

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo nº 1279/09.8TJLSB-A.L1-7

Relator: TOMÉ GOMES

Sessão: 10 Novembro 2009

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

PENHOR

EMPRÉSTIMO

PROVIDÊNCIA CAUTELAR

Sumário

Empréstimos garantidos por penhor, no âmbito da actividade prestamista

O endosso das cautelas de penhor

Direito ao resgate dos bens empenhados

Providência inibitória para acautelar a incolumidade do direito ao resgate

A difícil reparabilidade do direito ao resgate

1. Os empréstimos garantidos por penhor realizados por entidade autorizada no âmbito da actividade prestamista já preconizada no artigo 402º do Código Comercial (CCom), encontram-se hoje regulados pelo Dec.-Lei nº 365/99, de 17 de Setembro.

2. A cautela de penhor emitida pelo mutuante e entregue ao mutuário traduz-se num título de crédito à ordem, porque transmissível por endosso, nos termos genericamente previstos no artigo 483º do C.Com, que confere ao endossado o correspondente direito ao resgate dos bens empenhados, nas mesmas condições em que o endossante o poderia fazer.

3. A posse do título por parte do endossado, verificada que seja a regularidade formal dos sucessivos endossos, presume-se, em princípio, legítima, habilitando desse modo o endossado a exercer o direito ao resgate dos bens.

4. O requisito de difícil reparabilidade do direito ameaçado traduz-se num conceito jurídico indeterminado gradativo “carecido de preenchimento valorativo”, a fazer no confronto do caso concreto, à luz dos padrões sócio-culturais do tipo de comporta-mento ou situação social relevante e da teleologia subjacente à norma em que se ins-creve, cabendo, pois, à doutrina e jurisprudência ir sedimentando os parâmetros dessa valoração normativa.

5. Nessa perspectiva, não se deverá partir de uma bitola genérica, meramente

abstracta, mas antes tomar em linha de conta as particularidades da situação singular em presença, de forma a perscrutar nelas os sinais apelativos de uma justiça equitativa que permita, de algum modo, a aplicação flexível da norma, num esforço de conciliação ou síntese entre os valores ético-sociais e o Direito.

6. O direito ao resgate dos bens dados em penhor de que é titular o legítimo portador das cautelas confere-lhe o direito a uma prestação específica de entrega de coisa determinada;

7. No caso em apreço, os bens empenhados, dada a sua natureza, são providos de um valor intrínseco estável e resistente às flutuações da moeda, o que tornaria, desde logo, precária a avaliação feita aquando da própria constituição do penhor; a par dessa susceptibilidade, tornar-se-ia também difícil aferir o prejuízo, a título de lucro cessante que o requerente pudesse vir a obter, resultante da frustração da comercialização dos bens em virtude do perecimento do direito ao resgate.

(Sumário do Relator)

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa :

I – Relatório

1. A instaurou procedimento cautelar comum contra a C, S.A., hoje denominada C, S.A., pedindo que esta fosse inibida de vender os objectos que lhe foram entregues, a título de penhor, como garantia de empréstimo, titulado pelas seis cautelas de penhor juntas a fls. 118 a 129 endossadas ao ora requerente, alegando, em resumo, que a requerida lhe recusara o resgate daqueles objectos invocando, sem motivo justificado, que só o faria com a presença dos respectivos mutuários.

2. A requerida deduziu oposição, sustentando, no que aqui releva e em síntese, que:

- a requerida não tem outra possibilidade física de conferir a assinatura do mutuário-endossante, razão pela qual passou a exigir a presença deste;
- tal exigência radica em episódios ocorridos com o requerente traduzidos no facto de este ter já apresentado endossos que mais tarde os mutuários alegaram terem sido furtados e extraviados, reclamando as peças objecto do penhor;
- ao agir desse modo, a requerida mais não fez do que cumprir o seu dever legal de diligência, acautelando a guarda dos objectos que lhe foram dados em

penhor.

3. Realizadas as diligências probatórias com gravação dos depoimentos prestados, conforme se alcança da acta de fls. 113 a 116, foi decidida a matéria de facto pela forma constante do despacho de fls. 133 a 135 e, seguidamente, proferida decisão final a julgar procedente a providência inibitória requerida.

4. Inconformada com tal decisão, a requerida apela dela, formulando as seguintes conclusões:

1ª - Há erro notório na apreciação da prova, no que toca aos pontos 1, 2, 3 e 7 da decisão de facto;

2ª - O tribunal “a quo” não teve em linha de conta os depoimentos das testemunhas P, R e M;

3ª - Concatenados tais depoimentos, conclui-se que :

a) - a requerida, pelo menos, há um ano alterou os procedimentos anteriores, passando a exigir que os mutuários assinem o endosso na agência e seja o mesmo conferido na presença do funcionário da agência e certificado pelo respectivo gerente;

b) - desde Junho de 2008, os procedimentos estão afixados nas agências e que a alteração dos procedimentos é explicado, pelo menos desde aquela data, aos mutuários e demais interessados;

c) - o requerente pode pagar os juros desde que solicite junto das agências dos respectivos contratos, evitando assim a re-messa das peças a leilão;

4ª - As respostas aos quesitos 1, 2, 3 e 7 devem ser alteradas, o mesmo acontecendo nos factos provados da fundamentação;

5ª - Assim no âmbito das respostas aos artigos aos quesitos 1, 2 e 3 deve ser inserto “... pese embora os endossos não tenham observado os procedimentos afixados pela requerida”;

6ª - O quesito 7º deve merecer a seguinte resposta: “a requerida, pelo menos desde Junho de 2008, passou a exigir a presença do mutuário para confirmação do endosso, o que está afixado nas agências desde aquela mesma data”;

7ª - Deve também ser aditado outro quesito de onde conste o seguinte: “Provado que o requerente pode pagar os juros dos contratos dos autos, evitando que as peças vão a leilão”.

8ª - Deve assim ser modificada a decisão de facto e, se necessário, renovada a prova;

9ª - Do fundamento da providência peticionada conclui-se que a situação de perigo ou lesão resulta de um comportamento exigível à requerida, mas que, à data da ocorrência dos factos, a situação de resgate das cautelas era diferente da actual, conclusão essa em que se estriba a decisão recorrida;

10ª - *Todavia, dos factos a ter como provados resulta que, à data dos mesmos, o novo procedimento já estava em vigor, uma vez que as testemunhas inquiridas referiram ter conhecimento disso há mais de um ano;*
11ª - *Prova-se pois que o requerente tinha conhecimento dos novos procedimentos e, não obstante, correu o risco emergente do facto de a requerida não aceitar o endosso, atento o regulamento em vigor;*
12ª - *Por outro lado, o requerente pode obviar a que as peças se-jam levadas a leilão, pagando os respectivos juros ou somente fa-zendo presentes os mutuários, risco que corre por conta daquele;*
13ª - *Não por isso lícito invocar a lesão de um direito inexistente;*
14ª - *Da legislação em vigor, mormente do artigo 18º do DL nº 365/99 nem de algum outro dispositivo resulta que a requerida se encontre impedida de regulamentar os procedimentos dos endossos;*
15ª - *Por consequência não está demonstrada a lesão ou perigo de lesão, em face do risco consciente do requerente;*
16ª - *Por outro lado, não se fez prova, que incumbia à requerente, de que a lesão já não tivesse ocorrido, reconhecendo-se ultrapassa-do o prazo para a venda das peças;*
17ª - *Mostrando-se verificada a lesão deixa de ter sentido o decre-tamento da providência;*
18ª - *A decisão recorrida violou o disposto nos artigos 18º e 20º, “a contrario”, do Dec.-Lei nº 365/99, bem como o disposto nos artigos 342º, nº 1, do CC e 381º e seguintes do CPC.*

Pede a apelante que seja revogada a decisão recorrida e indeferida a providência em causa.

5. O apelado não apresentou contra-alegações.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – *Delimitação do objecto do recurso*

Como é jurisprudência já sedimentada, em conformidade com o dis-posto nos artigos 684º, nº 3, e 690º, nº 1, e 685º-B, nº 1, na redacção dada pelo Dec.-Lei nº 303/2007, de 24 de Agosto, do CPC, o objecto do recurso é delimitado em função do teor das conclusões do recorrente.

Nestes termos, as questões suscitadas consistem em:

- a) - erro de julgamento no âmbito das respostas contidas nos pon-tos 1, 2, 3 e 7 da decisão de facto;
- b) - aditamento de um novo ponto de facto com o teor enunciado na 7ª conclusão acima consignada, renovando-se a prova para tal efeito, se necessário;

c) - erro de direito quanto aos pressupostos da providência decreta-da por violação do disposto nos artigos 18º e 20º do Dec.-Lei nº 365/99, de 17 de Setembro, bem como dos artigos 342º do CC e 381º e seguintes do CPC.

III - *Fundamentação*

1. Factualidade dada como provada na 1ª Instância

Vem dada como provada, em 1ª Instância, a seguinte factuality:

1.1. O requerente é legítimo portador de seis cautelas, com o nº , de 2/2/2007, nº, de 2/2/2007, nº , de 25/6/2008, , de 25/6/ 2008, nº , de 22/9/2008 e nº , de 1/10/ 2008 - *documentos de fls. 118 a 129*.

1.2. O requerente adquiriu as referidas cautelas aos seus legítimos portadores, a saber:

- a) - a M, a cautela nº ...6;
- b) - a I, a cautela nº ...3;
- c) - a N, as cautelas nº3 e nº ..2;
- d) - a P, as cautelas nº ... e nº ...9.

1.3. O requerente recebeu as referidas cautelas por endosso dos mencionados portadores das mesmas.

1.4. O requerente em Outubro deslocou-se às instalações da agência , acompanhado de Q para proceder ao resgate das peças tituladas pelas cautelas com o nº ...6 e nº ...3;

1.5. Ainda em Outubro o requerente deslocou-se às instalações da agência da requerida em acompanhado de Q para proceder ao resgate das peças tituladas pelas cautelas nº ...2, nº ...3, nº ...8 e nº ...9;

1.6. A requerida, em todas as ocasiões mencionadas nos pontos anteriores, recusou-se a entregar ao requerente as peças identificadas em cada uma das cautelas, alegando que era norma da casa não entre-gar as peças tituladas pelos endossos sem a presença dos mutuários, ou seja, dos endossantes;

1.7. Actualmente a requerida passou a exigir a presença do mutuário com vista a confirmar o endosso, texto que passou a estar inserido no próprio contrato de mútuo.

Da remissão feita no ponto 1.1 para os documentos de fls. 118 a 129, e por extensão do respectivo teor, considera-se ainda provado que:

1.8. Os objectos descritos e os valores da respectiva avaliação constantes das referidas cautelas são os seguintes:

- a) - da cautela nº ...3: três fios (friso, 3+1 EC.Viana), quatro pulseiras (duas fantasias - uma c/ pedras de cor, outra friso c/ cinco berloques amolgados e

argola mola solta e outra ½ ca-na), duas libras (uma 1891 c/ guarnição c/ pedras brancas, outra 1908 c/ argola soldada), sete alianças c/ travessão, duas meda-lhas (uma c/ madreperla), mina e anel O/P c/ brilhantes, dia-mantes e pedras de cor, ouro 19,2 kts, peso 153,1 gr., avaliados no total de € 1.920,00 (*fls. 120*);

b) - da cautela nº ...2: quatro pulseiras (três fantasia e uma 2+1 e outra c/ sete berloques), oito anéis (um articulado e cinco c/ brilhantes e os dois c/ pedras de cor), berloques, ouro 19,2 kts, peso 92,6 grs (PMC), avaliados no total de € 1.340,00 (*doc de fls. 122*);

c) - da cautela nº ...8: dois fios (fantasia, outro 2+1), par de punhos (c/ pedras de cor), ouro 19,2 k, peso 37,5 grs. 4 P/O, avaliados no total de € 600,00 (*doc. fls. 124*);

d) - da cautela nº ...9: fio (fantasia), dois anéis (um c/ pe-dras de cor), par de botões de punho, ouro 18 K, peso 34,9 grs., 5 P/O, avaliados no total de € 400,00 - *doc. de fls. 216*);

e) - da cautela nº6: dois fios (barbela, um s/ argola mola), pulseira (barbela), medalha (signo), ouro 19,2 kts, peso 30,7 grs. - 4 peças (NM), avaliados no total de € 520,00 (*doc. fls. 128*);

f) - nº ...3: fio (barbela), três pulseiras (fantasia - uma c/ bolas amolgadas), sete escravas, ouro 19,2 kts, peso 80,4 grs. - 11 peças (NM), avaliados no total de € 1.410,00 (*doc. de fls. 118*).

Está ainda provado que:

1.9. Os termos de endosso referidos no ponto 1.3, relativos às cautelas acima identificadas, contêm as seguintes datas: da cautela nº ...3, 2/10/2008 (*doc. de fls. 121*); da cautela nº ...2, 2/10/2008 (*doc. de fls. 123*); da cautela nº8, 24/10/2008 (*doc. de fls. 125*); da cautela nº ..., 24/10/2008 (*doc. de fls. 127*); da cautela nº ...6, 10/10/2008 (*doc. de fls. 129*); da cautela nº ...3, 13/10/ 2008 (*doc. de fls. 119*).

3. Do mérito do recurso

3.1. Quanto à impugnação da decisão de facto

3.1.1. No âmbito das respostas constantes dos pontos 1, 2, 3 e 7

Os pontos da decisão de facto em epígrafe são do seguinte teor:

1º

O requerente é legítimo portador de seis cautelas, com os nºs ...6.3.3. ... 2. ...8....9 - documentos de fls. 118 a 129.

2º

O requerente adquiriu as referidas cautelas aos seus legítimos portadores. a

saber:

- a) - M, cautela nº...6;
- b) - I, cautela nº...3;
- c) - N, cautelas nºs ..3 e...2;
- d) - P, cautelas nº ...8 e...9.

3º

O requerente recebeu as referidas cautelas por endosso dos menciona-dos portadores das mesmas.

7º

Actualmente a requerida passou a exigir a presença do mutuário com vista a confirmar o endosso, texto que passou a estar inserido no próprio contrato de mútuo.

O tribunal fundamentou tais respostas nos seguintes termos:

O Tribunal formou a sua convicção sobre a matéria de facto indiciaria-mente dada como assente com base nas diligências de prova realizadas em julgamento, as quais analisou conjugada e criticamente.

Teve o Tribunal em conta o depoimento das testemunhas J (sobrinho do requerente e agente comercial na área da ourivesaria e relojoaria: foi inquirido a toda a matéria do requerimento inicial); L (amigo do requerente há cerca de 20 anos e corrector de ourive-saria: foi inquirido a toda a matéria do requerimento inicial); S (gerente de uma sucursal da requerida); T (gerente de uma sucursal da requerida); U (inspector na requerida, formador e pregoeiro). As testemunhas supra mencionadas depuseram com clareza, idoneidade e isenção, revelando veracidade nas afirmações que produziram, a tal não obstando a circunstância de algumas terem relações familiares, de amizade ou profissionais com as partes.

Teve ainda o Tribunal em conta o teor dos documentos juntos aos autos a fls. 111 e 118 a 129.

Quanto à matéria de facto não indiciariamente provada, e apesar do esforço desenvolvido pelas partes e pelo próprio tribunal, destinado ao apu-ramento da verdade, os meios de prova produzidos não foram suficientes para dar como indiciariamente provados tais factos.

Sustenta a apelante que, tendo em conta os depoimentos das testemu-nhas L, S e T, objecto de gravação, devem ser alteradas as respostas cons-tantes dos pontos 1, 2 e 3 da decisão de facto, correspondentes aos pontos 1.1, 1.2 e 1.3 da factualidade acima consignada, bem como os factos dados como provados na respectiva fundamentação, no sentido de se aditar aos mesmos o seguinte “... pese embora os endossos não tenham observado os procedimentos

afixados pela requerida”.

E que, com a mesma base probatória o facto constante do ponto 7 da decisão de facto, correspondente ao ponto 1.7 da factualidade acima exposta, deve merecer a seguinte redacção *“a requerida, pelo menos desde Junho de 2008, passou a exigir a presença do mutuário para a confir-mação do endosso, o que está afixado nas agências desde aquela mesma data”.*

Importa, antes de mais, referir que, no que aqui interessa, a requerida alegou no respectivo articulado de oposição o seguinte contexto fáctico:

Art. 33º

A requerida não tem qualquer possibilidade física de conferir se a assinatura constante do pretense endosso é do mutuário.

Art. 34º

Razão pela qual a requerida passou a exigir a presença do mutuário com vista a confirmar tal endosso.

Art. 35º

O que, actualmente, está inserto no próprio contrato de mútuo – protesta juntar sob o nº 2.

Art. 36º

E, esta exigência da requerida radica-se em episódios ocorridos com o requerente, objecto da acção judicial acima referenciada, mercê dos quais vieram reclamar as peças objecto de penhor, alegando a que as cautelas respectivas – das quais o requerente era portador – tinham sido furtadas e extraviadas.

Art. 37º

Facto que causou constrangimento e problemas à requerida.

Art. 48º

... o requerente reiterou naquela sua conduta.

Art. 49º

Bem sabendo que a exigência da requerente se funda nos antecedentes acima descritos e alegados.

Ora, a resposta vertida no ponto 7 da decisão de facto corresponde, no essencial, ao alegado pela própria requerida no artigo 35º do articulado de oposição e que se propôs provar com a junção do documento repro-duzido a fls. 111, que não se encontra datado, do qual consta uma cláusula sobre o resgate, cujo ponto 3 reza o seguinte: *o resgate referido no número um apenas pode ser realizado pelo mutuário*. De notar que das cláusulas gerais do contrato impressas no verso das seis cautelas de penhor aqui em causa, juntas a fls. 118, 120, 122, 124, 126 e 128, não consta tal condição, em particular das

cláusulas 18 e 26 que versam sobre o resgate e sobre o resgate na fase de venda, respectivamente.

Todavia, a resposta pretendida pela apelada no âmbito do sobredito ponto 7 é substancialmente diferente do ali versado, em nada colidindo com a resposta dada pelo tribunal *a quo*, já que visa dar como provado que, desde pelo menos Junho de 2008, a requerida passou a exigir a presença do mutuário para a confirmação do endosso e que estaria afixado nas agências desde aquela data, o que não põe minimamente em causa que tal exigência só mais tarde fosse inserida nos contratos escritos.

Desse modo, com a resposta pretendida, a requerida tem em vista ancorar a sua defesa numa prática comercial, que seria ou deveria ser do conhecimento do requerente, e que conferiria assim aquela o direito de re-cusar o regaste das coisas dadas em penhor sem a presença do endossante-mutuário. Trata-se portanto de um facto impeditivo do direito ao regaste incondicionado invocado pelo requerente, cujo ónus alegatório e probatório recai sobre a requerida, nos termos conjugados dos artigos 264º, nº 1, parte final, do CPC e 342º, nº 2, do CC.

Sucede que a requerida alegou tal prática, bem como o seu contexto emergente e o conhecimento do mesmo por parte do requerente, conforme se alcança dos artigos 34º, 36º, 37º e 49º da oposição acima transcritos. Tais artigos contêm pois matéria factual distinta da vertida no referido artigo 35º da oposição a que se circunscreve a resposta dada no ponto 7 da decisão de facto.

Acresce que, segundo o consignado na acta de fls. 114º a 116º, as testemunhas do requerente J e L depuseram sobre toda a matéria e as testemunhas da requerida S, T e U foram inquiridas sobre os artigos 27º a 87º da oposição, o que incluiu obviamente a matéria dos artigos 34º, 36º, 37º e 49º da dita oposição.

Todavia, o tribunal *a quo* julgou, para além dos factos dados como provados nos pontos 1 a 7 da decisão de facto, como não provados os restantes factos articulados, tendo esclarecido, na respectiva motivação, que, *quanto à matéria de facto não indiciariamente provada, e apesar do esforço desenvolvido pelas partes e pelo próprio tribunal, destinado ao apuramento da verdade, os meios de prova produzidos não foram sufi-cientes para dar como indiciariamente provados tais factos.*

Nestas circunstâncias, competia à apelante, sob pena de rejeição do recurso nessa parte, impugnar especificamente as respostas negativas reportadas à matéria vertida nos artigos 34º, 36º, 37º e 49º da oposição, nos termos prescritos no nº 1, alínea a), do artigo 685º-B do CPC, na redacção dada pelo Dec.-Lei nº 303/2007, em vez de o fazer em sede da resposta dada no

ponto 7 da decisão de facto, a qual se inscreve já no facto alegado sob o artigo 35º da oposição. Como o não fez, não é lícito a este tribunal conhecer do recurso nesse particular.

Termos em que se decide manter, nos seus precisos termos, a resposta constante do ponto 7 da decisão de facto.

Relativamente ao aditamento restritivo às respostas aos pontos 1, 2 e 3 da decisão de facto, o mesmo dependia da prova dos procedimentos pretensamente afixados pela requerida, o que esta nem tão pouco alegou na respectiva oposição, além de que se trata de matéria prejudicada pela resposta negativa aos artigos 34º, 36º, 37º e 49º do mesmo articulado, pelo que se mantém tais respostas positivas nos seus precisos termos.

3.1.2. Quanto ao aditamento do ponto enunciado na 7ª conclusão

Reclama ainda a apelante, em sede de decisão de facto, o aditamento de um novo ponto que contivesse o seguinte teor:

“A requerida, pelo menos desde Junho de 2008, passou a exigir a presença do mutuário para a confirmação do endosso, o que está afixado nas agências desde aquela mesma data”.

Sucede que tal matéria não fora oportunamente alegada pela requerida na oposição, salvo na parte correspondente ao teor dos respectivos artigos 34º, 36º, 37º e 49º, nos quais não se refere sequer a mencionada afixação. E mesmo que se tratasse de mera explicitação a fazer no âmbito das respostas aos referidos artigos, o certo é que a apelante não impugnou especificadamente a resposta negativa dada aos mesmos artigos, o que impede, pelas razões já expostas, a sindicância dessa resposta por este tribunal de recurso.

Termos em que improcedem as razões da apelante nesta parte.

Aqui chegados, considera-se adquirida para os autos a factualidade dada como provada pelo tribunal recorrido com o aditamento acima consignado nos pontos 1.8 e 1.9.

3.2. Das questões de direito

3.2.1. Enquadramento geral

Em primeiro lugar, convém precisar que, face ao decaimento da apelante quanto à impugnação da decisão de facto, ficam prejudicadas as questões de

direito suscitadas como decorrência da pretendida alteração dessa matéria.

Resta assim apreciar se ocorre erro de direito quanto à verificação dos fundamentos em que se estribou a medida cautelar inibitória decretada em função da factualidade dada por provada.

Segundo o disposto nos artigos 381º, nº 1, e 387º, nº 1, do CPC, uma providência cautelar conservatória genérica, como é a medida inibitória decretada nestes autos, depende da verificação, cumulativa, de dois requisitos positivos:

- a) - a probabilidade séria da existência do direito invocado que se pretende acautelar - *fumus boni iuris*;
- b) - o fundado receio de lesão grave ou dificilmente reparável desse direito - *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro desses requisitos, basta que se verifica a verossimilhança da existência do direito que se pretenda fazer valer em acção própria. O segundo requisito, implica uma prova de grau mais consistente, ainda que indiciária, sobre a ameaça de lesão grave e dificilmente reparável desse direito, que tanto pode consistir num puro estado de ameaça de lesão, como em lesão ainda não consumada, ou seja, lesão já iniciada mas em curso.

3.2.2. Quanto à existência do direito a acautelar

No caso figurado nos autos, estamos no âmbito de um direito ao resgate de bens dados em penhor a um prestamista, como garantia de vários contratos de mútuo, direito esse fundado, além do mais, no endosso ao re-querente da respectivas cautelas de penhor.

Trata-se pois de empréstimos garantidos por penhor realizados por entidade autorizada, no âmbito da actividade prestamista já preconizada no artigo 402º do Código Comercial (CCom) e hoje regulada, em especial, pelo Dec.-Lei nº 365/99, de 17 de Setembro.

Segundo o artigo 11º, nº 1, do citado Dec.-Lei, *o contrato de mútuo garantido por penhor é obrigatoriamente reduzido a escrito feito em dois exemplares e assinado por ambas as partes, ficando um deles na posse do mutuante, que se designará “termo do penhor”, e outro, denominado “cautela de penhor”, destinar-se-á ao mutuário.*

Desse contrato constarão, no que aqui releva, nos termos previstos na alínea h) do nº 2 do citado artigo 11º, as condições de resgate das coisas dadas em garantia.

Por sua vez, o artigo 18º do mesmo diploma, sob a epígrafe “Res-gate”, determina que:

1 - O resgate das coisas dadas em penhor depende do prévio pagamento do capital, juros e comissões legais devidas.

2 - O resgate referido no número anterior pode ficar condicionado ao pré-aviso de cinco dias, devendo nesse caso, ficar convencionado no respectivo contrato.

Assim, o mútuo com garantia de penhor celebrado no âmbito da actividade prestamista por entidades autorizadas para tal, ao abrigo do regime consagrado no Dec.-Lei nº 365/99, constitui acto comercial e confere ao penhor idêntica natureza jurídica.

Ao mutuário pignoratício assiste pois o direito ao resgate dos bens empenhados desde que efectue o prévio reembolso do capital mutuado e o pagamento dos juros e comissões legais devidas, mas podem as partes convencionar que o resgate fique condicionado a um pré-aviso de cinco dias.

Além disso, a cautela de penhor emitida pelo mutuante e entregue ao mutuário traduz-se num título de crédito à ordem, porque transmissível por endosso, nos termos genericamente previstos no artigo 483º do C.Com, que confere ao endossado o correspondente direito ao resgate dos bens empenhados, nas mesmas condições em que o endossante o poderia fazer. A posse do título por parte do endossado, verificada que seja a regularidade formal dos sucessivos endossos, presume-se, em princípio, legítima, habilitando desse modo o endossado a exercer o direito ao resgate dos bens.

No caso vertente, constata-se que a requerida emitiu as cautelas de penhor em referência nos autos, bem como termos de endosso das mesmas, que entregou aos mutuários, das quais não consta qualquer restrição ao resgate dos bens empenhados que não seja o pagamento prévio do capital mutuado, dos juros e das comissões legais devidas, como se extrai da cláusula geral 26º dos contratos impressa no verso das referidas cautelas. Nessa medida, não restam dúvidas de que estamos perante títulos de crédito à ordem, cuja transmissão a terceiros se opera pela mera declaração de endosso e tradição material do título.

Ora, o requerente, na qualidade de endossado nas cautelas de penhor em causa, apresentou-se perante a requerida a exercer o direito ao resgate dos bens empenhados, mas esta recusou cumprir tal resgate, invocando a presença dos mutuários.

Coloca-se então a questão de saber se à requerida assistia motivo justificado para tal recusa.

Nesse sentido, a requerida invocou a existência de uma prática, segundo a qual vinha exigindo a presença dos mutuários, conforme regras afixadas em lugar próprio e que seriam do conhecimento do requerente, alegando ainda que tal prática teve origem em ocorrências havidas com o

mesmo requerente sobre a legítima posse de outras cautelas.

Só que, como resulta da decisão de facto proferida pelo tribunal recorrido, que acima se manteve, a apelante não logrou provar tais factos, nem tais exigências constam sequer das cautelas emitidas.

Não se provando pois que assistisse à requerida motivo justificado para recusar o regaste dos bens empenhados, por ocorrência de dúvida séria quanto à legítima posse dos títulos por parte do requerente, ter-se-á forçosamente de concluir pela forte probabilidade da existência daquele direito de resgate invocado pelo endossado.

3.2.3. Quanto à lesão grave do direito acautelando

Antes de mais, importa saber qual o alcance jurídico do requisito “lesão grave e de dificilmente reparável” do direito ameaçado, sendo certo que a lei, ao referir-se a uma justificação suficiente de fundado receio, nos artigos 384º, nº 1, e 387º, nº 1, 2ª parte, do CPC, exige um grau de probabilidade mais consistente do que a mera verosimilhança requerida para a prova do direito violado.

O requisito em foco traduz-se num conceito jurídico indeterminado gradativo “carecido de preenchimento valorativo”, a fazer no confronto do caso concreto, à luz dos padrões sócio-culturais do tipo de comportamento ou situação social relevante e da teleologia subjacente à norma em que se inscreve^[1]. Cabe, pois, à doutrina e jurisprudência ir sedimentando os parâmetros dessa valoração normativa.

Nessa perspectiva, não se deverá partir de uma bitola genérica, meramente abstracta, mas antes tomar em linha de conta as particularidades da situação singular em presença, de forma a perscrutar nelas os sinais apelativos de uma justiça equitativa que permita, de algum modo, a aplicação flexível da norma, num esforço de conciliação ou síntese entre os valores ético-sociais e o Direito. Há, no entanto, que evitar interpretações arbitrárias e por isso recorrer a directrizes objectiváveis e sustentadas numa base de razão prática.

Por isso, a doutrina e jurisprudência têm firmado o critério de que a lesão relevante se tem de situar num padrão de gravidade qualificada pela difícil reparabilidade dos danos ocorridos ou previsíveis, não se bastando com uma simples lesão nem com uma lesão de gravidade reduzida^[2].

Ora, com vista a preencher o requisito em análise, o requerente alegou, na petição inicial, que :

a) - a requerida, poderá vender as coisas empenhadas à revelia dos direitos do requerente (art. 18º), já que, segundo o artigo 20º do Dec.-Lei nº 365/99, de

17-9, em caso de mora por período superior a três meses, pode a coisa dada em penhor ser vendida por meio de pro-posta em carta fechada, em leilão ou por venda directa (art. 19º);

b) - no que se refere aos penhores titulados pelas cautelas em cau-sa, os mesmos já se encontram em mora há mais de 3 meses;

c) - já anteriormente a requerida se recusou, ilegitimamente, a per-mitir ao requerente resgatar peças tituladas por cautelas, das quais o requerente era legítimo portador, tendo este intentado a competente acção judicial;

d) - posteriormente à entrada em juízo daquela acção, a requerida entregou as peças aí em causa a terceiros, comportamento este que lhe é habitual e que, em situações anteriores, já causou prejuízos ao requerente;

c) - a venda das peças a terceiros e a natureza das mesmas, que permite que sejam facilmente transformadas em matérias-primas impediria o requerente de as reaver, impossibilitariam o requerente de as reaver.

Sucede que os factos enunciados nas alíneas c) e d) não constam da matéria dada como provada pelo tribunal *a quo*, devendo, por isso, consi-derar-se compreendidos na resposta de “não provados” dada aos restantes factos.

Resta-nos pois ponderar se, face à natureza das coisas empenhadas, tal como se encontram descritas nas respectivas cautelas de penhor e à mera possibilidade de venda extrajudicial das mesmas, nos termos pre-vistos na lei, será lícito concluir pela ocorrência de lesão grave ou difi-cilmente reparável do direito de regaste em causa.

Da descrição constante das cautelas de penhor colhe-se que os objectos empenhados são peças de joalheria, de uso pessoal, a maioria em ouro, sob vários formatos, sendo que se tornam, pela sua natureza, fácil-mente reconvertíveis em matéria-prima.

Quanto à alegada mora, apenas se colhem as datas da emissão das cautelas de penhor, desconhecendo-se quais as condições de amortização dos empréstimos, o que dificulta, de certo modo, um juízo indiciário seguro sobre a previsibilidade de venda extrajudicial.

Todavia, tendo em conta o regime previsto no artigo 20º do Dec.-Lei nº 365/99, segundo o qual, em caso de mora por período superior a três me-ses, o prestamista pode proceder à venda extrajudicial dos bens empenha-dos, e atentas as datas dos empréstimos sobre os penhores titulados nas cautelas, situadas entre 2/2/2007 e 1/10/2008, mostra-se fortemente presu-mível, à luz das regras da experiência comum, a ocorrência dessa eventuali-dade. Daí resulta o risco de o requerente ver aniquilado o invocado direito ao resgate daqueles bens, de forma irremediável, já que, como é sabido, eles poderão ser facilmente disseminados no mercado por potenciais com-pradores, sem que o

requerente os possa reivindicar deles, ou mesmo desconfigurados em matéria-prima.

Põe-se então a questão de saber se, ainda assim, a verificar-se a consumação da lesão do direito ao resgate por virtude da eventual venda dos bens empenhados, a mesma se traduz em difícil reparabilidade.

Num certo sentido, poder-se-ia argumentar que o requerente não alegou que os objectos empenhados tenham para ele um valor de estimação que justifique a sua incolumidade ou que tenha interessa nela por qualquer relação especial como os mutuários. E que, na falta de tal alegação seria de presumir que os bens empenhados teriam para o requerente um valor meramente comercial, susceptível de reparação mediante uma indemnização por equivalente, tendo por base a própria avaliação constante das cautelas de penhor, sendo que o requerente nem sequer alegou que a requerida tenha dificuldades financeiras que possam dificultar a execução dessa indemnização.

Em sentido contrário, pode, no entanto, argumentar-se que o direito ao resgate dos bens dados em penhor de que é titular o legítimo portador das cautelas lhe confere o direito a uma prestação específica de entrega de coisa determinada. E que, no caso em apreço, os bens empenhados, dada a sua natureza, são providos de um valor intrínseco estável e resistente às flutuações da moeda, o que tornaria, desde logo, precária a avaliação feita aquando da própria constituição do penhor. A par dessa susceptibilidade, tornar-se-ia também difícil aferir o prejuízo, a título de lucro cessante que o requerente pudesse vir a obter, resultante da frustração da comercialização dos bens em virtude do perecimento do direito ao resgate.

Em suma, o direito ao resgate que venha a ser porventura reconhecido ao requerente, em sede da acção respectiva, corre sério risco de perder a sua consistência económica, como activo financeiro, tornando difícil a sua conversão em indemnização pecuniária equivalente, de modo a cobrir quer o valor de mercado dos próprios bens, quer o potencial lucro que o mesmo requerente pudesse vir a lograr com a respectiva comercialização.

Tudo ponderado, afigura-se que deverá ser dada prevalência a esta segunda linha de argumentação, por ser a que melhor se ajusta a acautelar o efeito útil da acção visado com a presente providência.

Por fim, e atento ao disposto no nº 2 do artigo 387º do CPC, sufraga-se também aqui o entendimento da decisão recorrida de que da medida inibitória decretada não se afigura resultar para a requerida prejuízo consideravelmente superior ao que se pretende evitar.

Termos em que improcede a apelação

IV - Decisão

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação em julgar improcedente a apelação, confirmando a decisão recorrida.

Custas do recurso a cargo da apelante.

Lisboa, 10 de Novembro de 2009

Manuel Tomé Soares Gome

Maria do Rosário Oliveira Morgado

Rosa Maria Ribeiro Coelho

[1] Sobre a noção de conceito jurídico indeterminado gradativo e modo do seu preenchimento, vide, entre outros, J. Baptista Machado *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1987, pag. 114, Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, pag. 181.

[2] No sentido exposto, vide Abrantes Geraldês, *Temas da Reforma do Processo Civil, III Vol., 5 - Procedimento Cautelar Comum*, Almedina, 1998, pags. 83-87.