

Processo C-497/19**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:**

26 de junho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

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

Data da decisão de reenvio:

14 de junho de 2019

Recorrente:

Ibercaja Banco, S.A.

Recorridos:

SO

TP

Objeto do processo principal

Impugnação do despacho proferido em processo de execução hipotecária que julga extinta a execução com fundamento no caráter abusivo da cláusula de vencimento antecipado contida no contrato de mútuo com garantia hipotecária celebrado entre as partes.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

O órgão jurisdicional de reenvio submete três questões prejudiciais. A primeira questão prejudicial tem por objeto a conformidade ao direito da União Europeia de uma norma nacional da qual se conclui que, caso o tribunal competente não aprecie oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula no despacho de execução, não pode voltar a analisá-la oficiosamente, 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.

A terceira questão prejudicial centra-se em saber 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.

Questões prejudiciais

- 1) É conforme ao direito da União uma norma interna da qual se deduz que, se uma determinada cláusula abusiva foi objeto de fiscalização judicial oficiosa inicial no despacho de execução, o mesmo tribunal não pode voltar a analisá-la oficiosamente, quando 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 num posterior processo declarativo?
- 3) Caso se considere conforme ao direito da União 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?»

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)

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

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)

Código Civil, nomeadamente artigo 1129.º

Jurisprudência nacional

STS 461/2014 (ECLI: ES:TS:2014:4617)

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

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

STS 3553/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734)

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

STS 5618/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618)

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O IBERCAJA BANCO, S.A. propôs uma ação executiva hipotecária contra TP e SO, na qual o Juzgado de Primera Instancia competente de Saragoça (Tribunal de Primeira Instância de Saragoça, Espanha) proferiu despacho que declarou oficiosamente a nulidade — com fundamento no seu caráter abusivo — da cláusula de vencimento antecipado contida no contrato de mútuo objeto de execução e determinou a extinção da execução. A demandante interpôs recurso do despacho e a parte contrária, depois de notificada, deduziu oposição. O processo foi enviado para a Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça, Espanha), órgão jurisdicional de reenvio.

- 2 O processo teve início com uma ação executiva que correu termos como processo especial de execução hipotecária proposta pelo Ibercaja Banco, S.A., em 27 de maio de 2015, contra os cônjuges TP e SO, com base no mútuo com garantia hipotecária celebrado em 30 de junho de 2005. O montante do mútuo foi de 240 000 euros e foi constituída hipoteca sobre o imóvel e o lugar de estacionamento. O mútuo foi celebrado com vencimento em 30 de junho de 2040 e devia ser pago em 420 prestações mensais, estando em dívida 9 prestações.

O mútuo foi objeto de renegociação em 26 de setembro de 2012, tendo sido prorrogado o prazo de reembolso até 30 de junho de 2043 e os juros aumentados, mantendo-se as demais condições. A cláusula 6 *bis* do contrato, sob a epígrafe «Resolução antecipada pela instituição de crédito», definia os casos em que o mutuário perdia o benefício do prazo concedido para o reembolso do capital e a entidade bancária podia exigir a sua devolução imediata e total, entre os quais se encontrava a «falta de pagamento dentro do prazo de qualquer prestação de juros ou amortizações do capital mutuado».

- 3 Por despacho de 15 de junho de 2015, foi ordenada a execução. Neste despacho, não foi apreciado o caráter abusivo de qualquer cláusula, não tendo havido qualquer argumentação a esse respeito. O montante da execução foi de 213 988,74 euros de capital e 63 000 euros de custos e juros. Não foram liquidados juros de mora.
- 4 Após a injunção de pagamento, os devedores, em 2 de setembro de 2015, deduziram oposição, alegando o caráter abusivo (i) das comissões de gestão de cobranças e crédito malparado (ii) dos juros de mora, que consideraram abusivos (iii) da responsabilidade universal imposta ao devedor nos documentos (iv) da renúncia à cessão de direitos (v) da ordem de imputação dos pagamentos (vi) da proibição de arrendar, alienar ou onerar e (vii) da assunção de custos.

A oposição foi indeferida por despacho do Juzgado, em 5 de novembro de 2015, que foi revogado por despacho deste tribunal, em 11 de março de 2016, com o único efeito de declarar nulos os juros moratórios estipulados por abusivos.

- 5 Por despacho de 18 de maio de 2017, o Juzgado agendou uma audiência das partes para discutir duas questões: a possibilidade de apreciar o caráter abusivo da cláusula de vencimento antecipado e a possibilidade de suspender o processo na pendência de decisão do Tribunal de Justiça sobre a questão prejudicial submetida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) por despacho de 8 de fevereiro de 2017.
- 6 Depois das alegações das partes, por despacho de 15 de junho de 2017, decidiu-se sobre a segunda questão, a relativa à suspensão, sem que se tenha conhecido da questão do caráter abusivo da cláusula de vencimento antecipado. A suspensão foi dada sem efeito por esta Audiência Provincial (Audiência Provincial) por despacho de 20 de novembro de 2017.

- 7 Por requerimento enviado em 22 de fevereiro de 2018, foi de novo pedida a extinção da execução com base na nulidade da cláusula de vencimento antecipado e, subsidiariamente, a suspensão do processo, tendo-se decidido por despacho de 3 de setembro de 2018 a extinção da execução com fundamento no caráter abusivo da cláusula de vencimento antecipado. Este despacho é aquele que é objeto de recurso e em relação ao qual se submete a questão prejudicial.

Alegações essenciais das partes no processo principal

- 8 As alegações das partes foram expostas nos n.ºs 1, 2 e 4.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 9 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.

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 da possibilidade de decidir sobre a validade de uma cláusula nos contratos com consumidores.

- 10 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 deste tipo de processo, existe o processo de executivo, que se caracteriza por não precisar de uma delimitação prévia de direitos. O processo executivo tem início já na 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 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.

- 11 É importante salientar que o efeito de caso julgado não existe apenas relativamente ao que se decide em juízo. Também o que poderia ter sido requerido, como causa de pedir da ação pelo demandante ou como exceção pelo demandado, e não foi requerido, 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, tendo 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 tinha em 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).

- 12 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 em série 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.

- 13 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 concorrência 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 utilizada 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.

- 14 A dificuldade reside em 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 o 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 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, não obstante tecer 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.

- 15 Para uma compreensão adequada do alcance da dúvida que se pretende colocar com a submissão da questão prejudicial afigura-se oportuno fazer referência às decisões do Tribunal de Justiça que fixaram, por um lado, o carácter abusivo de uma cláusula de vencimento antecipado e, por outro, a determinação do efeito de caso julgado em relação às pretensões do devedor baseadas no carácter abusivo de algumas cláusulas contidas, neste caso, em contratos de mútuo.

No que diz respeito ao primeiro aspeto, em termos gerais, pode afirmar-se que a cláusula de vencimento antecipado não é, em si mesma, abusiva. No ordenamento jurídico espanhol, esta instituição, regulada no artigo 1129.º do Código Civil, conduz à perda do benefício de prazo acordado pelas partes, no caso do mútuo, para a devolução do dinheiro. Na disposição referida, a perda desse benefício está relacionada com a perda da solvabilidade inicial do devedor, que pode razoavelmente levar o credor a questionar se o devedor está em condições de cumprir no futuro. Há que salientar que, com base no direito dos particulares à autorregulação das suas relações, podem ser acrescentadas causas às contempladas pela lei relativamente ao incumprimento do devedor, por exemplo, no caso do mútuo, pode instituir-se como causa de incumprimento o pagamento regular das prestações de amortização de capital e de juros remuneratórios.

- 16 O Tribunal de Justiça estabeleceu os elementos de direito que determinam o carácter abusivo da cláusula de vencimento no Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), que, nomeadamente no n.º 73, definiu com clareza o carácter abusivo das referidas cláusulas.

O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) também delimitou o âmbito do caráter abusivo no acórdão 5618/2015.

- 17 Em relação ao segundo aspeto mencionado, o Tribunal de Justiça sublinhou a importância do efeito de caso julgado no âmbito de um processo judicial, tendo em conta que é necessário decisões coerentes para assegurar o respeito pelo princípio da segurança jurídica. Este princípio guarda 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 caráter abusivo de algumas cláusulas e em relação aos casos em que havia decorrido o prazo ordinário de oposição concedeu-se, no regime transitório da referida lei, um prazo extraordinário de um mês para formalizar *ex novo* a oposição baseada no caráter 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 caráter 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 vista 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.

- 18 Nesta situação, surgem dúvidas quanto à coordenação desses princípios entre os referidos 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 pronúncia 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 o teste de validade que o tribunal de execução faz, não existe 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 à presente questão prejudicial.

É importante salientar que este trâmite inicial implica apenas um juízo negativo, o que se enquadra com o 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, em relação às cláusulas sobre as quais inicialmente se coloca em questão o caráter abusivo é de concluir que existiu necessariamente uma pronúncia 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 pronúncias, efetuadas 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 o carácter abusivo em nenhuma cláusula ou por o ter considerado 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.

- 19 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 carácter 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 carácter 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, officiosamente, de voltar a analisar o que já foi analisado ou a opor o que já podia ter sido oposto e não foi.