

Processo C-600/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

6 de agosto de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

12 de julho de 2019

Recorrente:

MA

Recorrido:

Ibercaja Banco, S.A.

Objeto do processo principal

Recurso do despacho que, num processo executivo, aprova a liquidação de juros pelo facto de não ter sido apresentada oposição, o que impossibilita a análise do carácter abusivo de determinadas cláusulas contratuais, uma vez que é aplicável o efeito de caso julgado.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

O órgão jurisdicional de reenvio submete quatro questões prejudiciais. A primeira questão prejudicial tem por objeto a conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de uma regulamentação nacional da qual se conclui que caso o tribunal competente não aprecie officiosamente o carácter abusivo de uma cláusula até ao despacho de execução, não pode voltar a analisá-la officiosamente, mesmo quando a fiscalização feita inicialmente não tenha resultado em considerações formais sobre a validade das cláusulas analisadas.

Com a segunda questão prejudicial pretende-se esclarecer, na hipótese de a parte executada não invocar o caráter abusivo das cláusulas no incidente processual previsto por lei para o efeito, se, uma vez decidido tal incidente de oposição, a parte pode voltar a deduzir um novo incidente, mesmo quando não existam novos elementos de facto ou de direito.

Na terceira questão prejudicial pergunta-se se, em caso de resposta negativa à segunda questão com base no efeito de preclusão que impede o devedor de poder voltar a suscitar o caráter abusivo das cláusulas, o tribunal pode exercer essa fiscalização oficiosamente.

Na última questão prejudicial pergunta-se se, uma vez feito o leilão e adjudicado o imóvel, o procedimento executivo pode considerar-se concluído, e se, assim sendo, é ainda possível deduzir, *ex officio* ou a requerimento de uma parte, a nulidade de uma cláusula abusiva com potenciais consequências para o procedimento executivo.

Questões prejudiciais

- 1) É conforme com o princípio da eficácia previsto no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, segundo a interpretação da mesma feita pelo Tribunal de Justiça, uma regulamentação interna da qual se deduz que[,] se uma determinada cláusula abusiva foi objeto de fiscalização judicial oficiosa inicial no despacho de execução [– fiscalização negativa da validade das suas cláusulas –], o mesmo tribunal não pode voltar a analisá-la oficiosamente, se desde o primeiro momento estavam reunidos os elementos de facto e de direito, mesmo que dessa fiscalização inicial não tenha resultado, quer no dispositivo, quer na fundamentação, nenhuma consideração sobre a validade das cláusulas?
- 2) A parte executada que não invoca o caráter abusivo de uma cláusula no incidente de oposição previsto por lei para o efeito, apesar de já existirem os elementos de facto [e] de direito que consubstanciam o caráter abusivo de uma cláusula no âmbito da celebração de contratos com consumidores[,] pode, uma vez decidido o incidente, deduzir um novo incidente processual, no qual se discuta a questão do caráter abusivo de outra ou outras cláusulas, quando podia tê-lo feito inicialmente no processo ordinário previsto na lei? Em suma[,] existe um efeito de preclusão que impede o consumidor de voltar a suscitar a questão do caráter abusivo de outra cláusula no mesmo processo executivo e também n[um] posterior processo declarativo?
- 3) Caso se considere conforme à Diretiva 93/13 [...] a conclusão de que a parte não pode deduzir um segundo ou ulterior incidente de oposição para invocar o caráter abusivo de uma cláusula que podia ter invocado anteriormente, uma vez que os elementos de facto e de direito necessários já estavam definidos anteriormente, pode tal conclusão servir de fundamento para o

tribunal, informado do caráter abusivo da cláusula, fazer uso do seu poder de fiscalização oficiosa?

- 4) É conforme com o direito da União uma interpretação que permite, uma vez leiloado o imóvel e tendo o mesmo sido adjudicado, potencialmente ao mesmo credor, com transferência da sua propriedade, ou seja, considerando-se o procedimento executivo terminado por ter sido alcançado o seu objetivo, isto é, a realização da garantia, que o devedor deduza um novo incidente com vista à declaração da nulidade de uma cláusula abusiva com relevância no processo executivo, ou que permite, produzido o efeito de transmissão, que pode ser a favor do credor e com inscrição no Registo de Propriedade, uma revisão oficiosa que acarrete a anulação de todo o processo executivo ou tenha impacto nos montantes cobertos pela hipoteca, podendo afetar os termos nos quais foram feitas as propostas?

Disposições de direito da União invocadas

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, n.ºs 51 e 52).

Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), n.ºs 27 e 28 e 37 a 39.

Acórdão de 29 de outubro de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), n.ºs 37, 38 e 39.

Acórdão de 7 de dezembro de 2017, Santander (C-598/15, EU:C:2017:945), n.ºs 59 e 60.

Disposições de direito nacional invocadas

Disposições de direito nacional

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Lei 1/2000, de 7 de janeiro, que aprova o Código de Processo Civil), nomeadamente artigos 136.º, 222.º, 447.º, n.º 2, 517.º, 552.º, n.º 1, 557.º, 571.º e 695.º

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (Lei 1/2013, de 14 de maio de 2013, relativa às medidas que visam reforçar a proteção dos devedores hipotecários, a reestruturação da dívida e o arrendamento social)

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (Lei 5/2019, de 15 de março, que regula os contratos de crédito imobiliário), em particular a terceira disposição transitória

Código Civil, em particular o artigo 1129.º

Jurisprudência nacional

STS 462/2014 (ECLI: ES:TS:2014:4617)

STS 463/2014 (ECLI:ES:TS:2014:4972)

STS 526/2017 (ECLI: ES:TS:2017:3373)

STS 576/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3553)

STS 628/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734)

STS 484/2010 (ECLI:ES:TS:2010:4294)

STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31)

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Perante o não pagamento de cinco prestações relativas ao contrato de mútuo com garantia hipotecária celebrado entre o Ibercaja Banco, S.A e PO e MA no montante de 198 400 euros, o Ibercaja Banco propôs uma execução sobre um imóvel (avaliado em 299 290 euros) reclamando capital e juros vencidos e devidos, sem prejuízo de posterior liquidação de juros de mora.
- 2 A taxa de juro anual nominal para o mútuo foi fixada em 2,750% até finais de 2005 e para o período subsequente fixou-se, na cláusula 3 *bis*, uma taxa de juro variável, sendo o limite mínimo do diferencial aplicável à taxa de juro de 0,5%. A taxa de juro de mora nominal anual foi fixada em 19%.
- 3 Em 26 de janeiro de 2015, foi proferido despacho de execução contra os mutuários (PO e MA), requerendo o pagamento e conferindo o prazo de dez dias para apresentação de oposição à execução. No mesmo dia, a Secretaria Judicial (Oficial de Justiça) requereu ao Registo da Propriedade a emissão de certidão do imóvel, com constância da titularidade e demais direitos reais sobre o imóvel, bem como da confirmação da hipoteca a favor do exequente.
- 4 Após a morte do executado PO, SP e JK foram habilitados como possíveis herdeiros legais.
- 5 Feito o leilão, que ficou deserto, o Ibercaja propôs adjudicar o imóvel por 179 574 euros, fazendo constar que cedia a sua posição à Residencial Murillo, S.A., sociedade que aceitou a cessão e apresentou comprovativo do pagamento do referido montante.
- 6 Em 25 de outubro de 2016, foi feito cálculo de custos, que ascenderam a 2 886,19 euros e liquidaram-se os juros no montante de 32 538,28 euros, resultado

da aplicação da taxa de juro de 12% prevista na Lei 1/2013, montantes que foram notificados à parte executada. Por despacho de 13 de dezembro o montante requerido relativamente a custos foi aceite.

- 7 Por requerimento de 9 de novembro de 2016, MA opôs-se à liquidação de juros alegando o caráter abusivo da cláusula sexta do contrato de mútuo em relação aos juros de mora de 19% e da cláusula de taxa mínima.
- 8 Foi proferido despacho de deferimento da análise das possíveis cláusulas abusivas do título executivo por se entender que a cláusula de vencimento antecipado do mútuo, entre outras, podia ter caráter abusivo, e as partes foram notificadas. O Ibercaja opôs-se à suspensão do processo alegando que já não havia lugar a uma declaração do caráter abusivo das cláusulas contratuais, uma vez que o leilão estava concluído e os custos já tinham sido aceites.
- 9 Por despacho do tribunal, foi determinada a suspensão do processo até à decisão de uma questão preliminar submetida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) sobre vencimento antecipado e juros de mora. O Ibercaja recorreu desse despacho e a Audiencia Provincial (Audiência Provincial, Espanha) decidiu pelo levantamento da suspensão, dando seguimento ao processo.
- 10 Por despacho do tribunal de 20 de novembro de 2017, foi apreciado o caráter abusivo da cláusula de vencimento antecipado e determinou-se o não prosseguimento da execução. O Ibercaja inter pôs recurso, ao qual MA se opôs. A Audiencia Provincial (Audiência Provincial), por despacho de 28 de março de 2018, revogou o despacho recorrido decidindo dar seguimento ao processo por entender que não havia lugar à análise do caráter abusivo de determinadas cláusulas (como a do vencimento antecipado) porque o contrato de mútuo hipotecário tinha produzido efeitos e a garantia tinha sido executada não tendo o consumidor exercido os seus direitos. Declarou que, uma vez que o direito de propriedade tinha sido transmitido, esse direito deveria ser respeitado tendo em conta o princípio da segurança jurídica das relações de propriedade já estabelecidas.
- 11 Por despacho do tribunal, de 31 de julho de 2018, a impugnação da liquidação de juros, que se fixou em 32 389,89 euros, foi julgada improcedente tendo em conta que o processo tinha tido início depois da Lei 1/2013 e não se verificou qualquer incidente de oposição, pelo que não havia lugar, em virtude do efeito de caso julgado, à análise do possível caráter abusivo das cláusulas.
- 12 MA recorreu do despacho de 31 de julho de 2018, tendo o Ibercaja, S.A. apresentado oposição. Tendo recebido os autos, a Audiencia Provincial (Audiência Provincial) submeteu a questão prejudicial.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 13 Os argumentos das partes foram expostos nos n.ºs 7 a 9 e 12.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 14 A presente questão prejudicial tem uma estreita vinculação com a do processo C-497/19. Resumidamente, o que se discutia no processo C-497/19 e também aqui, embora este seja um pedido de precisão adicional, é se o princípio de eficácia das normas de proteção do consumidor estabelecidas na Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993[3], nomeadamente a não vinculação das cláusulas abusivas prevista no artigo 6.º, é compatível com o efeito de caso julgado, com a preclusão e com a determinação do momento final ou último do processo executivo no qual já não é possível questionar qualquer caráter abusivo, sem prejuízo da possibilidade do consumidor de defender os seus direitos em processo declarativo posterior.
- 15 O maior problema a aguardar solução no âmbito do processo civil em Espanha em matéria de tutela do consumidor é o da incidência dos novos critérios processuais decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o efeito de caso julgado e a preclusão.

A obrigação processual imposta aos tribunais de diligenciar oficiosamente e anular as cláusulas contratuais abusivas tem vindo a configurar o efeito de caso julgado. Na prática, nas questões dos limites e da eficácia do caso julgado em matéria de proteção dos consumidores, os tribunais nacionais enfrentam incertezas relevantes como consequência da sua imprecisão. Em especial, não é claro se no processo de execução se produz um efeito de encerramento processual relativamente à possibilidade de decidir sobre a validade de uma qualquer cláusula nos contratos com consumidores.

- 16 No direito processual espanhol, a Ley de Enjuiciamiento Civil [Código de Processo Civil; a seguir «LEC»] prevê duas grandes categorias de processos civis: o processo declarativo e o processo executivo.

O processo declarativo é um processo pleno, que deve ser utilizado como trâmite processual ordinário, no qual, nas relações entre particulares, se solicita a tutela judicial de um direito desconhecido ou violado pelo demandado e a sua resolução definitiva, não sendo possível em momento posterior colocar judicialmente a mesma questão ou solicitar a mesma tutela com base na mesma causa de pedir (artigo 222.º LEC).

A par desta categoria existe o processo executivo, que se caracteriza por não precisar de uma delimitação prévia de direitos. No processo executivo tem início já a atividade material necessária para a satisfação de um direito. Para aceder diretamente a este processo executivo é necessário que o direito que se pretende efetivar esteja reconhecido num título ou documento que por lei tenha esse poder. A lista de documentos ou títulos executivos consta do artigo 517.º da LEC, que regula de modo uniforme os denominados títulos executivos processuais (entre os quais figura, de forma principal, a sentença, que põe fim ao processo declarativo) e os contratuais. Estes últimos têm origem fora do processo, são contratos dos

quais resulta uma obrigação, por parte do devedor, de pagar ao credor uma prestação pecuniária, vencida, exigível e líquida (artigo 571.º LEC). O legislador permite, nos termos previstos no referido artigo, aceder diretamente ao processo executivo e dispensar o processo declarativo no qual se reconhece o direito porque o reconhecimento da dívida é realizado com um conjunto de garantias jurídicas que permite presumir a sua existência e realidade.

- 17 É importante salientar que o efeito de caso julgado não existe apenas relativamente ao que se decide num processo material, mas também relativamente ao que poderia ter sido requerido, como causa de pedir da ação pelo demandante ou como exceção pelo demandado, e não o foi, ou seja, existe um efeito de preclusão.

A preclusão é frequentemente denominada «caso julgado virtual», uma vez que também tem um efeito de encerramento do processo, bem como da pretensão. Se o caso julgado está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, a preclusão também lhe é próxima, tendo em conta que se assume como uma tentativa do legislador de evitar uma sucessão interminável de processos sobre um mesmo direito.

A preclusão, tal como o caso julgado, pode ser considerada em sentido formal, com efeito no próprio processo, ou em sentido material, com efeito sobre ações ou contestações. Enquanto efeito formal impediria que, no mesmo processo, a parte fizesse uso de uma faculdade processual que teve num momento processual oportuno e não aproveitou (artigo 136.º LEC), e enquanto efeito material impediria que a parte fizesse uso noutra processo de uma causa de pedir ou de uma exceção que podia ter utilizado no primeiro processo (artigo 222.º LEC).

- 18 O direito espanhol prevê a possibilidade de o devedor deduzir um incidente processual no qual se discute jurisdicionalmente um determinado âmbito de oposição à execução. Antes da Lei 1/2013, de 14 de maio de 2013, relativa às medidas que visam reforçar a proteção dos devedores hipotecários, a reestruturação da dívida e o arrendamento social, as questões relativas à validade da obrigação eram remetidas para um eventual processo declarativo, que devia ser instaurado pelo devedor. Esta lei introduziu a possibilidade de oposição, tanto no processo executivo ordinário (artigo 557.º, n.º 1, ponto 7, da LEC), como no processo especial hipotecário (artigo 695.º, n.º 1, ponto 4, da LEC), com fundamento no caráter abusivo das cláusulas contratuais. Não só passou a ser possível deduzir a oposição a fim de alegar o caráter abusivo e a consequente nulidade das cláusulas na contratação modelo com consumidores, como também se impôs aos tribunais o dever de fiscalizar oficiosamente e desde logo o eventual caráter abusivo do referido contrato (artigo 552.º, n.º 1, parágrafo 2, da LEC).

Tanto a oposição com base no caráter abusivo por parte do devedor como a fiscalização oficiosa inicial estabelecidas na lei dizem respeito a cláusulas que podem servir de base ao despacho de execução ou à quantia em dívida.

- 19 A LEC foi objeto de polémica devido ao efeito de caso julgado produzido pela decisão judicial que se pronuncia sobre a oposição no processo executivo. O critério do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) em relação ao efeito de caso julgado no processo executivo é, em geral, entender que se produziu tal efeito em relação às causas de oposição que foram efetivamente deduzidas e decididas pelo tribunal; já no que toca ao decidido em incidente de oposição, existe efeito de caso julgado também em relação às causas de oposição que podiam ter sido alegadas e não foram. É o efeito de preclusão: a causa de oposição não alegada não pode ser posteriormente deduzida pelo devedor em processo declarativo em que se declare a existência da referida exceção. Esta é a linha jurisprudencial seguida no âmbito do processo executivo pelos acórdãos 4617/2014 e 4972/2014 do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal).

A referida jurisprudência foi aplicada pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) em relação ao caráter abusivo das cláusulas contratuais com consumidores. Para o efeito, vejam-se os acórdãos do referido tribunal n.º 3373/2017, 3553/2018 e 3734/2018.

- 20 A dificuldade reside em aplicar ou compatibilizar esta jurisprudência com os requisitos do direito de defesa do devedor/consumidor que resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

O acórdão do Tribunal de Justiça que se pode considerar mais relevante é o Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Aborda o problema do efeito de caso julgado e da proteção do consumidor e estabelece que essa tutela não pode ser considerada ilimitada e deve ceder perante um princípio universal da coerência da ordem jurídica e da segurança jurídica.

Neste acórdão salienta-se também que a determinação do efeito de caso julgado se remete para o direito nacional. Consequentemente, há que atender aos termos fixados pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) espanhol e aplicar a sua jurisprudência geral, que se estende à esfera da tutela do consumidor. Assim, se houve fiscalização prévia pelo tribunal do processo executivo, mas não houve exteriorização formal em sentido algum ou houve a invocação do possível caráter abusivo como causa concreta de oposição, e depois, num possível incidente de oposição deduzido pelo devedor, não se formalizou a mesma em relação a alguma ou algumas cláusulas abusivas, gerar-se-ia um efeito de caso julgado, ou efeito de «encerramento» do processo, a preclusão ou perda pela parte da faculdade processual de submeter ao tribunal, uma vez decorrido o prazo de oposição, o caráter abusivo de uma cláusula do contrato, tanto no próprio processo executivo, no âmbito de um incidente de oposição, como num futuro processo declarativo.

Não obstante, o referido acórdão não se limita a remeter para o direito interno a definição de efeito de caso julgado, mas determina uma série de condicionantes ou limites, nomeadamente, os constantes dos seus n.ºs 51 e 52. O n.º 51 estabelece que «as condições fixadas pelos direitos nacionais, a que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 se refere, não podem afetar a substância do direito que assiste aos

consumidores ao abrigo dessa disposição, de não estarem vinculados por uma cláusula considerada abusiva» e o n.º 52 dispõe que «na hipótese de, num exame anterior de um contrato controvertido que tenha conduzido à adoção de uma decisão revestida de autoridade de caso julgado, o juiz nacional se ter limitado a conhecer oficiosamente, à luz da Diretiva 93/13, uma só ou algumas das cláusulas desse contrato, esta diretiva obriga o juiz nacional, como o do processo principal, junto do qual o consumidor deduziu regularmente um incidente de oposição, a apreciar, a pedido das partes ou oficiosamente, desde que disponha dos elementos jurídicos e fácticos necessários para o efeito, o carácter eventualmente abusivo das demais cláusulas do referido contrato. Com efeito, na falta dessa fiscalização, a proteção do consumidor seria incompleta e insuficiente e não constituiria um meio adequado nem eficaz para pôr termo à utilização desse tipo de cláusulas, contrariamente ao que o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 prevê».

No entanto, no direito nacional, como foi salientado, o tribunal é obrigado a analisar todo o clausulado, ainda que teça considerações apenas em relação às cláusulas que considere abusivas. Nos termos do artigo 552.º, n.º 1, da LEC, o título executivo deve ser analisado integralmente; mesmo que se suscite um incidente de contraditório somente em relação às cláusulas nas quais se encontre um possível carácter abusivo, o exercício dessa fiscalização implica a consideração da validade do resto do clausulado.

- 21 O Tribunal de Justiça sublinhou a importância do efeito de caso julgado no âmbito de um processo judicial, tendo em conta que são necessárias decisões coerentes para assegurar o respeito pelo princípio da segurança jurídica. Este princípio tem também uma relação estreita com a preclusão, que implica que, esgotado o prazo processual para realizar um ato processual, a parte perde a faculdade de o fazer.

A admissibilidade deste entendimento da preclusão no direito da União Europeia foi aceite pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente através do Acórdão de 29 de outubro de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), sobre o regime transitório previsto na Lei nacional 1/2013, relativa às medidas que visam reforçar a proteção dos devedores hipotecários, a reestruturação da dívida e o arrendamento social, na qual, para cumprir a jurisprudência do Tribunal de Justiça, se introduziu a possibilidade de, em sede de execução hipotecária, o devedor/consumidor se poder opor com fundamento no carácter abusivo de algumas cláusulas e, em relação aos casos em que havia decorrido o prazo ordinário de oposição, se concedeu, no regime transitório da referida lei, um prazo extraordinário de um mês para formalizar *ex novo* a oposição baseada no carácter abusivo. O Tribunal de Justiça entendeu que essa ferramenta processual, o prazo qualificado como extraordinário, não era compatível com o direito da União Europeia. O raciocínio do Tribunal de Justiça é o seguinte:

«Todavia, a mesma notificação, anterior à data da entrada em vigor da Lei 1/2013, não continha informações relativas aos direitos dos referidos consumidores de deduzirem oposição à execução invocando o carácter abusivo de uma cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo, uma vez que tal

possibilidade apenas foi inserida no artigo 557.º, n.º 1, ponto 7, do Código de Processo Civil, pela Lei 1/2013.

Nestas condições, à luz designadamente dos princípios dos direitos de defesa, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, os consumidores não podiam razoavelmente esperar que lhes fosse concedida uma nova possibilidade de deduzir um incidente de oposição sem de tal serem informados pela mesma via processual através da qual lhes chegou a informação inicial.

Por conseguinte, há que salientar que a disposição transitória controvertida, na parte em que prevê que o prazo de preclusão começa a contar, no caso vertente, sem que os consumidores em causa sejam informados pessoalmente da possibilidade de poderem invocar um fundamento novo de oposição no quadro de um processo de execução já instaurado antes da entrada em vigor da referida lei, não é de molde a garantir o pleno gozo desse prazo e, portanto, o exercício efetivo do novo direito reconhecido pela alteração legislativa em causa.»

Esta jurisprudência só pode ser entendida à luz da admissibilidade pelo próprio Tribunal de Justiça de prazos preclusivos. Há que salientar que, no mesmo acórdão, nos n.ºs 27 e 28, são invocados os princípios que estão na base do sistema jurisdicional nacional, como a proteção dos direitos de defesa, o princípio da segurança jurídica e o bom desenrolar do processo. Em conclusão, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o regime transitório previsto na Lei n.º 1/2013 não garantia o direito de defesa porque se pressupõe a existência de prazos preclusivos que são conformes com o direito da União, enquanto expressão de uma ordem processual mínima e do respeito do princípio da segurança jurídica.

- 22 Nesta situação, surgem dúvidas quanto à coordenação desses princípios entre os diferentes acórdãos do próprio Tribunal de Justiça e a jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) e o direito nacional.

A fim de dar cumprimento à jurisprudência do Tribunal de Justiça, o direito processual nacional introduziu uma fiscalização do caráter abusivo, tanto no processo executivo ordinário como no processo de execução hipotecária. A primeira fiscalização é feita oficiosamente e deve ser efetuada pelo mesmo tribunal antes do início do processo executivo, ou seja, antes de ser proferido um despacho de execução. A particularidade desta fiscalização é que implica um juízo meramente condicional e negativo. Não há decisão sobre a validade do clausulado, mas apenas sobre a sua invalidade. Não se trata de um juízo positivo sobre a validade do contrato, mas sim negativo; na sequência da revisão do título executivo contratual são apenas tidas em consideração as cláusulas em que o tribunal deteta um caráter abusivo, em relação às quais haverá lugar a um incidente de contraditório, que resultará numa decisão sobre a sua validade.

No que diz respeito às outras cláusulas, se as mesmas passarem no teste de validade que o tribunal de execução faz, não existirá qualquer exteriorização do raciocínio feito pelo tribunal. Não existe uma declaração expressa da sua validade,

embora a fiscalização inicial implique assumir que existe. É o que sucede no processo de execução hipotecária que deu lugar ao presente pedido de decisão prejudicial.

É importante reiterar que este trâmite inicial implica apenas um juízo negativo, o que corresponde ao processo executivo, no qual não há, em princípio, uma declaração de direitos. Com o juízo negativo nada obsta aos direitos de defesa do devedor que pode assim, uma vez proferido despacho de execução, deduzir oposição com base no caráter abusivo de outras cláusulas que não tenham sido expressamente referidas na fiscalização inicial oficiosa.

Não obstante, no que se refere às cláusulas em relação às quais se coloca inicialmente a questão do caráter abusivo, é de concluir que existiu necessariamente uma decisão declarativa, que tanto pode ser de caráter negativo, caso se considerem cláusulas abusivas, como positivo, na hipótese contrária.

O que fica claro, em relação ao que aqui se discute, é que as referidas decisões, adotadas com o necessário contraditório entre as partes, geraram efeito de caso julgado, impedindo quer o devedor, em incidente de oposição, quer o tribunal, no uso das suas faculdades de fiscalização oficiosa, de pretender à revisão do que já se encontra decidido.

As dúvidas do caso concreto surgem quando a fiscalização oficiosa inicial não leva o tribunal a ouvir as partes, por não ter considerado haver caráter abusivo em nenhuma cláusula ou por ter considerado que havia apenas numa determinada cláusula. Em suma, foi proferido despacho de execução sem ter havido decisão positiva ou negativa quanto à validade do clausulado, mesmo após análise pelo tribunal.

- 23 Por seu turno, a segunda dúvida prende-se com o problema de saber se o devedor que deduziu um incidente de oposição inicial invocando o caráter abusivo de determinadas cláusulas, não obstante a preclusão dessa faculdade, pode posteriormente voltar a deduzir incidente de oposição a uma cláusula que considere abusiva, mas que não questionou no momento processual pertinente, tendo em conta que os elementos de facto e de direito que definem esse caráter abusivo existiam já no momento de dedução do primeiro e tempestivo incidente de oposição.

Em suma, considerando que a preclusão é aceite na jurisprudência do Tribunal de Justiça, na hipótese de o devedor não deduzir oposição no processo executivo, o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se o princípio da efetividade conduz à produção do efeito de encerramento do processo, que impede tanto o devedor como o tribunal, oficiosamente, de voltar a analisar o que já foi analisado ou a opor o que já podia ter sido oposto e não foi.

- 24 Independentemente do efeito de caso julgado e da preclusão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e as normas de direito nacional geram algumas dúvidas sobre a determinação do momento último em que é possível suscitar, oficiosamente ou a

requerimento das partes, o caráter abusivo de uma cláusula. De facto, o processo especial de execução hipotecária tem como objetivo o acionamento da garantia real, a hipoteca, para a satisfação do crédito do credor-exequente. A garantia considera-se acionada quando, mediante um leilão, o imóvel hipotecado é transmitido a pessoa diferente do proprietário devedor.

No direito espanhol este efeito produz-se perante a conjugação da existência de um título de transmissão e de um modo, seja o referido modo material (*traditio*) ou instrumental (escritura pública, por ex.). A *nuda traditio* não transmite a propriedade por si só, é necessário que tenha por base um motivo, um conjunto complexo de atos.

Num leilão judicial o título é a aceitação da adjudicação a favor do proponente que apresente a proposta mais alta. E se a aceitação do recorrente configura o título de adjudicação, o despacho do Letrado de la Administración de Justicia (Oficial de Justiça) assume o modo como se efetiva a transmissão do imóvel. Com o comprovativo desse despacho de adjudicação, o estatuto de novo proprietário do imóvel pode ser inscrito no Registo de Propriedade e o imóvel pode ser incorporado no tráfego jurídico. Para que se produza o efeito de transmissão do imóvel não é necessário que seja dada a posse do imóvel ao adjudicatário.

Na opinião do Tribunal de Justiça, no momento em que o bem deixa de poder ser reivindicado, não há lugar a uma revisão da validade do contrato de mútuo e da existência de cláusulas abusivas. Nestes termos, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013 estabelece: «a adjudicação final de um bem hipotecado a um terceiro comprador tem caráter irreversível, mesmo quando o caráter abusivo da cláusula impugnada pelo consumidor perante o tribunal que julga o processo declarativo acarrete a nulidade do processo de execução hipotecária, a não ser que o referido consumidor tenha efetuado o registo provisório do pedido de cancelamento da hipoteca antes do referido registo da emissão da certidão de custas».

Este critério é novamente reforçado pelo tribunal no Acórdão de 7 de dezembro de 2017 (ECLI:EU:C:2017:945) no qual, a propósito de um processo executivo extrajudicial de uma hipoteca, se adverte para a improcedência de uma revisão do caráter abusivo de cláusulas de um contrato, celebrado com um consumidor, que serviu de base para a sua execução coerciva, fundamentando que «é no âmbito do processo de execução hipotecária que o juiz *a quo* poderia proceder, oficiosamente sendo caso disso, à apreciação do caráter eventualmente abusivo de cláusulas que figuram no contrato de mútuo hipotecário.

[O] artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 não são aplicáveis a um processo [...] iniciado pelo adjudicatário de um bem imóvel na sequência de uma execução extrajudicial da garantia concedida sobre esse bem por um consumidor a favor de um credor profissional e que tem por objeto a proteção de direitos reais legalmente adquiridos por esse adjudicatário, na medida em que, por um lado, esse processo é independente da relação jurídica entre o credor profissional e o

consumidor e, por outro, a garantia foi executada, o bem imóvel foi vendido e os respetivos direitos reais foram transmitidos sem que o consumidor tenha feito uso das vias de direito previstas nesse contexto.»

Em suma, o acórdão debruça-se sobre duas circunstâncias: a preclusão e o facto de se ter produzido a transmissão do imóvel hipotecado. No entanto, levantam-se dúvidas sobre se a possibilidade de suscitar, oficiosamente ou a pedido de uma parte, o carácter abusivo pode levar à invocação da nulidade de cláusulas –podendo acarretar a nulidade de todo o processo executivo – quando, existindo já uma adjudicação, inclusive com inscrição no Registo de Propriedade, se quer permitir essa fiscalização mesmo depois dos referidos atos, sempre que sejam anteriores à desocupação e à entrega do imóvel ao novo proprietário.

- 25 No direito espanhol as dúvidas aumentaram após o acórdão do Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, Espanha) de 28 de fevereiro de 2019, que julgou procedente uma ação proposta por um consumidor que invocou o carácter abusivo de um contrato, não obstante não ter invocado o referido carácter abusivo no momento em que a hipoteca foi executada. Em suma, o Tribunal Constitucional espanhol considera, interpretando a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que não existe preclusão e que esta só ocorre se o carácter abusivo de uma cláusula tiver sido expressamente invocado pelo devedor ou pelo tribunal em revisão *ex officio*. De qualquer modo, perante a existência de dúvidas, deve ser submetida uma questão prejudicial ao TJUE.

Este é o motivo pelo qual se submete o presente pedido prejudicial, para esclarecer o alcance da apreciação negativa do carácter abusivo de uma cláusula prevista na lei processual espanhola em momento anterior ao despacho de execução. Mais especificamente, questiona-se se é possível fiscalizar o carácter abusivo (oficiosamente pelo juiz ou a pedido do executado) quando a hipoteca já foi executada e a propriedade já se encontra transmitida, ainda que antes do executado ter perdido a posse do imóvel.

Assim, independentemente de existir ou não efeito de caso julgado ou preclusão, surgem dúvidas sobre se o término do processo que resulta no acionamento da garantia real se produz com o leilão, aceitação da adjudicação e respetivo despacho, impedindo a partir de então a revisão, oficiosamente ou a pedido da parte, da validade ou do carácter abusivo de uma cláusula do contrato, ou se, pelo contrário, é possível, mesmo depois da adjudicação, invocar o carácter abusivo até o devedor desocupar o imóvel.

- 26 Por outro lado, importa salientar a alteração introduzida na legislação nacional pela Lei n.º 5/2019, de 15 de março, que regula os contratos de crédito imobiliário, na qual se concede a certos devedores hipotecários um novo prazo de dez dias para apresentarem oposição com base na eventual existência de cláusulas abusivas em determinadas circunstâncias.

Salienta-se nomeadamente a terceira disposição transitória da Lei 5/2019 relativa ao regime especial nos processos de execução em curso à data da entrada em vigor da Lei 1/2013 que concede às partes executadas um novo prazo para deduzir um incidente extraordinário de oposição. É, no entanto, necessário que os processos executivos em causa não tenham já terminado com a atribuição da posse do imóvel ao adquirente.

- 27 De facto, existem diferentes pontos de vista por parte dos diferentes operadores jurídicos, ainda que todos afirmem aplicar a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Para o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), se o prazo para oposição à execução tiver decorrido, desde que no início do mesmo existisse já a possibilidade de invocar o caráter abusivo, existe preclusão e efeito de caso julgado.

Para o Tribunal Constitucional não há preclusão nem efeito de caso julgado enquanto não existir uma decisão expressa sobre a validade das cláusulas, e o momento último para invocar o caráter abusivo de uma cláusula no processo executivo é o da entrega da posse ao adjudicatário.

E, para o legislador, parece haver preclusão e efeito de caso julgado: pelo menos nos casos em que não existiu possibilidade material de formalizar a oposição, é aberto um incidente extraordinário que pode ser deduzido até ao momento efetivo da entrega da posse.

Posições tão divergentes tornam necessária, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, submeter o presente pedido prejudicial para clarificar: 1) o alcance do juízo negativo da validade de cláusulas do contrato com consumidores, imposto pelo direito nacional em momento anterior ao despacho de execução; 2) o possível efeito preclusivo que pode resultar para o devedor da não formalização da oposição à execução com invocação do caráter abusivo do contrato; 3) se o momento último no qual se pode invocar, oficiosamente ou pelo devedor, qualquer nulidade contratual com base no caráter abusivo é a adjudicação do imóvel a terceiro ou ao credor ou se, pelo contrário, mesmo que já tenha ocorrido a transmissão da propriedade, se ainda não tiver ocorrido a entrega da posse é possível invocar o caráter abusivo do contrato.