus sit exceptione iurisiurandi? […] eam rem apertius explicat Iulianus. nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni condicione discederetur, si pupullus iurasset, isque iuraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit. sin vero creditor quidem se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor eius non intervenisset et hoc tale iusiurandum interpositum est, hoc casu fideiussorem praetor non tuebitur. si autem liquido probari non potest, quid actum sit, et in obscuro erit (ut plerumque fit), de facto an de iure inter creditorem et pupillum controversia fuerit deferente creditore pupillum iurasse, intellegere debemus id actum inter eos, ut, si iurasset se dare non oportere, ab omni condicione discederetur: atque ita et solutam pecuniam repeti posse et fideiussoribus exceptionem dari debere existimavimus*.

[173] Sobre este juramento dito necessário (*iusiurandum necessarium*), *vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 345-347.

[174] *Vide* M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 62.

[175] *Vide supra*, *sub* 2.5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

jurisconsultos romanos: o que, nos primeiros tempos, não chegou a ser obrigação (nem civil nem natural), acabou por se tornar obrigação natural. Que, no entanto, pode ser garantia por entorse à acessoriedade das garantias, como já observámos[176].

5.4. Obrigações contraídas por simples pacta

Nos tempos da Lei das XII Tábuas, os simples pactos (*pacta*) não criavam uma relação jurídica, servindo apenas para pôr fim a um litígio judicial. Ou seja, aproximavam-se da transacção, como esclarece Gaio[177]. Depois, os seus efeitos conheceram uma evolução que passou, sucessivamente, pela paralisação de *actiones*[178], pela modificação duma relação obrigacional[179] e, finalmente, pela tutela em via de acção (*condictio ex lege*) desde que previstos em constituições imperiais[180].

Esta evolução foi acompanhada da correspondente tutela, acabando por se juntar à via de excepção (*exceptio*) a concessão de acções pretórias (*actiones in factum*) e acção civil (a *condictio ex lege*) quando reconhecidos por *constitutiones* imperiais[181].

Relativamente à obrigação natural derivada dum simples pacto, os romanistas destacam alguns textos. Vejamos o que nos diz Ulpiano:

> D. 46.3.5.2 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *O imperador Antonino resolveu por rescrito, juntamente com seu Divino pai, que quando o credor recebe a quantia na alienação de penhores, se houver juros devidos e outros indevidos, o que se paga por juros corresponde a ambas as causas de juros, tanto aos devidos como aos indevidos; v.g., se deviam alguns em virtude de estipulação e outros, naturalmente, em virtude de pacto […] Mas acrescenta-se assim no mesmo rescrito (de Antonio Caracala e Septímio Severo): "O que em geral se acha estabelecido de que o dinheiro pago se deve dar por recebido preferentemente pelos juros, considera-se que também se refere aos juros que o devedor é obrigado a pagar; e assim como não se podem repetir os dados por virtude de convenção de pacto, os pagos, não por título próprio não se consideram pagos a arbítrio de quem os recebe"*[182].

---

[176] *Vide supra*, *sub* 2.5; e a nota 158. E também: A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 71-106.

[177] Cfr. D. 2.4.22.1 (Gai. 1 *ad leg. duod. tab.*).

[178] Era, *v.g.*, o efeito do *pactum de non petendo* do qual surgia a *exceptio pacti*. *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit. p. 142

[179] Na Idade Média, estes *pacta* foram denominados *adiecta*, distinguindo-se dois grupos: os que diminuem ou atenuam a obrigação (*v.g.*, o pacto que faculta o pagamento em prestações); e os que aumentam ou agravam a obrigação (*v.g.*, o pacto de pagar juros). *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, 142, nt. 12.

[180] *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, p. 142.

[181] *Vide* A. Santos Justo, *ibidem*, pp. 143-151. E também: F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., pp. 185-186.

[182] D. 46.3.5.2 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *[…] eidem autem rescripto ita subiicitur: 'Quod generaliter constitutum est prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur: et sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratae pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur'*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

No texto aqui reproduzido o credor vendeu a coisa empenhada e pretende-se saber que lugar ocupam os juros em relação ao capital devido. É indiferente que os juros tenham sido acordados em *stipulatio* e em mero pacto, relativamente aos quais se refere *naturaliter*. Depois, continuando a referir o rescrito dos Imperadores Caracala e Sepítimo Severo, os juros devem ser pagos em primeiro lugar e acrescenta-se que os juros simplesmente pactuados não se podem repetir.

Há, vestígios de obrigação natural? Tem sido invocado o advérbio *naturaliter* e a não repetição dos juros acordados em simples pacto. No entanto, *naturaliter* pode não traduzir uma *obligatio naturalis* e a não repetição do pagamento dos juros pactuados não pode excluir a não repetição dos juros estipulados.

Noutro fragmento, Ulpiano volta a utilizar o advérbio *naturaliter*:

> D. 45.1.1.2 (Ulp. 48 *ad Sab.*): *Se alguém pergunta "darás?" e o outro responder "por que não?", também assim fica obrigado, mas não se consentiu sem palavras. Não só não se obriga civilmente quem assim consente, mas tão-pouco naturalmente e por isso se diz, com razão, que nem sequer pode obrigar-se por ele um fiador*[183].

Ao contrapor *naturaliter* a *civiliter* Ulpiano fala de obrigações civis e naturais, mas nada adianta sobre a possibilidade de estas serem criadas por simples pacto. Em causa está a existência de acordo (*consensus*) essência de qualquer contrato e de qualquer pacto. E, não havendo acordo não existe obrigação (civil ou natural) e, portanto, não se pode garantir o que não existe.

Também Paulo se refere a uma obrigação natural no seguinte texto:

> D. 46.3.101.1 (Paul. 15 *resp.*): *Paulo respondeu que uma coisa é que o devedor pague e outra é que o credor venda a coisa empenhada, porque quando um devedor paga uma quantia pecuniária, pode determinar-se a que divida se imputa, enquanto, quando um credor vende a coisa empenhada, pode imputar o preço ao dinheiro devido, inclusivamente por uma obrigação natural […]*[184].

Estamos perante a hipótese de um credor promover a venda da coisa empenhada em garantia seja de obrigação civil seja de obrigação natural. O que se compreende, porque uma *obligatio natural* é, como já observámos, susceptível de ser garantida por

---

[183] D. 45.1.1.2 (Ulp. 48 *ad Sab.*): *Si quis ita interroget 'dabis?' responderit 'quid ni?', et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem*.

[184] D. 46.3.101.1 (Paul. 15 *resp.*): *Paulus respondit aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse commemorare, in quam causam solveret: cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur […]*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

garantia pessoal e real[185]. Todavia, não se refere de que resulta a obrigação natural e, portanto, o problema de que nos ocupamos não encontra aqui solução.

Há, finalmente, uma *constitutio* dos Imperadores Antonino Caracala e Septímio Severo do ano 203, que expressamente refere a possibilidade de, através de simples pacto, se criar uma obrigação natural. Vejamos o texto:

> C. 4.32.3: *Ainda que sem o vínculo de estipulação não se possam pedir juros de dinheiro mutuado, os juros pagos em virtude da convenção de um pacto nem se repetem como indevidos nem devem ser aplicados para pagamento do capital*[186].

Estamos ainda no tempo em que a tutela dos pactos actuava exclusivamente não em via de acção, mas de excepção. Por isso, compreende-se que os juros assim acordados não fossem exigíveis, mas, uma vez pagos voluntariamente, não se pudessem repetir. O reconhecimento de uma *obligatio naturalis* é, portanto, claro[187].

5.5. Obrigação natural no caso de sentença de absolvição injusta

Outra situação possível de obrigação natural ocorria quando o devedor de obrigação civil fosse demandado e absolvido injustamente. Esta sentença extingue a obrigação de civil, mas não afastava o dever natural de, sentindo que devia, o devedor pagar e, depois, não poder repetir. Esta ideia surge-nos claramente expressa nos seguintes fragmentos de Paulo:

> D. 12.6.28 (Paul. 32 *ad ed.*): *Se um juiz absolveu injustamente e o absolvido pagou voluntariamente o que devia, não pode repetir*[188].

Depois, noutro fragmento, o mesmo jurisconsulto cita Juliano que fala abertamente de obrigação natural:

> D. 12.6.60 pr. (Paul. 3 *quaest.*): *Juliano negava que pudesse repetir quem, devendo realmente, tivesse pago depois da* litis contestatio *e antes de o litígio terminar; porque não poderia repetir nem absolvido nem condenado, já que embora fosse absolvido, permaneceria a obrigação natural […]*[189].

---

[185] *Vide supra*, *sub* 2.3.1 e 2.3.2; e *infra*, *sub* 6.1 e 6.2.

[186] C. 4.32.3: *Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendae sunt.*

[187] *Vide* P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 425.

[188] D. 12.6.28 (Paul. 32 *ad ed.*): *Iudex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.*

[189] D. 12.6.60 pr. (Paul. 3 *quaest.*): *Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permenet […].*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Em causa está o dever de reparar a injustiça duma absolvição que, produzindo o efeito da *soluti retentio* do credor pago – consequência da irrepetibilidade do pagamento espontâneo[190] –, pode traduzir-se numa *obligatio naturalis*[191]. Por outro lado, a citação de Juliano faz-nos pensar na genuinidade do texto[192].

5.6. Obrigação de quem sofreu uma capitis deminutio

A *capitis deminutio* é a modificação de um *status* que pode reflectir-se no aumento, na diminuição e na extinção da capacidade jurídica. A *maxima* resulta da perda da liberdade e, em consequência, da cidadania e da situação familiar; a *media* deriva da perda da cidadania e, em consequência do *status familiae*; e a *minima*, da alteração deste estatuto.

Em todos os casos extinguem-se as suas dívidas, embora o pretor conceda aos credores a possibilidade de demandarem o devedor através duma acção fictícia: fingindo que não sofreu a *capitis deminutio*[193]. Mas, se o devedor pagar espontaneamente, fala-se de cumprimento de uma *obligatio naturalis* não podendo, por isso, ser repetido o que foi pago. Ou seja, a obrigação civil extingue-se e, nesta hipótese – de pagamento espontâneo – justifica-se a não repetição recorrendo a uma obrigação natural[194].

Mas vejamos as fontes:

> D. 4.5.2.2 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Os que sofreram uma* capitis deminutio *permanecem naturalmente obrigados pelas causas que precederam a* capitis deminutio*; se as causas foram posteriores, então, no que toca ao teor deste edicto, cada qual sofra as consequências por ter contratado com eles […]*[195].

> D. 46.1.60 (Scaev. 1 *resp.*): *Sempre que o devedor se libera do credor por forma que perdure uma obrigação natural, respondeu que o fiador continua obrigado […]*[196].

---

[190] É claro que, encontrando-se extinta a obrigação civil, as suas eventuais garantias também se extinguiram.

[191] Sobre este tema, *vide* P. Didier, *Les obbligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., pp. 260-263.

[192] *Contra*, manifestando dúvidas, *vide* J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 113; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 422; e P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, cit., pp. 401-402.

[193] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., pp. 138-140; e J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 170. *Vide* também: A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 685; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 422; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 530; e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 612.

[194] *Vide* J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 170, que nos fala da teoria de perdurar a obrigação como natural.

[195] D. 4.5.2.2 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea, imputare quis sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet […]*.

[196] D. 46.1.60 (Scaev. 1 *resp.*): *Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit […]*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

No primeiro texto afirma-se que a obrigação natural permanece; e, no segundo, que a fiança também permanece. No primeiro, está implícita a extinção, por efeito da *capitis deminutio* do devedor, da obrigação civil; no segundo, afirma-se esta extinção e a manutenção da fiança está conforme ao princípio de que as obrigações naturais podem ser garantidas por garantia pessoal e real[197].

5.7. Obrigações naturais impróprias

5.7.1. Consideração geral

Os romanistas observam, no direito justinianeu, uma categoria de obrigações que se fundam em motivos religiosos ou morais, de piedade ou nos bons costumes e produzem, no direito justinianeu, o efeito da irrepetibilidade do pagamento, ou seja, quem pagou não goza da *condictio indebiti*[198]. Os antecedentes destes casos, que a doutrina romanista denomina obrigações naturais impróprias[199] porque são tuteladas por acção[200], remontam à época clássica[201].

5.7.2. Obrigação de o donatário remunerar o doador

Ulpiano fala, no seguinte fragmento, de obrigação natural de o donatário remunerar o doador:

> D. 5.3.25.11 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Atendeu o Senado que os possuidores de boa fé estão obrigados tão-só na medida em que se enriqueceram. Portanto, não responderão por qualquer gasto que tenham feito da herança […] nem ainda se tiverem feito doação se entenderá que enriqueceram, ainda que o donatário fique com a obrigação natural de os remunerar […]*[202].

---

[197] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 111 e 112, para quem, no entanto, a configuração como *obligatio naturalis* é devida aos compiladores que teriam substituído a menção da eficácia *iure praetorio.*

[198] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., pp. 224-225; J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 180; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 686; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., pp. 425-426; e P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, cit., p. 180.

[199] *Vide* E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 630, nt. 14; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[200] *Vide* M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 415.

[201] Cfr. D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*), no qual Ulpiano cita Juliano, texto que não consideramos interpolado: seria uma atitude verdadeiramente censurável alterar um texto atribuindo a um jurisconsulto citado uma opinião que não teve, em vez de a alteração consistir na omissão dessa citação.

[202] D. 5.3.25.11 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt […] nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obliagaverunt […].*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Ulpiano ocupa-se da acção de petição de herança e diz que a responsabilidade dos possuidores de boa fé está limitada ao valor do seu enriquecimento. E entende que não há enriquecimento em doações em que o donatário assumiu a obrigação natural de os remunerar[203].

5.7.3. Obrigação de o liberto prestar serviços ao patrono

Os libertos que não tivessem assumido a obrigação civil de prestar serviços (*operae*) aos seus patronos através de juramento solene (*promissio iurata*), estavam obrigados naturalmente a prestá-los, como observamos no seguinte fragmento de Ulpiano em que cita Juliano:

> D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Um liberto, julgando dever certos serviços ao seu patrono, prestou-os. Juliano […] escreve que, embora tenha pago crendo, por erro, estar obrigado, não pode demandar com a condição pela razão de que o liberto está obrigado naturalmente a prestar serviços ao seu patrono […]*[204].

O texto é claro: de nada vale ao liberto pedir a repetição do que pagou porque tem a obrigação natural de prestar serviços ao patrono, prestação que substituiu pelo seu pagamento. A *condictio indebiti* é-lhe recusada, porque pagou um *debitum*, embora *naturale*[205].

5.7.4. Algumas situações em que não existe obrigação natural

5.7.4.1. Não repetição do dote

A mulher, considerando-se obrigada por lei a constituir dote, não pode repetir o que entregou a este título por virtude de *pietatis causa*[206] como observamos no seguinte fragmento de Juliano:

---

[203] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 110, pp. 137-138 e p. 144; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit. p. 59, nt. 419; e E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 630.

[204] D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus […] scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest […].*

[205] *Vide* E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 630; A. Santos Justo, *Direito privado romano*, I, cit., p. 112; P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, cit., p. 180; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[206] *Vide* P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 259.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

> D. 12.6.32.2 (Iul. 10 *dig.*): *Se uma mulher crê erradamente que está obrigada a constituir dote, não repetirá o que tenha dado por causa de dote, pois, deixando de parte o erro, subsiste a causa de piedade de que, se paga, fica excluída a repetição*[207].

A natureza especial do dote[208] justifica que, mesmo constituído por erro, não se possa repetir. A não repetição não é justificada com uma *obligatio naturalis*, mas na *pietatis causa* que permite ao marido reter os bens dotais[209].

O constituinte do dote só pode obrigar-se civilmente e, se, embora por erro, cumpriu a obrigação que não contraiu, a especial natureza do dote justifica que não possa repetir.

5.7.4.2. Jogo ilícito

No direito romano, as fontes destacam a possibilidade de o *pater* ou *dominus* recuperar o que o filho ou escravo tivesse perdido em jogo. Assim refere Paulo:

> D. 11.5.4.1 (Paul. 19 *ad ed.*): *Se um escravo ou filho de família tivesse perdido (em jogo), a repetição corresponde ao pai ou ao dono. Assim mesmo se um escravo tivesse ganhado uma quantidade de dinheiro, dar-se-á contra o dono a acção de pecúlio, não a noxal, porque se reclama em virtude do seu negócio (não de um delito); mas não deve ser obrigado a pagar mais do que por esta causa subsiste no pecúlio*[210].

> D. 11.5.4.2 (Paul. 19 *ad ed.*): *Em virtude deste edicto, deve dar-se contra os ascendentes e patronos uma acção útil para reclamar o que jogaram ao azar (e perderam os seus descendentes e libertos*)[211].

Estamos perante fragmentos que se ocupam de jogos de azar, referindo que o pai ou o dono pode repetir o que o filho ou escravo pagou e perdeu. Do mesmo modo, o terceiro que perdeu dinheiro ganho por filho ou escravo pode demandar, com a *actio de peculio*, o pai ou dono, para recuperar o dinheiro entregue e perdido. Ou

---

[207] D. 12.6.32.2 (Iul. 10 *dig.*): *Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest*.

[208] O dote é um conjunto de bens que a mulher, a pessoa sob cuja *potestas* se encontra ou um estranho entrega ao marido para participar nas despesas matrimoniais. Trata-se dum instituto patrimonial característico do matrimónio romano e fortemente arreigado na prática. *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, IV, cit., pp. 120-139.

[209] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 110; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 630; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[210] D. 11.5.4.1 (Paul. 19 *ad ed.*): *Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio. item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit*.

[211] D. 11.5.4.2 (Paul. 19 *ad ed.*): *Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

seja, em ambos os casos há repetição do que foi entregue; portanto, não há lugar para obrigações naturais.

Este regime justifica-se porque, nas palavras de Álvaro d'Ors, «el juego de azar estaba moralmente desacreditado: las apuestas estaban prohibidas (a excepción de las de juegos desportivos o las que no excedieran del precio de la "consumición")»[212].

6. Algumas consequências ou possibilidades. Obrigações acessórias

6.1. Garantia pessoal

Apesar de o credor não dispor de *actio* para exigir o cumprimento da obrigação natural, esta não deixa de poder ser garantida por garantia pessoal. Nos primeiros tempos, a acessoriedade destas garantias determinava que, tratando-se de obrigação contraída por escravo, a obrigação natural se convertesse em civil, por efeito da ficção *si liber esset*. Posteriormente, a ficção foi dispensada, embora a possibilidade de uma obrigação acessória coercível (como a garantia) se juntar a uma obrigação natural (que não é coercível) implicasse uma entorse grave à acessoriedade da garantia[213].

Relativamente à garantia pessoal na forma de *fideiussio*, transcrevemos o seguinte fragmento de Juliano:

> D. 46.1.16.3 (Iul. 53 *dig.*): *Pode receber-se fiador sempre que haja alguma obrigação civil ou natural à qual seja aplicado*[214].

Estamos perante um princípio geral, que é repetido por Gaio no texto que voltamos a transcrever:

> Gai. 3.119a: *O* fideiussor*, por sua parte, pode intervir em todas as obrigações, isto é, contraídas ou pela coisa, ou por palavras, ou por documentos escritos, ou pelo consentimento. E não importa que a obrigação a que se adere seja civil ou natural, porque também se obriga por escravo quer seja estranho quem aceita o garante do escravo quer seja o próprio dono o aceitante aquele a quem se deve*[215].

---

[212] Transcrevemos Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 354.

[213] *Vide supra*, *sub* 2.3.1 e 2.5.

[214] D. 46.1.16.3 (Iul. 53 *dig.*): *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*. Cfr. também: D. 14.6.18 (Ven. 2 *stip.*); D. 15.1.50.2 (Pap. 9 *quaest.*); D. 46.1.60 (Scaev. 1 *resp.*).

[215] Gai. 3.119a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Tratando-se dum princípio perfeitamente consolidado, não surpreende que, analisando um caso concreto, Paulo afirme que:

> D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *[…] Em consequência, fica também obrigado o fiador recebido por uma dívida do escravo […]*[216].

Todavia, a possibilidade de a fiança garantir uma obrigação natural, sem o recurso à ficção por efeito da qual a obrigação natural se transforma em civil, põe um problema delicado: o credor não pode exigir o cumprimento ao devedor da obrigação principal (natural), mas pode exigir ao fiador. Problema que se resolve com uma entorse ou excepção à acessoriedade, segundo a qual a obrigação acessória (a garantia) vive na dependência da obrigação principal e, por isso, não pode ser mais gravosa. A explicação atribuída a Juliano é curiosa:

> D. 46.1.7 (Iul. 53 *dig.*): *Porque na obrigação natural não se pode repetir o pagamento, é conveniente que se possa garantir mediante fiador*[217].

Com efeito, e vista do lado do credor, este é protegido com a *soluti retentio* e volta a estar protegido com a garantia. Não pode exigir o cumprimento da obrigação principal, mas pode demandar o autor da garantia. Será, portanto, uma atenuação (ou reconhecimento) da fragilidade da *obligatio naturalis*.

6.2. Garantia real

A obrigação natural pode ser também garantida por garantia real: *pignus* ou *hypotheca*. As fontes não suscitam dúvidas e a doutrina romanista também não as levanta[218]. Vejamos:

---

[216] D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *[…] ed ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur […]. Vide* F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Roma antique,* cit., p. 167; P. Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, cit., p. 518, nt. 5; G. Scherillo, *Le obbligazioni naturali,* cit., pp. 519, nt. 8, 528, nt. 27 e 545 (para quem o texto de Gaio é absolutamente insuspeito); E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale,* cit., p. 582; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio,* cit., pp. 30, 40, 67, 144 e 148 e Id., *Manuale di diritto privato romano,* cit., p. 611; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 37 (para quem a possibilidade de juntar um *fideiussor* derivava do facto de, no conceito antigo, a garantia se juntar ao contrato e não à obrigação); M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 64; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., pp. 379-380 e 383; J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., pp. 135-137 e 139; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 628 e 630; C. Ferrini, *Manuale di pandette,* cit., p. 422; P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 403; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; Á. d'Ors, *Derecho privado romano,* cit., § 353; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; e P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424.

[217] D. 46.1.7 (Iul. 53 *dig.*): *Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse.*

[218] *Vide* F. Senn, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, cit., p. 167; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., pp. 144 e 149 e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano,*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

> D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Também contrai uma obrigação natural o escravo, como escreveu Pompónio […] Em consequência, […] fica obrigado também […] o penhor que se deu por uma dívida sua […]*[219].
>
> D. 20.1.14.1 (Ulp. 73 *ad ed.*): *Naqueles casos em que nasce uma obrigação natural, tem validade o penhor da mesma*[220].
>
> D. 20.1.5 pr. (Marc. *lib. sing. ad form. hypoth.*): *Há que saber se podemos hipotecar coisas por qualquer obrigação […] inclusivamente, pode dar-se em garantia não só de obrigação civil, mas também honorária ou meramente natural […]*[221].

6.3. Compensação

A obrigação natural pode ser compensada com uma obrigação civil e vice-versa. Embora haja romanistas com dúvidas sobre a natureza clássica da compensação[222], transcrevemos os seguinte textos:

> D. 16.2.6 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Também entra na compensação a obrigação natural*[223].
>
> D. 40.7.20.2 (Paul. 16 *ad Plaut.*): *Se o escravo deve dar dez mil sestércios ao herdeiro e este deve dar outro tanto ao escravo, este ficará livre se declara compensada essa quantia*[224].

No primeiro, Ulpiano enuncia a compensação das obrigações naturais como princípio geral perfeitamente consolidado. E, no segundo, Paulo analisa o caso particular

---

cit., p. 612; M. Talamanca, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, cit., p. 64; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p. 388; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 422; J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 395; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353; e J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264.

[219] D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Naturaliter etiam servus obligatur […] ut Pomponius scribit […] et ob id […] et pignus pro eo datum tenebitur […].*

[220] D. 20.1.14.1 (Ulp. 73 *ad ed.*): *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare consistit*.

[221] D. 20.1.5 pr. (Marcian. *lib. s. ad form. hypoth.*): *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione […] et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali […].*

[222] *Vide* J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 113; E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, cit., p. 582; A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 149 e Id., *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 612; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p. 388; J. Vázny, *Naturalis obligatio*, cit., p. 168; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424; P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 403, nt. 1; J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 395; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, cit., § 353; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; e P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424.

[223] D. 16.2.6 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem*.

[224] D. 40.7.20.2 (Paul. 16 *ad Plaut.*): *Quod si heredi dare iussus est decem et eam summam heres debeat servo: si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

de um escravo, certamente gestor de um pecúlio, no âmbito do qual pode compensar a sua obrigação natural com o seu crédito sobre o herdeiro do *dominus peculii*.

6.4. Novação

A obrigação natural pode ser substituída, por *novatio,* por uma obrigação civil e vice-versa. Também aqui existem dúvidas sobre a sua classicidade que, no direito justinianeu, parecem afastadas[225]. Transcrevemos os seguintes fragmentos de Ulpiano:

> D. 46.2.1 pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Novação é a transfusão e traslação de uma obrigação anterior noutra obrigação civil ou natural, isto é, quando por virtude de outra causa precedente se constitui uma nova, de modo que se extingue a primeira; porque a novação recebeu o seu nome da palavra "nova" e da obrigação "nova"*[226].

> D. 46.2.1.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Não interessa como seja a obrigação precedente, se natural, civil ou honorária e se verbal, real ou consensual; assim, pois, de qualquer espécie que seja a obrigação precedente, pode novar-se verbalmente, contanto que a nova obrigação seja válida civil ou naturalmente;* v.g., *se um pupilo tiver prometido sem a autoridade do tutor*[227].

No primeiro texto, Ulpiano define a *novatio* como "transfusão e traslação" de uma obrigação por outra, civil ou natural. Não se trata de simples substituição de uma *obligatio* por outra – como, *v.g.*, no direito português[228] –, mas de absorção da primeira pela segunda. Ou seja, o conteúdo duma *obligatio* natural ou civil é absorvido pelo conteúdo da nova obrigação, civil ou natural: o que era civil torna-se natural e o que era natural converte-se em civil.

E, no segundo, precisa-se que a obrigação precedente pode derivar de qualquer espécie de contrato, o que mostra o dilatado âmbito em que a *novatio* é possível. A

---

[225] *Vide* A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 149; J. Gaudemet, *rec.* a A. Burdese, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p. 113; E. Nardi, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, cit., p. 582; e A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 612; V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p. 383; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 424; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*¸cit., p. 630; J.C. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 395; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 531; e P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424.

[226] D. 46.2.1 pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur. novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*

[227] D. 46.2.1.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*

[228] Cfr. art. 857 do Código civil. *Vide* M.J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., pp. 1110-1114; e A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., p. 191, nt. 3.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

referência à novação da obrigação natural contraída por pupilo que prometeu algo sem a participação do tutor não passa de simples exemplo[229].

6.5. Constitutum

O *constitutum* é o acordo em que uma pessoa se compromete a satisfazer, em data determinada ou certo lugar, uma dívida que pode ser própria (*constitutum debiti proprii*) ou alheia (*constitutum debiti alieni*) cujo objecto consiste numa soma de dinheiro. Foi tutela por uma acção pretória (*in factum concepta*) denominada *actio de pecunia constituta* e é provável que, na época clássica, tenha desempenhado a função de garantia da obrigação principal, substituindo o devedor por outra pessoa[230].

A circunstância de ser tutelado por acção mostra que, tratando-se de obrigação natural, esta deixaria de ser *naturalis* para se transformar em *civilis*, cujo pagamento ficava sujeito ao prazo acordado.

E, sendo *constitutum debiti alieni*, a substituição é mais profunda: muda-se o devedor.

Também aqui os romanistas têm dúvidas[231], mas encontramos nos seguinte fragmentos de Ulpianus a afirmação de que trata duma figura jurídica de âmbito geral, abrangendo, portanto, as obligationes naturales:

> D. 13.5.1.6 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Pode constituir-se prazo para a dívida de qualquer causa que seja, isto é, de qualquer contrato, seja de objecto certo ou não, seja um comprador que deve o preço, seja o marido que deve restituir o dote, seja um tutor por virtude da sua tutela, seja por qualquer outro contrato*[232].

> D. 13.5.1.7 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Basta inclusivamente uma obrigação natural*[233].

6.6. Cálculo de herança. A quarta Falcídia

A Lex Falcídia, provavelmente um plebiscito rogado pelo tribuno *P. Falcidius* no ano 40 a.C., determinou que, pelo menos ¼ da herança pertence ao herdeiro; portanto, se o testador tivesse legado mais do que ¾ da herança, os legados seriam reduzidos

---

[229] *Vide supra*, *sub* 5.3.

[230] *Vide* A. Santos Justo, *Direito privado romano*, II, cit., pp. 145-146.

[231] *Vide* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p. 387; E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 630; C. Ferrini, *Manuale di pandette*, cit., p. 422; M.J. García Garrido, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 414; J. Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 264; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 531; e P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424.

[232] D. 13.5.1.6 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu.*

[233] D. 13.5.1.7 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Debitum autem vel natura sufficit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

proporcionalmente até se encontrar livre a quota do herdeiro testamentário, ou seja, ¼ da herança. Esta lei restringiu a faculdade de legar que se tinha convertido num abuso de ostentação: tratando-se de herdeiros voluntários, pretendia evitar a inutilidade dos testamentos por falta de aceitação da herança; e, no caso de herdeiros necessários, que sofressem danos, quando, satisfeitos os legados, persistissem dívidas superiores aos bens não legados[234].

A redução dos legados dependia do valor da herança que integrava não só os bens legados, mas também os créditos e débitos do *de cuius*, quer civis quer naturais. Ou seja, tratando-se de créditos correspondentes a obrigações naturais, os seus valores eram somados como bens activos, embora não fossem coercíveis. E as obrigações naturais não deixavam de ser incluídas no passivo, diminuindo o activo.

No entanto, os jurisconsultos clássicos divergiam, havendo quem entendesse que, por não serem coercíveis, não podiam integrar o activo da herança. Vejamos Juliano, citado por Paulo no seguinte fragmento:

> D. 35.2.1.17 (Paul. *l. s. ad leg. Falc.*): *Não deve computar-se na herança, opinam alguns, as obrigações naturais a favor de mesma, que não se podem exigir, embora não se repita o que delas se pague; mas Juliano crê que estas obrigações aumentam ou não o património segundo o seu eventual resultado e que, como também se cobram por direito hereditário, devem entrar na restituição da herança*[235].

A divergência é compreensível: se o herdeiro pode não receber o crédito correspondente a uma obrigação natural, o aumento do activo hereditário é falso. Mas também não deixa de ser verdadeiro que pode ser paga, aumentando o valor da herança. Daí que Juliano tenha optado pela sua inclusão nos valores activos[236].

De resto, esta opinião ter-se-á imposto na *iurisprudentia* romana clássica, como observamos em Scévola citado por Marcelo:

> D. 35.2.56.2 (Marcell. 15 *dig.*): *(Cervídio) Scévola anota: "Que, pois, se o mesmo escravo devia ao defunto e a outro credor dez mil sestércios e cada um e só tinha dez mil (no pecúlio)? Também ficará aumentada a herança com estes dez mil que devia ao defunto como obrigação natural e não saíram da herança"*[237].

---

[234] *Vide* S. Cruz, *Direito romano*, cit., p. 213; e A. Santos Justo, *Direito privado romano*, V, *Direito das sucessões e doações*, em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra, 2009, p. 252.

[235] D. 35.2.1.17 (Paul. *l. s. ad leg. Falc.*): *Id, quod natura hereditati debetur et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat, et hereditario iure id quoque capi ideoque et in restitutionem hereditatis venturum.*

[236] *Vide* V. De Villa, *L'obbligazione naturale nel diritto classsico*, cit., p. 388. *Vide* também: C. Ferrini, *Manuale di pendette*, cit., p. 426; e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 531.

[237] D. 35.2.56.2 (Marcell. 22 *dig.*): *Scaevola notat: quid ergo, si idem servus defuncto et alii dena debuit et una decem habuit? augetur scilicet et his hereditas, decem, quae defuncto naturaliter debebantur, in hereditate manentibus.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Embora a consideração de que a *obligatio naturalis* como bem activo da herança pode aumentar o seu valor (líquido) nem sempre corresponda à verdade – basta pensar no seu não pagamento voluntário – o certo é que, também no caso de a um escravo ter sido atribuída a gestão de um pecúlio, o valor devido (ao próprio dono ou a terceiro) diminui o valor do pecúlio e, portanto, a responsabilidade do seu dono[238].

III. ALGUNS DIREITOS CONTEMPORÂNEOS

7. Direito português

As gravíssimas dificuldades que a *obligatio naturalis* tem suscitado no direito romano não se apagaram na longa tradição romanista[239]. Porém, tais dificuldades permitem compreender melhor os problemas que esta figura jurídica tem e continua a enfrentar no pensamento jurídico. Sobretudo, persiste a dúvida: esta obrigação é ou não jurídica?

A que se junta a entorse grave ao princípio da acessoriedade das garantias pessoal e reais: a sua coercibilidade, contra a falta de *actio* da obrigação natural garantida. Afinal, se o obrigado natural só cumpre se quiser, perguntar-se-á: por que motivo será o garante obrigado a cumprir?

Na doutrina portuguesa, Melo Freire considerava ser «mais simples a divisão da obrigação em perfeita e imperfeita»[240] e, apoiando-se neste Autor, Coelho da Rocha observa que as «obrigações meramente naturais ainda produzem alguns efeitos, como: 1º. Não ter logar a repetição da cousa paga em virtude dellas; 2º. Poderem servir de base às obrigações acessórias, como penhores ou fiadores; 3º. Em virtude da obrigação natural do devedor o juiz não pode aplicar o effeito da prescrição, para o absolver, se elle a não implora»[241].

O Código civil de 1867 não consagra a expressão "obrigação natural", preferindo falar de *dívida exigível – aquella cujo pagamento póde ser pedido em juizo*[242] – e permitindo, *a contrario sensu*, falar de dívida não exigível, embora com os efeitos do direito romano, como, *v.g.*, no *empréstimo feito aos filhos famílias* que, embora não possa ser exigido *nem do mutuario, nem do fiador, se o houver*, o menor que *tiver pago a cousa pedida ou parte della, não terá direito de pedir a sua restituição*[243]. Assim se compreen-

---

[238] *Vide supra*, *sub* 2.3.1.

[239] Abrange o período que decorre entre os séculos VI e XXI, ou seja, desde o Imperador Justiniano (falecido no ano 565) aos nossos dias. *Vide* S. Cruz, *Direito romano*, cit., p. 38.

[240] *Vide* P.J. de Melo Freire, *Instituições de direito civil português*, IV, no *BMJ*, 168, 170, 171, Lisboa, 1967, pp. 37-38.

[241] *Vide* M.A. Coelho da Rocha, *Instituções de direito civil portuguez*, I, Lisboa, 1917[8], p. 66.

[242] Cfr. art. 765, § 2.

[243] Cfr. art. 1535.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

dem as palavras de Vaz Serra de que «no nosso direito, tem-se entendido, em regra, que não é reconhecida, com carácter geral, a categoria das obrigações naturais, mas só nas hipóteses dos artºs. 1535º. e 1542º.» que se ocupam, respectivamente, do empréstimo feito aos filhos famílias e às dívidas de jogo[244].

Perante este quadro legislativo, Guilherme Moreira sustentava que as «obrigações naturais consistem numa mera situação de facto a que a lei atribui certos efeitos», observando ainda que, no direito romano, «produzia importantes efeitos, não se tratando de um simples dever moral»[245]. Havia, no entanto, quem, como Manuel de Andrade, visse nas obrigações naturais «verdadeiras obrigações, conquanto o vínculo jurídico seja aí mais ténue do que nas obrigações civis ou perfeitas»[246]. E também havia quem, como José Tavares, defendesse o carácter geral das obrigações naturais[247] ou entendesse, como Manuel de Andrade, que «não é inteiramente segura a doutrina tradicional entre nós que limita aos casos dos artºs. 1535, § único e 1542º. a extensão das obrigações naturais»[248]. Daí, a afirmação da existência de obrigações naturais em diversas situações, como, *v.g.*, o cumprimento de uma liberalidade contida em testamento nulo, «salvo o caso, porventura, de a vontade do de cuius ser de todo o ponto injustificável»[249]; ou no caso da fidúcia testamentária na qual «o herdeiro ou legatário designados no testamento não são aqueles a quem o testador verdadeiramente pretende instituir, tornando-se apenas de pessoas da sua confiança, a quem encarrega de declarar depois qual é o herdeiro ou legatário queridos por ele testador»[250]; ou, ainda, no caso de prescrição, em que «parece dever admitir-se uma obrigação natural, depois de oposta com êxito a excepção de prescrição»[251] etc.

Relativamente à possibilidade de uma obrigação natural ser garantida por fiança, as dúvidas invadem a doutrina de vários países europeus, havendo quem se pronuncie favoravelmente[252] e quem, invocando o *beneficium excussionis*, recuse, porque o «devedor principal deve normalmente ser demandado em primeiro lugar e não poderia sê-lo», embora houvesse também quem entenda que «o facto de o devedor da obrigação natural fornecer fiador ao seu credor implica necessariamente, para ter um sentido, a aceitação dos meios de coerção que a fiança deve trazer consigo e, por conseguinte, a transformação da obrigação natural em obrigação civil». Por isso, «se-

---

[244] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *Obrigações naturais*, no *BMJ*, nº. 53, Fevereiro, 1956, Lisboa, p. 5. Seguiremos de perto este estudo.

[245] *Vide* G. Moreira, *Instituições do direito civil português*, II, *Das obrigações*, Coimbra, 1925², pp. 20 e ss.

[246] *Vide* M. de Andrade, *Teoria geral das obrigações* (com a colaboração de Rui de Alarcão), Coimbra, 1966³, pp. 78 e 79.

[247] *Vide* J. Tavares, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, Coimbra, 1929², pp. 552 e ss.

[248] *Vide* M. de Andrade, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 79, nt. 4.

[249] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 53.

[250] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 54.

[251] Transcrevemos Vaz Serra, *ibidem*, p. 57.

[252] *Vide* os Autores citados por A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 136, nt. 288.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

ria verdadeiro que a obrigação natural não pode tecnicamente ser afiançada; mas ela muda de natureza inevitavelmente pelo próprio facto da fiança que é fornecida»[253].

Finalmente, Vaz Serra propõe a seguinte redacção ao novo Código civil: «Os deveres morais ou sociais dão lugar a que não se admita a repetição do que foi espontaneamente prestado para cumprimento deles, excepto se a prestação foi feita por um incapaz, não autorizado a dispor do objecto da mesma prestação. Mas esta não pode ser exigida judicialmente»[254].

E, depois de referir alguns casos de obrigação natural em que a influência do direito romano não está totalmente ausente, o ilustre civilista admite a compensação por outros créditos naturais ou civis e a possibilidade de ser assegurada por garantias «desde que a lei o não exclua ou estas não sejam incompatíveis com a razão por que se recusa ao credor o direito de compelir o devedor ao cumprimento»[255].

Entretanto, propõe o reconhecimento da inexigibilidade coercitiva do que se ganhe em jogo ou aposta, mesmo que o jogo ou a aposta não sejam proibidos. Ressalvam-se a reclamação da restituição do que uma das partes entregou à outra, antes da decisão do jogo ou da aposta, e as competições desportivas com relação às pessoas que nelas tomarem parte[256].

Olhando para o actual Código civil, define-se obrigação natural como aquela que *se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça*[257]. Determina-se que *não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação*[258]. E refere-se que estas obrigações *estão sujeitas ao regime das obrigações civis em tudo o que não se relacione com a realização coactiva da prestação, salvas as disposições especiais da lei*[259].

Ou seja, o Código civil de 1966 relaciona a obrigação natural com um dever de ordem moral ou social não coercível, mas cujo pagamento corresponde a um dever de justiça. Segundo Almeida Costa, «como os deveres de justiça constituem, simultaneamente, deveres morais ou sociais, poderá então sintetizar-se, numa formulação abreviada, que as obrigações naturais correspondem aos puros e simples deveres de justiça»[260].

Finalmente, deve destacar-se a consagração da obrigação natural como figura jurídica autónoma[261] e a opção por este nome em detrimento de *obrigação imperfeita*

---

[253] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 137.

[254] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 162.

[255] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, pp. 170-171.

[256] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, pp. 166-169.

[257] Cfr. art. 402.

[258] Cfr. art. 403, n. 1.

[259] Cfr. art. 404.

[260] *Vide* M.J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 175.

[261] *Vide* M.J. de Almeida Costa, *ibidem*, p. 173, para quem se trata duma figura geral, representando «uma inovação relativamente ao Código anterior».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

teve, na sua base, «o direito de cidade que a designação tradicional adquiriu há muito na terminologia jurídica»[262].

Mas persiste a dificuldade, porque «a distinção entre os meros deveres morais ou sociais e as obrigações naturais pode ser extremamente difícil», como observa Vaz Serra[263]. E «averiguar se são de tal ordem que devam considerar-se como fundando uma obrigação jurídica de pagar depende das concepções sociais, susceptíveis de variar com os tempos e com os lugares», embora se «afaste ou limite, desta maneira, o arbítrio judicial»[264].

Ainda segundo Almeida Costa, «compete à jurisprudência, de harmonia com as concepções predominantes e as circunstâncias concretas de cada situação, averiguar, primeiro se existe um dever moral ou social e, seguidamente, se esse dever moral ou social é tão importante que o seu cumprimento envolve um dever de justiça»[265].

A consagração da obrigação natural como figura autónoma, não afasta o seu reconhecimento específico em determinadas situações. Sucede*, v.g.*, nas dívidas prescritas, cujo pagamento depois de o devedor invocar, com êxito, a prescrição não pode ser repetido[266]; na indemnização a favor de quem o lesado prestava alimentos no cumprimento de uma obrigação natural[267]; os contratos de jogo e de aposta que, quando lícitos, são fonte de obrigações naturais, salvo se forem nulos ou anuláveis nos termos gerais do direito ou se houver fraude do credor na sua execução[268]; a não exigibilidade aos pais de cumprirem, para com os filhos, o dever de lhes darem parte dos bens produzidos ou compensá-los do seu trabalho[269]; etc.

Nada impede que, havendo acordo das partes, a obrigação natural seja compensada com outra obrigação natural ou civil nem se afasta a possibilidade de constituir objecto de usufruto. Mais delicada é a possibilidade de ser garantida por fiança, penhor ou hipoteca, contanto que não se mostrem incompatíveis com os motivos por que a dívida é incoercível. Impõe-se, aqui, uma distinção: se a garantia é prestada pelo devedor, significa a vontade de transformar a obrigação natural em civil; se provém de terceiro, este só poderá exercer os seus direitos em relação ao devedor (natural) principal, desde que tenha consentido na constituição da garantia. E, no caso de a obrigação garantida permanecer como natural, «afigura-se que a fiança não

---

[262] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *Obrigações naturais*, cit., p. 33.

[263] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 37.

[264] Voltamos a transcrever A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, pp. 40-43. *Vide* também M.J. de Almeida Costa, *ibidem*, p. 177.

[265] Transcrevemos M.J. de Almeida Costa, *ibidem*, p. 177. Ainda segundo este Autor, «consistindo num simples dever de caridade, de dedicação, de amor, ainda que fundados na moral, traduzir-se-á em liberalidade».

[266] Cfr. art. 304, n. 2.

[267] Cfr. art. 495, n. 3.

[268] Cfr. art. 1245. O art. 1246 exceptua as competições desportivas com relação às pessoas que nelas tomarem parte.

[269] Cfr. art. 1895, n. 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

poderá revestir índole diversa, porquanto a lei veda a sua constituição em condições mais onerosas»[270].

Finalmente, quanto à natureza da obrigação natural, importa ter presente que a ciência jurídica deve, nas suas construções, «proporcionar uma compreensão sistematizada e unificada da matéria jurídica»[271] que, sendo diferente nos vários ordenamentos jurídicos, não será uniforme. Ora, relativamente ao direito português, as obrigações naturais, «salvo o que especialmente se preceitue, encontram-se submetidas a todos os princípios que informam a disciplina das obrigações em geral». Por isso, afigura-se mais adequada a doutrina clássica, sustentada por Manuel de Andrade, que vê nas obrigações naturais «verdadeiras obrigações jurídicas, embora imperfeitas ou de juridicidade reduzida»[272].

8. Direito italiano

O actual Código civil italiano determina que *non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che le prestazione sia stata eseguita da un incapace*[273]. Como se observa, não define a obrigação natural, limitando-se a afastar a repetição do que foi prestado em cumprimento de deveres morais ou sociais. Ou seja, o Código civil italiano não distingue as obrigações naturais dos deveres morais e sociais. Tão-só nega a repetição do pagamento e o seu carácter jurídico residiria apenas no efeito da *soluti retentio*[274].

Anteriormente, o Código civil de 1865 dispunha, na única passagem em que fala de obrigações naturais, que "qualquer pagamento pressupõe um débito; o que se pague sem ser devido é recuperável. A recuperação não é admitida com respeito às obrigações naturais que se tenham satisfeito voluntariamente"[275]. Como se observa, não existe qualquer definição de obrigação natural e, por isso, os civilistas italianos dividiram-se sobretudo à volta da interpretação do vocábulo *voluntariamente*. Para a maioria, o pagamento não podia ser repetido se tivesse sido feito pelo devedor sabendo que não podia ser obrigado; por isso, havendo erro, o pagamento podia ser repetido. Para outros civilistas, embora minoritários, voluntariamente deve interpretar-se como *livremente* e, deste modo, a repetição não é possível mesmo que o pagamento tenha sido feito por erro[276].

---

[270] *Vide* M.J. de Almeida Costa, *ibidem*, p. 186, que cita o art. 631.

[271] Voltamos a transcrever M.J. de Almeida Costa, *ibidem*, pp. 190-191.

[272] Novamente transcrevemos M.J. de Almeida Costa, *ibidem*, pp. 192-193, que adere a esta doutrina. *Vide supra*, *sub* 4.4.

[273] Cfr. art. 2034.

[274] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *Obrigações naturais*, cit., p. 18.

[275] Cfr. art. 1237.

[276] *Vide* R. De Ruggiero, *Instituições de direito civil,* cit., pp. 53-58.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

Para De Ruggiero, «a importância das obrigações naturais no direito moderno está notavelmente reduzida e é muito menor do que no direito romano», mas «é certo que o germe contido nas disposições deste direito caiu em terreno mesmo muito frutífero». Tomando posição, escreve: «Ainda que se chamem puros vínculos de equidade, nem por isso deixam de ser vínculos jurídicos, posto que desprovidos daquela eficácia mais plena e directa dada pela acção». E acrescenta: «A coercibilidade pode, nos vários graus da sua intensidade, descer até ao ponto de parecer que se desvanece […], mas em que afinal se encontra sempre, posto que em mínimo grau, na soluti retentio, que representa uma forma indirecta e atenuada»[277].

Numa palavra, pairavam divergências profundas sobre a natureza da obrigação natural no direito italiano: dum lado, estavam os civilistas que viam nesta obrigação um dever de consciência, social ou moral, de conteúdo patrimonial, mas sem carácter jurídico e a recusa da repetição do pagamento explicava-se com a consideração de que a lei não pode proteger o acto imoral de quem queira retomar o que deu em cumprimento de um dever de consciência; do outro lado, estavam os civilistas que defendiam a categoria das obrigações naturais porque viam no cumprimento espontâneo um verdadeiro cumprimento, e não liberalidade, e por isso, tem uma dignidade superior à dos puros deveres de consciência[278].

Com a redacção diferente do actual Código civil que afastou o vocábulo *voluntariamente*, aquela discussão perdeu o suporte legal, mas a natureza das obrigações naturais está longe de ser pacífica com a referência a deveres morais ou sociais, cujo cumprimento não se pode repetir.

9. Direito alemão

Também o Código civil alemão não faz referência às obrigações naturais, o que não afastou a doutrina de considerar a existência de obrigações imperfeitas ou naturais[279]. Destaca-se o § 814 que, inserido no título XXIV da rubrica *enriquecimento ilícito*, determina que *aquilo que foi entregue, com a finalidade de cumprir um compromisso, não pode ser repetido se o que realizou a prestação sabia que não estava obrigado à prestação, ou se, à prestação correspondia um dever moral ou uma medida a tomar sobre a honra*.

A não repetição do pagamento feito com o conhecimento da não obrigatoriedade implica, a *contrario sensu*, a repetibilidade se este conhecimento fosse devido a erro, situação que nos aproxima das divergências doutrinais assinaladas no direito italiano. Assim, Ennecerus-Lehman entendem que daqui «não resulta que se trate de uma

---

277 Transcrevemos R. De Ruggiero, *ibidem*, pp. 54-55.
278 *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *Obrigações naturais*, cit., p. 16.
279 *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, pp. 20-21.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

obrigação jurídica, pois aquela exclusão *(da repetição)* significa apenas que o ordenamento jurídico desaprova a repetição, vendo no cumprimento voluntário uma causa acquirendi suficiente, e não que se trate do cumprimento de uma obrigação jurídica embora debilitada»[280].

Seja como for têm sido consideradas como obrigações naturais no BGB, várias situações, como: o crédito prescrito, se o devedor alegar a prescrição; os créditos derivados de jogo ou aposta; etc.[281]. E admite-se a possibilidade de um usufruto sobre créditos naturais, assim como o penhor e o afiançamento[282].

10. Direito francês

O Código civil francês fala de obrigação natural na rubrica *du payement en général*. Logo no art. 1235, determina que *tout payement supose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à repetition. La répetition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées*.

Como vemos, refere a obrigação natural apenas para dispor que o pagamento não se pode repetir quando feito voluntariamente. Não define, mas também não a confunde com deveres morais ou sociais, circunstância que tem permitido considerar que reconhece, com carácter geral, a categoria das obrigações naturais[283].

Tem-se discutido o seu fundamento jurídico, havendo quem defenda a teoria da *obrigação civil degenerada* e quem a apoie num *dever de consciência do devedor para com o credor*. Neste sentido, a obrigação natural seria «o dever moral a que o direito reconhece um certo valor, sem, todavia, o adoptar plenamente, até fazer dele uma obrigação munida da sanção normal»[284]. Há também quem considere que as obrigações naturais hoje reconhecidas podem deixar de o ser amanhã. É o reconhecimento da ideia de relatividade que tem sido adoptada pelos tribunais, quando entendem que a obrigação natural «compreende tudo o que não é nem uma obrigação civil munida de acção, nem uma pura liberalidade»[285].

Ou seja, não existe uma definição de obrigação natural, mas uma ideia que flui ao longo da história – o que é hoje, amanhã pode não ser; e o que não é hoje, pode ser amanhã – com as consequentes dificuldades de determinar a sua natureza jurídica, mas que se atenuam se não perdermos de vista o regime jurídico positivado.

---

[280] *Vide* Ennecerus-Lehman *apud* Vaz Serra, *ibidem*, p. 21, nt. 43.
[281] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, pp. 13 e 22.
[282] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 23.
[283] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 10.
[284] *Vide* Planiol, Ripert e Radouant *apud* Vaz Serra, *ibidem*, p. 11.
[285] *Vide* A. Paes da Silva Vaz Serra, *ibidem*, p. 13.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

11. Direito espanhol

O Código civil espanhol não fala de obrigação natural, embora a doutrina pense que alguns artigos contemplam efeitos característicos desta obrigação. É o caso do art. 1756 que determina a irrepetibilidade do pagamento de juros não pactuados; e do art. 1901 que autoriza quem recebeu uma coisa em pagamento duma obrigação não devida ou que já estava satisfeita a retê-la, desde que prove que a entrega foi feita por justa causa, distinta de liberalidade. Diz-se a propósito que, «si bien no le era debida civilmente, sí había o.n. (justa causa) de dársela», escreve Manuel Albaladejo[286].

Ainda segundo este civilista, nos casos «en que permite tal no devolución, hay o.n. (que se cumplió); pero se se trata de mantener que realmente hay en ellos una verdadeira o. jurídica (aunque más débil que la o. civil), que se llama o. n., no porque no sea jurídica, sino para distinguirla de las o. jurídicas normales (civiles), entonces la afirmación es discutible, y junto a la teoria según la que se trata de una verdadeira o. jurídica, hay otras que lo niegan»[287].

A propósito da natureza da obrigação natural, a doutrina diverge entre quem a considera não jurídica, mas moral ou de consciência ou social, a que se atribui um efeito jurídico: a irrepetibilidade do pagamento (juridicamente não devido); a que, não sendo inicialmente uma obrigação jurídica, converte-se em jurídica quando é paga; e a de que não se trata duma obrigação jurídica, nem antes nem depois do pagamento, mas tão-só dum facto que constitui uma justa causa da atribuição patrimonial feita ao credor. Justa causa que afasta o acto imoral de o devedor recuperar o que prestou por considerar, naquele momento, moralmente devido[288].

Acresce que, não sendo uma verdadeira obrigação (civil), o seu cumprimento não é exigível e, por isso, não se pode falar *v.g.,* de *mora debitoris*. E tão-pouco pode ser objecto de compensação, de novação, de fiança, etc. A admissão de alguma destas figuras implica que «las partes acordasen, aunque tacitamente, estabelecer entre ellas como o. jurídica a hasta entonces denominada o. natural»[289]. No caso particular de garantia (pessoal ou, cremos, também real) a acessoriedade desta relação implica a transformação da obrigação principal de moral em civil. Transformação evidente na *novatio* e também na *compensatio*.

12. Direito brasileiro

O Código civil de 1916, determinava, na secção VII intitulada *do pagamento indevido*, que *não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir*

---

[286] Transcrevemos M. Albaladejo, *Compendio de derecho civil*, Madrid, 2004[12], p. 201.
[287] Voltamos a transcrever M. Albaladejo, *ibidem*, p. 201.
[288] *Vide* M. Albaladejo, *ibidem*, p. 202.
[289] Transcrevemos M. Albaladejo, *ibidem*, p. 202.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

uma obrigação natural[290]. Refere ainda que *não se revogam por ingratidão as (doações) que se fizerem em cumprimento de obrigação natural*[291]. E, a propósito do jogo e da aposta, declara que *não obrigam ao pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo de foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito*[292].

Ou seja, aquele Código parece consagrar a obrigação natural como figura autónoma, proibindo a repetição do seu cumprimento. Na opinião de Caio Mário da Silva Pereira, a obrigação natural é «uma figura inconfundível com o dever moral: é uma obrigação sem acção, um verdadeiro crédito, apenas despido de execução forçada». Aponta, ainda como exemplo, o pagamento de juros não convencionados: sendo devidos apenas se expressamente fixados, se o mutuário pagasse os não estipulados, era impedido de reavê-los[293].

Relativamente ao actual Código civil (de 2002), observa-se que não faz referência à obrigação natural, preferindo falar de *obrigação judicialmente inexigível* quando reconhece validade ao pagamento espontâneo, negando a repetição ao *solvens*[294].

Perante esta omissão, a doutrina reconhece a irrepetibilidade do cumprimento, característica essencial das obrigações naturais, no pagamento de dívida prescrita[295]; na dação de alguma coisa para obter um fim ilícito, imoral ou proibido por lei[296]; na dívida de jogo voluntariamente paga, salvo se o ganho é devido a dolo ou o perdente é menor ou interdito[297]; em juros não estipulados sem fins económicos[298]; no mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver[299].

Finalmente, a doutrina observa que não existe obstáculo à possibilidade de haver *novatio* na obrigação natural se as partes assim pretenderem. Mas recusa a hipótese de compensação[300], de fiança, penhor ou outro direito real[301].

---

[290] Cfr. art. 970.

[291] Cfr. art. 1187 – III.

[292] Cfr. art. 1477.

[293] *Vide* S. Pereira, *Instituições de direito civil,* cit., pp. 32 e 33, que cita o art. 1262 do Código civil de 1916.

[294] Cfr. art. 882. *Vide* S. Pereira, *ibidem*, p. 33; e S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 52.

[295] Cfr. art. 882.

[296] Cfr. art. 883. Resslvam-se os jogos regulamentados ou autorizados pelo Estado. *Vide* S. de Salvo Venosa, *ibidem*, p. 54.

[297] Cfr. art. 814.

[298] *Vide* S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 55.

[299] Cfr. art. 588.

[300] Neste sentido, *vide* S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 59, por entender que «o instituto reauer que as dívidas compensadas sejam vencidas e exigíveis (art. 369)».

[301] Neste sentido, *vide* S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit., p. 59, por considerar que «essas garantias pressupõem possibilidade de exercitar a execução para a cobrança, que não existe no instituto ora tratado».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

IV. CONCLUSÃO

1. A obrigação natural é uma das figuras jurídicas mais controversas dentro e fora do direito romano. Embora a sua génese esteja ligada às condições familiares, económicas e sociais do mundo romano, não desapareceu completamente em grande parte dos direitos europeus contemporâneos.
2. A obrigação natural contrapõe-se à obrigação civil. Falta-lhe a coercibildade, ou seja, uma acção que a tutele, circunstância que leva alguns Autores a qualificá-la de imperfeita ou incompleta, questionando mesmo a sua natureza jurídica.
3. Com efeito, fala-se de relação de facto, de dever moral ou social, de obrigação imperfeita ou incompleta, de obrigação jurídica, de obrigação do direito das gentes e de obrigação do direito natural. Parece-nos, no entanto, que se trata de verdadeira obrigação jurídica, quer porque produz efeitos jurídicos importantes, quer porque não consideramos a coercibilidade característica essencial do direito, embora reconheçamos que se trata duma importante condição de eficácia.
4. Não gozando de tutela jurídica, o credor que for satisfeito tem a faculdade de fazer sua a prestação que lhe for realizada (*soluti retentio*), não podendo o devedor repetir o que prestou (não goza da *condictio indebiti*), porque cumpriu o seu dever.
5. A estes efeitos jurídicos (porque tutelados pelo direito), junta-se a possibilidade de a obrigação natural ser garantida por fiança, penhor e hipoteca e, ainda, de ser compensada e novada quer por outra obrigação natural quer até por obrigação civil. E pode também ser objecto de *constitutum*, mesmo *alieni iuris* que, provocando a mudança do devedor, serviu de verdadeira garantia tutelada por acção pretória (*actio de pecunia constituta*).
6. O seu valor patrimonial foi considerado no cálculo de pecúlios de escravos e do valor de heranças, sobretudo para se determinar a quarta Falcídia que o *de cuius* devia deixar ao herdeiro, reduzindo-se proporcionalmente, se necessário, os legados que excedessem ¾ da herança.
7. A possibilidade, ainda reconhecida nos direitos contemporâneos, de ser garantida por fiança, penhor e hipoteca, remonta à época clássica e está ligada aos jurisconsultos Javoleno e Juliano. Pensamos que, inicialmente, só era possível, por força do princípio da acessoriedade, convertendo-se a obrigação natural do escravo em obrigação civil através do expediente técnico de fingir que o *servus* era homem livre (ficção *si liber esset*). Posteriormente, a prática frequente dessas garantias impôs a dispensa da ficção, afirmando-se aquela possibilidade como uma entorse ou excepção à acessoriedade segundo a qual a obrigação acessória (a garantia) não pode ser mais gravosa do que a obrigação principal (a obrigação natural).
8. No direito português, a obrigação natural é uma figura autónoma com alcance geral, embora alguns dos seus efeitos (*v.g.*, a irrepetibilidade do pagamento) se encontrem também em normas de outros institutos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438

9. O Código civil italiano não define a obrigação natural e limita-se a proibir a repetição do que for prestado em cumprimento de dever moral ou social. Ou seja, a sua presença no direito civil italiano é muito ténue.
10. O Código civil alemão silencia a obrigação natural como instituto autónomo, embora proíba a repetição do que for prestado no cumprimento de dever moral. A doutrina chega a justificar a irrepetibilidade sem apelar à obrigação natural, mesmo debilitada.
11. No direito francês, o Código de Napoleão fala de *obligation naturel*, afastando a repetição do que for prestado em seu cumprimento. Há quem lhe reconheça carácter geral e também não falta quem lhe atribua a nota de relatividade, aliás seguida pelos tribunais.
12. O Código civil espanhol não consagrou nem fala de obrigação moral e se, uma ou outra norma determina a não repetição do que foi prestado, é por considerar que seria imoral repetir-se o que foi pago em cumprimento de um dever moral. Tratando-se da constituição duma relação acessória (*v.g.,* garantia), a criação desta implica a transformação da obrigação principal moral em civil.
13. O actual Código civil brasileiro (de 2001) afastou-se do Código anterior (de 1916) – que consagrou a obrigação natural como figura autónoma –, substituindo-a por *obrigação judicialmente inexigível*. No entanto, a doutrina observa a irrepetibilidade em algumas figuras jurídicas.
14. Finalmente, impõe-se uma breve reflexão: quer nos direitos que reconhecem a obrigação natural como figura jurídica autónoma, quer naqueles que se limitam a consagrar a irrepetibilidade da prestação em diversas situações nas quais a doutrina continua a ver uma obrigação natural, assinala-se que esta é hoje uma raridade, porque as condições em que a *obligatio natural* – situação jurídica de escravos e *filiifamilias* – germinou no direito romano não existem hoje.
Mas também vale a pena transcrever o que escreveu Washington de Barros Monteiro: «Não é difícil identificar a causa dessa raridade. Numa época em que a noção do prazo tende a desaparecer, substituída pelo espírito da moratória e pela esperança da revisão; em que o devedor conhece a arte de não pagar as dívidas em que aquele que paga com exactidão no dia devido não passa de um ingênuo, que não tem direito a nada; em que as leis se enchem de piedade pelos devedores e em que as vias judiciárias se mostram imprescindíveis como injunção ao devedor civil, aparece como verdadeiro anacronismo a obrigação natural, susceptível de pagamento voluntário, apesar de desprovida de acção»[302].

[302] Transcrevemos Washington de Barris Monteiro *apud* S. de Salvo Venosa, *Direito civil*, cit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0438