

Processo C-19/20**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:**

16 de janeiro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunal Regional de Gdansk, Polónia)

Data da decisão de reenvio:

30 de dezembro de 2019

Recorrente:

I. W.

R. W.

Recorrido:

Bank BPH Spółka Akcyjna w Gdańsku

Objeto do processo principal

Declaração de nulidade do contrato de mútuo por ser contrário às disposições imperativas do direito nacional, devido ao carácter abusivo das cláusulas de indexação, declaração de nulidade do contrato com fundamento no facto de os recorrentes o terem celebrado induzidos em erro sobre o custo total do crédito e nulidade do contrato no seu todo, bem como pedido de reembolso, pelo banco, das quantias pagas a título das prestações de capital, juros e despesas.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação dos artigos 2.º, 3.º, n.ºs 1 e 2, em conjugação com os artigos 4.º, n.º 1, conjugados com os artigos 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (a seguir «Diretiva 93/13»), na perspectiva da obrigação de o órgão jurisdicional declarar o carácter abusivo de uma cláusula contida num contrato celebrado com um consumidor, quando, à data em que

decide, na sequência de uma alteração dos termos do contrato através de aditamento, a cláusula não tiver já caráter abusivo, e a declaração do caráter abusivo da cláusula na sua redação inicial puder acarretar a nulidade de todo o contrato, e na perspetiva de se poder declarar o caráter abusivo de apenas alguns elementos da cláusula contratual relativa à taxa de câmbio da divisa fixada pelo banco, ou seja, através da supressão da cláusula relativa à fixação unilateral e pouco clara da margem do banco, que é um componente da taxa de câmbio da divisa, bem como questão de saber se o interesse público se opõe a que seja declarado o caráter abusivo de apenas alguns elementos da cláusula contratual no sentido referido. Além disso, as questões dizem respeito à questão de saber se a inexistência de um contrato vinculativo em razão da exclusão das cláusulas abusivas constitui uma sanção, entendida como o resultado de uma decisão constitutiva do juiz com efeitos desde a celebração do contrato, e também, à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, de 30 de março de 2010, à questão de saber se o órgão jurisdicional nacional tem a obrigação de informar o consumidor sobre as consequências jurídicas de uma declaração de nulidade, incluindo sobre os eventuais pedidos de restituição do profissional.

Questões prejudiciais

- 1) Deve o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, em conjugação com o artigo 4.º, n.º 1, conjugados com os artigos 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29), ser interpretado no sentido de que o órgão jurisdicional nacional deve declarar o caráter abusivo (para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva) da cláusula de um contrato celebrado com um consumidor também quando, à data da decisão, na sequência de uma alteração dos termos do contrato pelas partes através de aditamento, a cláusula já não tiver caráter abusivo, podendo a declaração do caráter abusivo da cláusula na sua redação inicial acarretar a invalidade (nulidade) de todo o contrato?
- 2) Deve o artigo 6.º, n.º 1, em conjugação com os artigos 3.º, n.ºs 1 e 2, segundo período, e 2.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29), ser interpretado no sentido de que permite a um órgão jurisdicional nacional declarar o caráter abusivo de determinados elementos de uma cláusula relativa a uma taxa de câmbio fixada por um banco, à qual foi indexado o crédito ao consumidor (como no processo principal), ou seja, suprimir a cláusula relativa à fixação unilateral e pouco clara da margem do banco, que é um componente da taxa de câmbio da divisa, deixando uma cláusula unívoca relativa à taxa de câmbio do Banco Central (Narodowy Bank Polski) [Banco Nacional da Polónia], que não exige que se substitua o conteúdo suprimido por qualquer disposição legal, [...] o que resultará no restabelecimento do equilíbrio real entre o

consumidor e o profissional, ainda que altere a essência da cláusula relativa ao cumprimento da prestação pelo consumidor em seu benefício?

- 3) Deve o artigo 6.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29), ser interpretado no sentido de que, mesmo no caso de o legislador nacional ter instituído medidas destinadas a fazer cessar a utilização continuada de cláusulas abusivas, como as que estão em causa no processo principal, prevendo a obrigação de os bancos precisarem as modalidades e os prazos de determinação da taxa de câmbio com base na qual é calculado o montante do empréstimo, das prestações do capital e juros, e as regras de conversão para a moeda de pagamento ou reembolso do empréstimo, o interesse público opõe-se à determinação do caráter abusivo de apenas determinados elementos de uma cláusula contratual da forma descrita na segunda questão?
- 4) Deve a inexistência de um contrato vinculativo, referida no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29), que resulta da supressão das cláusulas contratuais abusivas, na aceção do artigo 2.º, alínea a), em conjugação com o artigo 3.º da diretiva, ser interpretada no sentido de que é uma sanção que pode resultar de uma decisão constitutiva do juiz proferida a pedido expresso do consumidor, com efeitos desde a celebração do contrato, ou seja, *ex tunc*, tornando-se os pedidos de restituição do consumidor e do profissional exigíveis logo que a decisão se torne definitiva?
- 5) Deve o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29) em conjugação com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 30 de março de 2010 (JO C 202, p. 389), ser interpretado no sentido de que obriga o órgão jurisdicional nacional a informar o consumidor, que pediu a declaração de nulidade de um contrato com fundamento na eliminação de cláusulas abusivas, das consequências jurídicas dessa decisão, incluindo os eventuais pedidos de restituição do profissional (banco), mesmo as que não tenham sido invocadas no processo em causa, bem como aquelas cuja validade não esteja claramente determinada, ainda que o consumidor seja representado por um mandatário profissional?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores: considerandos 4, 21, 24, artigos 3.º, 4.º e 6.º;

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 30 de março de 2010: artigo 47.º

Disposições de direito nacional invocadas

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Lei de 23 de abril de 1964 que aprova o Código Civil (texto único: Dziennik Ustaw de 2019, posição 1145) (a seguir «Código Civil»): artigos 58, 120, 353¹, 358 [na redação da Lei de 23.10.2008 (Dz.U. n.º 228, posição 1506)], que entrou em vigor em 24 de janeiro de 2009, artigos 385¹, 385², 388, 405, 410.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego cywilny [Lei de 17 de novembro de 1964 que aprova o Código de Processo Civil (texto único de 19 de julho de 2019, Dziennik Ustaw de 2019, posição 1460): artigos 5, 156¹, 156², 212.

Ustawa z dnia 21 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw [Lei de 21 de julho de 2011 que altera a Lei relativa ao Direito Bancário e outras leis (Dziennik Ustaw n.º 165, posição 984): artigos 1, 4.

Exposição sumária dos factos e do processo

- 1 Os recorrentes, enquanto consumidores, celebraram, em 2008, com o antecessor jurídico do banco recorrido, um contrato de mútuo hipotecário por 360 meses destinado a cobrir as despesas de construção de uma casa de habitação. Antes da assinatura do contrato de crédito, os recorrentes encontraram-se com um consultor financeiro (intermediário) que recomendou um empréstimo indexado ao CHF e que os informou de que a taxa de câmbio do CHF em relação ao PLN poderia aumentar, o que influenciaria o montante da mensalidade. Não manifestaram dúvidas quanto à configuração do empréstimo indexado.
- 2 No seu pedido de empréstimo, indicaram que pediam a concessão de um empréstimo em zlóti polacos e a indexação à taxa de câmbio do CHF, e, num impresso separado preparado pelo banco, declararam que lhes tinha sido feita uma proposta de empréstimo em PLN e que tinham optado por um empréstimo em moeda estrangeira, tendo sido previamente informados dos riscos de contrair um empréstimo em moeda estrangeira.
- 3 Nos termos do contrato de mútuo, este deve ser feito em PLN, indexando-se em seguida ao CHF de acordo com a taxa de câmbio de compra do recorrido do dia do pagamento, indicada na tabela de câmbio de compra/venda do banco. Em contrapartida, os reembolsos do empréstimo são efetuados em zlóti e são calculados com base na taxa de câmbio de venda da divisa. As taxas de câmbio de compra/venda de divisas indicadas na tabela das taxas de câmbio do banco referem-se à cotação média do Narodowy Bank Polski [Banco da Polónia], bem

como à margem do banco. A taxa de juro do empréstimo baseia-se na taxa de referência Libor 3m.

4 As cláusulas consideradas abusivas pelo juiz estão redigidas da seguinte forma.

«§ 1, n.º 1. O Banco concede um empréstimo ao mutuário no montante de [...] zlóti polacos indexado à taxa de câmbio do CHF [...], e o mutuário compromete-se a utilizar o crédito em conformidade com as estipulações do contrato, a reembolsar o montante do empréstimo utilizado, acrescido de juros, nos prazos estipulados no contrato e a pagar ao Banco as comissões, despesas e outros encargos estipulados no contrato. O montante do crédito é constituído: [...]

Na data do crédito, o saldo do empréstimo é expresso na divisa à qual este se indexou, à taxa de compra da divisa à qual está indexado o empréstimo, que figura na Tabela das taxas de câmbio de compra/venda para os empréstimos hipotecários concedidos pelo Banco, descrita pormenorizadamente no § 17, em seguida, o saldo monetário é convertido diariamente em zlóti polacos com base na taxa de câmbio de venda da divisa à qual está indexado o empréstimo, que figura na Tabela de taxas de câmbio de compra/venda para os empréstimos hipotecários concedidos pelo Banco, descrita pormenorizadamente no § 17».

«§ 2, n.º 2.

O crédito do montante do empréstimo constante do pedido será efetuado por transferência para a conta bancária nacional referida nesse pedido. O dia da transferência será considerado o do crédito do empréstimo obtido. Cada montante creditado em zlóti polacos será convertido na moeda a que foi indexado o empréstimo, à taxa de câmbio de compra/venda para os empréstimos hipotecários concedidos pelo Banco, à data do crédito pelo Banco.»

«§ 10, n.º 6.

O cálculo de cada reembolso efetuado pelo mutuário será efetuado com base na taxa de câmbio de venda da divisa à qual o empréstimo está indexado, que figura na Tabela de compra/venda para os mútuos hipotecários concedidos pelo Banco na data [da entrada] dos fundos no Banco. [...]»

§ 17.

1. Para o cálculo das operações de crédito e reembolso dos empréstimos são aplicadas, respetivamente, as taxas de câmbio de compra/venda para os empréstimos hipotecários concedidos pelo Banco das divisas que figuram na proposta do Banco em vigor à data da operação.

2. As taxas de câmbio de compra são definidas como as taxas de câmbio médias do zlóti para as moedas anunciadas na Tabela de taxas médias do NBP menos a margem de compra.

3. *As taxas de câmbio de venda são definidas como as taxas de câmbio médias do zloti para as moedas anunciadas na Tabela de taxas médias do NBP acrescidas da margem de venda.*
4. *Para o cálculo das taxas de câmbio de compra/venda para empréstimos hipotecários concedidos pelo Banco será utilizada a taxa de câmbio do zloti para as divisas em causa, constantes da Tabela de taxas médias do NBP num determinado dia útil, ajustadas com as margens de compra/venda do Banco [...]»*
- 5 Para calcular a taxa de câmbio de compra/venda da divisa, o banco teve em conta as taxas de câmbio médias do dia útil em causa calculadas pelo Narodowy Bank Polski, e acrescentou (ou deduziu) a margem do banco cujo modo de cálculo não estava especificado no contrato. A taxa de câmbio de compra ou de venda da divisa assim obtida era publicada e aplicável às operações do dia seguinte.
- 6 Em 7 de março de 2011, as partes celebraram um aditamento ao contrato de mútuo que previa a possibilidade de reembolso do empréstimo em PLN ou em CHF. Dele constavam disposições que descreviam o modo de cálculo da margem do banco utilizado para determinar a taxa de câmbio de compra/venda da divisa de indexação. Desde a celebração do aditamento, os recorrentes reembolsam as mensalidades do empréstimo em CHF, comprando a divisa no mercado livre.
- 7 O aumento da taxa de câmbio do CHF, que conduziu a um aumento considerável das mensalidades do empréstimo expressas em zlotis, esteve na origem da procura de medidas para obviar à situação difícil de numerosos consumidores. Em resposta, a Związek Banków Polskich (Associação de Bancos Polacos), após a prolação do Acórdão do TJUE de 3 de outubro de 2019 no processo C-260/18, inseriu no seu sítio Internet um comunicado indicando que o banco teria, em caso de nulidade do contrato, direito à restituição do capital mutuado assim como direito à remuneração da utilização desse capital durante o período fixado no contrato.
- 8 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, nos termos das disposições do direito polaco, ou seja, [os artigos] 385¹ §1 e 3, do Código Civil, as cláusulas contratuais relativas à indexação, expressa em moeda polaca (PLN), do montante do empréstimo e dos reembolsos dos juros e prestações de capital em francos suíços (CHF) e as cláusulas relativas à determinação da taxa de câmbio referem-se ao objeto principal do contrato, também na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da diretiva (v. Acórdão do TJUE de 20 de setembro de 2017, Andriuc, C-186/16, n.º 38; Acórdão do TJUE de 30 de abril de 2014, Kasler e Kaslerane Rabai, C-26/13, n.º 59). As cláusulas relativas ao mecanismo de indexação foram redigidas em termos tão compreensíveis que os recorrentes, enquanto consumidores, na sequência de conversas com o consultor financeiro, tinham um conhecimento suficiente do risco da alteração da cotação da divisa (embora, na prática, não contassem com um aumento tão significativo da taxa de câmbio do CHF em relação ao PLN), o que confirmaram por escrito. Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio não considera abusivas as cláusulas contratuais relativas

ao mecanismo de indexação, na aceção das disposições do artigo 385¹, § 1 e 3, do Código Civil, tal como interpretado em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1 conjugado com o artigo 4.º, n.º 2, da diretiva. Em contrapartida, o órgão jurisdicional de reenvio considera abusivas, à luz destas disposições, as cláusulas contratuais relativas às modalidades de determinação da taxa de câmbio, mas unicamente no que respeita à subordinação da taxa de compra ou de venda da divisa à margem do banco, que foi fixada unilateralmente pelo banco utilizando mecanismos desconhecidos do consumidor. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não são abusivos os elementos da cláusula relativa à taxa de câmbio média do Narodowy Bank Polski como base de determinação da taxa de câmbio. O órgão jurisdicional de reenvio considera igualmente que a menção, no aditamento ao contrato de mútuo celebrado entre as partes, de uma explicação do mecanismo de determinação da margem do banco que faz parte da taxa de câmbio teve como consequência que esta cláusula perdeu o seu carácter abusivo.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 9 O banco pede que seja negado provimento ao recurso, alegando que o contrato é conforme às disposições do direito nacional, que os consumidores não foram induzidos em erro e que as cláusulas de indexação não são abusivas. Além disso, o recorrido invocou a prescrição dos créditos pecuniários dos recorrentes. O banco não apresentou pedidos de restituição.

Fundamentação sumária da decisão de reenvio

Quanto à primeira questão

- 10 O cerne do problema consiste em saber se, tendo em conta a declaração do carácter abusivo de uma cláusula contratual na sua versão inicial, é legítimo retirar os efeitos previstos na lei para essa situação quando a cláusula for alterada por vontade das partes. O reconhecimento do carácter abusivo de uma cláusula deve ter por efeito eliminá-la e restabelecer a situação jurídica e económica em que o consumidor se encontraria se a referida cláusula não existisse (v. Acórdãos TJUE: de 15 de março de 2012, Perenicova e Perenic, C-453/10, n.º 31, de 21 de dezembro de 2016, Gutiérrez Naranjo e o., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, n.º 61, de 14 de março de 2019, Dunai, C-118/17). Caso não se admita a declaração do carácter abusivo de apenas uma parte de uma cláusula contratual pode ser necessário invalidar a totalidade do contrato – com efeitos a partir da data da sua celebração, ou seja, *ex tunc*. Tal parece, no entanto, estar em contradição com a vontade expressa do consumidor e do banco que, ao celebrarem um aditamento que alterou a cláusula abusiva, encontraram um verdadeiro equilíbrio entre as partes. Ao mesmo tempo, a decisão do órgão jurisdicional diria respeito a um contrato com uma redação diferente da que vincularia as partes à data da sua prolação. A invalidade (nulidade) do contrato teria como consequência a obrigação de o banco reembolsar não apenas as prestações pagas pelos

consumidores com base nas cláusulas abusivas mas também as que foram pagas com fundamento nas cláusulas lícitas, porque alteradas pelo aditamento. Tal resultado afigura-se contrário ao objetivo da diretiva, que consiste em restabelecer o equilíbrio entre as partes no contrato, mantendo, em princípio, a validade da totalidade do contrato (v. Acórdão TJUE de 15 de março de 2012, Perenicova e Perenic, C-453/10, n.º 31).

- 11 Na sequência do aditamento ao contrato celebrado pelas partes, que estabelecia o mecanismo de cálculo da margem do banco, componente da taxa de câmbio da indexação, em caso de exercício pelo consumidor do seu direito ao reembolso do empréstimo em divisa polaca, uma cláusula contratual abusiva, na sua versão inicial, não vincula as partes. No entanto, o saldo do empréstimo foi calculado com base nesta cláusula abusiva, e foram reembolsadas várias prestações de capital e juros. Isto suscita, por sua vez, pedidos de restituição legítimos por parte dos recorrentes, ainda que apenas parcialmente.
- 12 O Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 20 de setembro de 2017, Andrucic, C-186/16, precisou que a avaliação do caráter abusivo de uma cláusula contratual deve ser efetuada com referência ao momento da celebração do contrato em causa, tendo em conta todas as circunstâncias que o profissional podia conhecer no momento da celebração do contrato e que eram suscetíveis de afetar a execução subsequente do contrato (n.º 5[8]). Uma abordagem semelhante foi adotada pela jurisprudência dos órgãos jurisdicionais polacos.

Quanto à segunda questão

- 13 A cláusula a examinar no processo principal (§ 17, n.ºs 2, 3 e 4 do contrato) era abusiva no que respeita à margem do banco, que era por ele calculada, sem que a redação inicial do contrato descrevesse a regra do seu cálculo, o que, segundo o órgão jurisdicional, era contrário à boa-fé e criava um desequilíbrio significativo entre os direitos, em detrimento do consumidor. A taxa de câmbio de compra de moeda foi definida como o resultado da ação: a taxa de câmbio média anunciada na tabela de taxas de câmbio do NBP *menos a margem de compra*, e, portanto, a taxa de venda de moeda foi definida como o resultado da ação: a taxa de câmbio média de acordo com a tabela de taxas de câmbio do NBP mais a margem de venda. No caso em apreço, a eliminação da cláusula relativa à margem do banco, que é um dos dois fatores com incidência na taxa de câmbio da divisa, não impõe que se preencha a lacuna com qualquer outra disposição. É certo que tal atuação modifica o sentido da redação inicial da cláusula contratual, na medida em que priva o banco do lucro do diferencial de câmbio. Todavia, é interessante observar que foi precisamente o lucro pouco claro do banco, resultante da diferença de taxas de câmbio, que constituiu o caráter abusivo da cláusula contratual. Assim, a sua eliminação suprime esse caráter abusivo.
- 14 O órgão jurisdicional de reenvio confronta-se com a questão de saber se, à luz do artigo 385¹, § 1, do Código Civil, tal como interpretado em conformidade com o direito da União Europeia, no contexto do artigo 6.º, n.º 1, da diretiva e da

jurisprudência do Tribunal de Justiça até à data, é admissível eliminar, por abusivo, apenas um elemento de uma cláusula contratual, deixando em vigor o restante. Na opinião do tribunal nacional, essa situação difere daquelas com base nas quais foi apresentada a doutrina da proibição de redução para manutenção da eficácia, uma vez que não exige que a lacuna surgida após a eliminação de parte de uma cláusula contratual seja substituída por qualquer outra disposição. Por outro lado, porém, não se resume a uma simples exclusão de toda cláusula contratual. Por conseguinte, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, há que dissipar dúvidas a este respeito à luz da interpretação do artigo 6.º, n.º 1, da diretiva e responder à questão de saber se é admissível eliminar apenas a parte de uma cláusula contratual que constitui o seu caráter abusivo, sem necessidade de a substituir por qualquer outra disposição, mesmo que isso conduza a uma alteração do significado da referida cláusula.

Quanto à terceira questão

- 15 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é necessária uma interpretação do artigo 6.º, n.º 1, conjugado com o artigo 7.º, n.º 1 da diretiva, em conjugação com os seus considerandos 1, 2, 3, 6, 7, 8 e 21, para saber se quando um Estado-Membro adotou disposições que tenham por efeito impedir a inserção de cláusulas abusivas no contrato (como as que estão em causa no processo principal), continua a ser necessário dissuadir os profissionais de utilizarem tais cláusulas mantendo os efeitos penais da declaração do caráter abusivo de uma cláusula contratual. O órgão jurisdicional tem dúvidas sobre se se justifica manter a proibição de redução para manutenção da eficácia (entendida como a admissibilidade da supressão parcial de uma cláusula contratual), o que pode conduzir à nulidade da totalidade do contrato, uma vez que essa decisão não será a causa da renúncia pelos bancos à inserção nos seus contratos de cláusulas como a que está em causa no processo principal. Com efeito, esta causa é já a disposição da lei adotada pelo Estado-Membro. O legislador polaco, devido à prática dos bancos de concederem empréstimos indexados a uma moeda estrangeira, introduziu, através da Lei de 29 de julho de 2011, como elemento essencial do contrato de mútuo expresso ou indexado a uma divisa diferente da moeda polaca, normas especiais para determinar as modalidades e os prazos de determinação da taxa de câmbio de uma divisa, com base nas quais é calculado, nomeadamente, o montante do empréstimo, as suas prestações, de capital e juros, bem como as modalidades de conversão na divisa de crédito ou reembolso do mútuo (artigo 1.º, ponto 1, da Lei de 29 de julho de 2011 que altera a Lei relativa ao Direito Bancário e outras leis). Assim, segundo esse órgão jurisdicional, o legislador polaco cumpriu a obrigação resultante dos considerandos quarto e vigésimo primeiro, e do artigo 7.º, n.º 1, da diretiva.
- 16 A jurisprudência anterior, na qual o Tribunal de Justiça consagrou a proibição de redução para manutenção da eficácia, visava a situação em que a eliminação parcial de uma cláusula contratual devia ser substituída por uma norma jurídica ou por uma decisão do próprio órgão jurisdicional. O Tribunal de Justiça justificava a proibição deste tipo de diligências destinadas a preservar o efeito vinculativo de

uma cláusula contratual eliminando os elementos que eram abusivos, com o interesse público protegido pela diretiva (Acórdão TJUE de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito SA, C-618/10, n.ºs 67 a 69). Este interesse público é descrito nos considerandos da diretiva e equivale a proteger os cidadãos, enquanto consumidores, contra os abusos por parte dos vendedores ou fornecedores, nomeadamente contra a exclusão ou a restrição abusivas dos direitos dos consumidores nos contratos. A realização deste objetivo deve alcançar-se, em princípio, através da adoção de normas jurídicas de transposição da diretiva. A diretiva pressupõe que a sanção de declaração de nulidade, por decisão do juiz, das cláusulas abusivas, e por vezes do contrato no seu todo, tenha um efeito dissuasor para o futuro. A jurisprudência criativa dos tribunais pode minar este objetivo (Acórdão TJUE de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito SA, C-618/10, n.ºs 65 a 69; Acórdão TJUE de 21 de dezembro de 2016, Francisco Gutierrez Naranjo, C-154/15, C-307/15, C-308/15, n.ºs 56 e 57, 60 e 61).

Quanto à quarta questão

- 17 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, contrariamente ao considerando 21 da diretiva e ao artigo 6.º, n.º 1, da diretiva, o legislador polaco não transpôs plenamente para a ordem jurídica polaca os objetivos da diretiva que se traduzem na necessidade de garantir que o contrato celebrado entre um consumidor e um vendedor (fornecedor) não seja aplicável se isso não for possível após a supressão das cláusulas abusivas. Nos termos do artigo 385¹, n.º 2, do Código Civil, quando uma cláusula contratual não vincule o consumidor, as restantes continuam a aplicar-se às partes. O legislador nacional omitiu a exceção do artigo 6.º, n.º 1, da diretiva «se puder subsistir sem as cláusulas abusivas». O Código Civil polaco permite anular o contrato com efeitos retroativos (ou seja, desde a data da sua celebração) com base numa decisão constitutiva proferida por um órgão jurisdicional, a pedido de uma das partes no contrato, no âmbito da cláusula de desproporção regulada pelo artigo 388.º do Código Civil. As condições de exercício desta faculdade por uma parte no contrato são obviamente diferentes das previstas no artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 da diretiva.
- 18 A jurisprudência do TJUE no âmbito da interpretação do artigo 6.º, n.º 1, da diretiva refere, todavia, outras características, que não constam da jurisprudência polaca, da sanção que consiste na inexistência de um contrato vinculativo, quando não é possível mantê-lo após as cláusulas abusivas terem sido suprimidas. No Acórdão de 30 de abril de 2014 no processo C-26/13 Kasler, Kaslerene Rabai, no n.º 84, o Tribunal de Justiça declarou que a anulação do contrato tem, em princípio, por consequência tornar imediatamente exigível o montante do empréstimo remanescente em dívida. Em contrapartida, no seu Acórdão de 3 de outubro de 2019, no processo C-260/18, Dziubak, o Tribunal de Justiça declarou que a manutenção ou a anulação de um contrato pelo juiz relativamente à supressão de cláusulas abusivas depende da vontade do consumidor (v. n.ºs 2 e 4 do seu dispositivo). Contudo, no Acórdão C-154/15, C-307/15 e C-308/15, de 21 de dezembro de 2016, Francisco Gutierrez Naranjo, salienta o direito do consumidor à restituição das vantagens indevidamente adquiridas, em seu

detrimento, pelo profissional com fundamento na cláusula abusiva (v. n.º 66). Isto poderia significar que a declaração de nulidade de um contrato em caso de eliminação das cláusulas abusivas resulta de uma decisão constitutiva proferida pelo tribunal, e não da própria lei, e isto a pedido de apenas uma parte do contrato (consumidor), dando origem a um pedido de restituição das vantagens indevidamente obtidas pelo profissional em prejuízo do consumidor. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, com base nessas decisões, se é esse o caso no que respeita à sanção da inexistência de um contrato vinculativo.

- 19 A interpretação do artigo 6.º, n.º 1, da diretiva quanto à substância da inexistência de um contrato vinculativo é necessária para interpretar o direito nacional, no processo principal, em conformidade com a finalidade da diretiva. A determinação da natureza da sanção é necessária para se apreciar a data limite para pedidos de restituição dos recorrentes e a procedência da alegação de prescrição feita pelo recorrido. Em seguida, é importante apreciar se a declaração de nulidade do contrato é do interesse do consumidor. Com efeito, na hipótese de o acórdão que declarar o contrato nulo (inexistência de um contrato vinculativo) ter um carácter constitutivo, não se pode excluir que, noutro processo, um banco submeta ao consumidor um pedido de reembolso de um crédito (disponibilizado) e pode-se presumir que esse crédito não prescreverá. Em último lugar, a divergência de interpretação do artigo 6.º, n.º 1 da diretiva com as normas nacionais e a impossibilidade de interpretar a legislação nacional em conformidade com a finalidade da diretiva pode revelar uma transposição deficiente desta e implicar a responsabilidade indemnizatória do Estado polaco.

Quanto à quinta questão

- 20 A resposta a esta questão será pertinente para o processo principal se o Tribunal de Justiça constatar, com base no artigo 6.º, n.º 1, da diretiva, a obrigação de o juiz examinar o carácter abusivo de uma cláusula, mesmo quando esta tenha sido alterada posteriormente por vontade das partes, e obstar a que apenas certos elementos de uma cláusula possam ser considerados abusivos. Nesse caso existem motivos que permitem concluir pela inexistência de um contrato vinculativo no seu todo.
- 21 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à interpretação do artigo 6.º, n.º 1, a garantia da proteção do consumidor exige que sejam tidos em consideração os seus interesses reais e, portanto, atuais. A proteção desses interesses estende-se também às consequências que daí resultariam realmente, nas circunstâncias existentes ou previsíveis no momento do litígio, no caso de o juiz nacional proceder à invalidação desse contrato (Acórdão do TJUE de 3 de outubro de 2019, C-260/18, Dziubak, n.º 5[1], e Acórdão do TJUE de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11, n.ºs 29 e 36). O Tribunal de Justiça salientou igualmente que a Diretiva 93/13 não vai ao ponto de tornar obrigatório o sistema de proteção contra a utilização de cláusulas abusivas pelos profissionais, que instituiu em benefício dos consumidores. Por conseguinte, quando o consumidor preferir não invocar este sistema de proteção, este não é aplicado. O consumidor

deve, *a fortiori*, ter o direito, em aplicação desse mesmo sistema, de se opor a ser protegido contra as consequências prejudiciais provocadas pela invalidade do contrato (Acórdão do TJUE de 3 de outubro de 2019, C -260/18, Dziubak, n.ºs 54 e 55).

- 22 Uma vez que a Diretiva 93/13 pressupõe que os consumidores sejam a parte mais fraca do contrato e do processo (considerando 5 e artigo 7.º, n.º 1, da diretiva), devem ser-lhe asseguradas as medidas de proteção adequadas para o recurso aos tribunais. Por conseguinte, o juiz é obrigado não só a examinar officiosamente o caráter abusivo das cláusulas contratuais, mas também a informar o consumidor e o profissional do abuso constatado. A exigência de proteção jurídica efetiva dos direitos dos particulares decorrentes do direito da União, como a garantida pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, exige que um tribunal que considere officiosamente que uma cláusula contratual é abusiva dê às partes no processo contraditório a oportunidade de se pronunciarem sobre o assunto (v. Acórdão do TJUE de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11, n.ºs 29 e 36). Todavia, a decisão do consumidor de invocar a proteção decorrente do sistema da Diretiva 93/13 e das disposições do direito nacional que a aplicam só é possível se estiver consciente, não só do caráter abusivo da cláusula contratual enquanto tal, mas também dos efeitos do sistema de proteção, ou seja, a eliminação das cláusulas abusivas, a admissibilidade da manutenção do contrato e os direitos e obrigações do consumidor decorrentes da exclusão das cláusulas abusivas ou da declaração de nulidade do contrato. No acórdão Dziubak, C-260/18, n.º 66, o Tribunal de Justiça indicou que, quando o juiz nacional considerar abusiva uma cláusula contratual, é obrigado a não a aplicar, obrigação à qual só há exceção se o consumidor, após ter sido avisado pelo referido juiz, entender não invocar o caráter abusivo e não vinculativo. No entanto, o Tribunal de Justiça não precisou o alcance da obrigação de informação do juiz. Em especial, é necessário saber se esta obrigação de informação incide apenas sobre o próprio reconhecimento do caráter abusivo de uma cláusula ou sobre as consequências jurídicas, e ainda económicas, que a mesma comporta. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, só a prestação da informação completa ao consumidor, a saber, o caráter abusivo da cláusula ou a necessidade de anular o contrato, e em seguida as consequências da anulação, que consistem na necessidade de restituir as prestações recíprocas (e outras consequências possíveis no plano do direito nacional, por exemplo em matéria de prescrição), permitirá ao consumidor tomar uma decisão prudente sobre a utilização do sistema de proteção.
- 23 Consumidores sem pleno conhecimento da sua situação jurídica podem ser levados a adotar decisões processuais sem plena consciência, apoiados em sugestões dos seus representantes. Por outro lado, a regulamentação nacional assenta na premissa da confiança da parte no processo no seu representante e dispensa o juiz de uma série de deveres de informação quando uma parte num processo é representada por um mandatário. Trata-se apenas de saber se o risco da apreciação dos efeitos jurídicos da decisão positiva do consumidor de recorrer ao sistema de proteção deve ser deixado ao próprio consumidor e ao seu mandatário.

A decisão do consumidor de pedir a declaração de nulidade de um contrato só é possível se for informado de todas as consequências possíveis da decisão que julgue procedente esse pedido.

- 24 Para interpretar as disposições nacionais que regulam o processo civil em conformidade com a finalidade da diretiva é necessário interpretar o artigo 6.º, n.º 1, da diretiva quanto ao alcance das obrigações de informação do juiz nos processos que envolvem um consumidor. No entender do órgão jurisdicional de reenvio é possível uma interpretação de certas disposições processuais adequada à realização dos objetivos da diretiva, desde que a obrigação de informação do órgão jurisdicional seja precisada pela interpretação dada pelo Tribunal de Justiça.

DOCUMENTO DE TRABALHO