Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
EVGENI TANCHEV
apresentadas em 15 de julho de 2021 [1]

Processo C-600/19

MA
contra
Ibercaja Banco, S.A.,
sendo intervenientes:
PO

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça, Espanha)]

«Pedido de decisão prejudicial — Diretiva 93/13/CEE — Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores — Artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1 — Princípio da efetividade — Processo de execução hipotecária — Poder do órgão jurisdicional nacional para apreciar o caráter abusivo das cláusulas contratuais na sequência de uma fiscalização inicial não fundamentada — Determinação do momento último a partir do qual o caráter abusivo das cláusulas contratuais já não pode ser invocado — Princípio da *res judicata* — Preclusão»

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial submetido pela Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça, Espanha) versa sobre a interpretação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [2]. Insere-se no contexto de um processo de execução hipotecária em que o consumidor não deduziu oposição e o bem hipotecado já foi transferido para um terceiro.

2. A questão principal suscitada pelo presente processo é essencialmente a de saber se o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 se opõem a uma legislação nacional que, em virtude do efeito da *res judicata* e da preclusão, não permite ao juiz, numa fase posterior do processo, apreciar o caráter abusivo das cláusulas contratuais, quando essas cláusulas tenham sido objeto de uma fiscalização inicial efetuada oficiosamente (*ex officio*) pelo juiz e que não se reflete explicitamente na decisão que autoriza a execução hipotecária. O órgão jurisdicional de reenvio pretende igualmente saber que efeito poderia ter uma fiscalização posterior do caráter abusivo das cláusulas contratuais na adjudicação do bem hipotecado.

[1] Língua original: inglês.
[2] JO 1993, L 95, p. 29.

3. O presente processo está a ser apreciado pelo Tribunal de Justiça em paralelo com quatro outros processos (C-693/19, C-725/19, C-831/19 e C-869/19) em que as minhas conclusões são apresentadas hoje. Estes processos baseiam-se em pedidos de decisão prejudicial espanhóis, italianos e romenos e também têm por objeto questões semelhantes e potencialmente sensíveis relativas ao alcance da obrigação do órgão jurisdicional nacional de conhecer *ex officio* do caráter abusivo das cláusulas contratuais em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça que interpreta a Diretiva 93/13 e a articulação com certos princípios do direito processual nacional, incluindo o princípio da *res judicata*.

4. Consequentemente, o presente processo dá ao Tribunal de Justiça a oportunidade de desenvolver a sua jurisprudência sobre a Diretiva 93/13, de esclarecer questões relativas à *res judicata* e à preclusão no âmbito da fiscalização judicial do caráter abusivo das cláusulas contratuais nos termos desta diretiva.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 dispõe:

«Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.»

6. O artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 tem a seguinte redação:

«Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.»

B. Direito espanhol

7. O artigo 136.º da Ley de Enjuiciamiento Civil (a seguir «Código de Processo Civil») dispõe:

«Findo o prazo ou após a data prevista para a realização de um ato processual, o direito de o realizar caduca e perde-se a oportunidade de realizar o ato em causa. O secretário confirmará o termo do prazo, ordenará as medidas que lhe compete adotar ou avisará o órgão jurisdicional para que este decida como lhe compete.»

8. O artigo 222.º do Código de Processo Civil dispõe:

«1. O trânsito em julgado das sentenças finais, que deem ou neguem provimento, exclui, nos termos da lei, um processo posterior cujo objeto seja idêntico ao do processo em que a sentença foi proferida.

2. O trânsito em julgado abrange os pedidos deduzidos na ação principal e na reconvenção, bem como os pontos referidos no artigo 408.º, n.ºs 1 e 2, da presente lei.

Consideram-se factos novos e distintos em relação ao fundamento dos referidos pedidos, os factos posteriores ao termo do prazo de apresentação dos articulados no processo em que esses pedidos foram deduzidos.

3. O trânsito em julgado estende-se às partes do processo em que tenha sido proferida a decisão, aos seus herdeiros e sucessores legítimos, bem como aos que, sem serem parte no processo, sejam titulares de direitos que fundamentem a legitimidade ativa das partes em conformidade com o previsto no artigo 11.º da presente lei.

[…]

4. A sentença transitada em julgado que ponha termo ao processo vincula o tribunal a que seja submetido um processo posterior se for o antecedente lógico do seu objeto, quando as partes nos dois processos forem as mesmas ou a decisão transitada em julgado as abranja por disposição legal.»

9. O artigo 552.º do Código de Processo Civil dispõe:

«1. Se o tribunal considerar que os termos e condições exigidos por lei não se encontram preenchidos para efeitos de ordenar a execução, deve emitir um despacho de indeferimento da execução.

O Tribunal fiscaliza oficiosamente se uma cláusula de um dos títulos executivos referidos no artigo 557.º, n.º 1, pode ser qualificada de abusiva. Caso considere que uma das cláusulas pode ser qualificada como tal, ouve as partes no prazo de quinze dias. Ouvidas as partes, pronuncia-se nos cinco dias úteis seguintes, em conformidade com o previsto no artigo 561.º, n.º 1, ponto 3.»

10. O artigo 557.º do Código de Processo Civil dispõe:

«1. Quando a execução seja ordenada com base nos títulos referidos no artigo 517.º, n.º 2, pontos 4, 5, 6 e 7, bem como noutros documentos com força executiva previstos no artigo 517.º, n.º 2, ponto 9, o executado só pode deduzir oposição, no prazo e na forma previstos no artigo anterior, se invocar um dos fundamentos seguintes:

[…]

7.ª O título executivo contém cláusulas abusivas.»

11. O artigo 695.º do Código de Processo Civil dispõe:

«1. Nos processos a que se refere este capítulo só será admitida a oposição do executado quando baseada nos seguintes fundamentos:

[…]

4.ª o caráter abusivo de uma cláusula contratual que constitua o fundamento da execução ou que tenha servido de base à determinação da quantia exequenda.»

III. Factos, tramitação do processo e questões prejudiciais

12. Segundo o despacho de reenvio, em 6 de maio de 2005, a instituição financeira Ibercaja Banco, S.A. (a seguir «Ibercaja Banco») celebrou com PO e MA, na qualidade de consumidores, um contrato de mútuo no montante de 198 400 euros, reembolsável antes de 31 de maio de 2040, e que foi garantido por uma hipoteca sobre uma casa unifamiliar avaliada em 299 290 euros.

13. A taxa de juro anual nominal para o mútuo foi fixada em 2,75 % até 30 de novembro de 2005. A partir dessa data, a cláusula 3 *bis* do contrato previa que os juros fossem calculados a uma taxa de juro variável e que o diferencial mínimo aplicável à taxa de juro não pudesse ser inferior a 0,5 % (a seguir «cláusula de taxa mínima»). Nos termos da cláusula 6.ª do contrato, a taxa de juro de mora nominal anual foi fixada em 19 %. Além disso, a cláusula 6 *bis* do contrato estipulava que a Ibercaja Banco poderia exigir o montante total do empréstimo em caso de incumprimento no pagamento de qualquer montante devido (a seguir «cláusula de vencimento antecipado»).

14. Em 30 de dezembro de 2014, a Ibercaja Banco apresentou um pedido de execução hipotecária contra PO e MA na sequência do não pagamento de cinco prestações mensais relativas ao mútuo, de 31 de maio de 2014 a 31 de outubro de 2014. Reclamou o montante de 164 676,53 euros correspondente ao capital e juros devidos e não pagos em 5 de novembro de 2014, acrescido do montante de 49 402 euros, calculado provisoriamente, sem prejuízo de um ajustamento subsequente dos juros de mora, à taxa nominal anual de 12 % desde o encerramento da conta em 5 de novembro de 2014 até ao pagamento integral.

15. Em 26 de janeiro de 2015, foi proferido um despacho de execução contra PO e MA, notificando-os para o pagamento e conferindo o prazo de dez dias para apresentação de oposição à execução. No mesmo dia, a Secretaria Judicial oficiou ao Registo Predial para emissão de certidão do imóvel, com constância da titularidade e demais direitos reais sobre o imóvel, bem como da confirmação da hipoteca a favor da Ibercaja Banco. PO e MA não deduziram oposição à execução.

16. Na sequência da notificação da morte de PO, por carta de 14 de dezembro de 2015, SP e JK foram habilitados como possíveis herdeiros legais por Despacho de 9 de junho de 2016.

17. Posteriormente, na sequência de hasta pública que ficou deserta, a Ibercaja Banco adjudicou o imóvel hipotecado pelo montante de 179 574 euros e cedeu esse imóvel à sociedade Residencial Murillo, S.A., que apresentou comprovativo do pagamento do referido montante.

18. Em 25 de outubro de 2016, a Ibercaja Banco requereu a liquidação de custos avaliados em 2 888,19 euros, juntamente com os juros que foram calculados em 32 538,28 euros por aplicação de uma taxa de 12 %, tal como previsto na 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; a seguir «Lei 1/2013») [3]. As partes contra as quais foi pedida a execução foram notificadas do facto. Por Despacho de 13 de dezembro de 2016, foi aceite a avaliação dos custos no montante especificado.

[3] BOE n.º 116, 15 de maio de 2013, p. 36373.

19. Em 9 de novembro de 2016, MA apresentou oposição ao cálculo dos juros, com o fundamento de que as cláusulas 3 *bis* e 6.º do contrato, relativas à cláusula de taxa mínima e aos juros de mora, eram abusivas.

20. Por Despacho de 8 de março de 2017, o Juzgado de Primera Instancia No 2 de Zaragoza (Tribunal de Primeira Instância n.º 2, Saragoça, Espanha; a seguir «Tribunal de Primeira Instância») decidiu conhecer do eventual caráter abusivo das cláusulas do contrato que constituem o fundamento do despacho de execução, após ter concluído que a cláusula de vencimento antecipado que figura na cláusula 6 *bis* do contrato podia ser abusiva. As partes foram convidadas a apresentar as suas observações sobre o assunto e a eventual suspensão do processo. A Ibercaja Banco opôs-se a essa suspensão e alegou, nomeadamente, que não era oportuno declarar as cláusulas abusivas, uma vez que o bem tinha sido transferido e que a avaliação dos custos tinha sido aceite.

21. Por Despacho de 19 de abril de 2017, o Tribunal de Primeira Instância suspendeu a instância até à decisão de uma questão prejudicial submetida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha; a seguir «Supremo Tribunal») sobre vencimento antecipado e juros de mora. A Ibercaja Banco recorreu deste despacho e a suspensão foi levantada pela Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça; a seguir «Audiência Provincial»), que ordenou que fosse dado seguimento ao processo.

22. Por Despacho de 20 de novembro de 2017, o Tribunal de Primeira Instância considerou abusiva a cláusula de vencimento antecipado constante da cláusula 6 *bis* do contrato e a execução foi suspensa. A Ibercaja Banco interpôs recurso desse despacho, ao qual MA se opôs.

23. Por Despacho de 28 de março de 2018, a Audiência Provincial revogou esse despacho, permitindo que fosse dado seguimento ao processo com o fundamento de que não era possível conhecer do caráter abusivo de determinadas cláusulas, uma vez que o contrato tinha produzido os seus efeitos, a garantia tinha sido executada sem que o consumidor tivesse exercido os seus direitos e o direito de propriedade tinha sido transferido, o que deveria ser respeitado em conformidade com o princípio da segurança jurídica das relações de propriedade já estabelecidas.

24. Por Despacho de 31 de julho de 2018, o Tribunal de Primeira Instância julgou improcedente a impugnação de MA relativa à liquidação de juros que tinham sido fixados em 32 389,89 euros tendo em conta que o processo tinha tido início depois da Lei 1/2013 e não se tinha verificado qualquer incidente de oposição, pelo que não havia lugar, em virtude do efeito da *res judicata*, à apreciação do possível caráter abusivo das cláusulas.

25. MA interpôs recurso deste despacho na Audiência Provincial, ao qual a Ibercaja Banco deduziu oposição.

26. O órgão jurisdicional de reenvio explica que existe, no direito nacional, uma distinção entre o processo declarativo, que envolve a delimitação dos direitos entre as partes, e o processo executivo, com base num título executivo, incluindo os contratos dos quais resulta uma obrigação, por parte do devedor, de pagar ao credor uma prestação pecuniária, vencida, exigível e líquida. Neste contexto, o efeito da *res judicata* não existe apenas relativamente ao que se decide num processo relativo ao mérito da causa, mas também a questões que poderiam ter sido suscitadas, mas não foram, que é o efeito da preclusão. Especificamente, o direito nacional prevê que, em processos executivos ordinários, nos termos do artigo 557.º, n.º 1, ponto 7, do Código de Processo Civil, tal como em processos especiais hipotecários, nos termos do artigo 695.º, n.º 1,

ponto 4, um consumidor pode deduzir oposição a fim de alegar o caráter abusivo das cláusulas contratuais que podem servir de base ao despacho de execução e que, de acordo com o artigo 552.º, n.º 1, desse código, um órgão jurisdicional nacional a que foi submetido o processo executivo é obrigado a proceder a uma fiscalização oficiosa inicial sobre o caráter abusivo de tais cláusulas antes da emissão do referido despacho. Essa fiscalização inicial envolve uma avaliação negativa, de modo que apenas são apreciadas as cláusulas que o tribunal considerar abusivas, iniciando-se, neste caso, um processo *inter partes* que levará ao julgamento do caráter abusivo de tais cláusulas. Quanto às outras cláusulas, quando passam na fiscalização inicial, o tribunal não apresentará qualquer fundamentação, pelo que não há qualquer decisão explícita de que sejam válidas, embora a fiscalização inicial implique que o sejam, que foi o que ocorreu no presente processo.

27. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas de que a legislação nacional relativa à *res judicata* e à preclusão no âmbito da fiscalização negativa do caráter abusivo das cláusulas contratuais nos processos executivos seja coerente com as exigências da Diretiva 93/13, nomeadamente com a regra segundo a qual as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, enunciada no seu artigo 6.º, n.º 1, conforme interpretado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [4]. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal [5], se o prazo para oposição à execução tiver decorrido, o efeito da *res judicata* e da preclusão aplicam-se no que respeita aos fundamentos relativos às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Considerando que a preclusão é aceite na jurisprudência do Tribunal de Justiça, na hipótese de o consumidor, enquanto 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 tribunal, oficiosamente, como o devedor, de voltar a analisar o que já foi analisado ou a opor o que podia ter sido oposto e não foi.

28. O órgão jurisdicional de reenvio refere então que existem 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 à luz da Diretiva 93/13. Nos termos do direito nacional, o processo especial de execução hipotecária tem como objetivo o acionamento da garantia real, a hipoteca, para a satisfação do crédito do credor, cujos efeitos são produzidos quando, por hasta pública, o bem hipotecado é transmitido a um terceiro. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça [6], uma vez que o bem já não pode ser reivindicado, o tribunal não pode apreciar a questão de saber se o contrato de mútuo contém cláusulas abusivas, enquanto que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, Espanha; a seguir «Tribunal Constitucional») [7], a preclusão só ocorre se o caráter abusivo de uma cláusula tiver sido expressamente invocado pelo devedor ou pelo tribunal em fiscalização oficiosa. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, portanto, se é possível, mesmo após a transmissão do bem, mas antes de o devedor ter perdido a posse do imóvel, fiscalizar esse caráter abusivo que pode tornar inválido todo o processo executivo.

[4] O órgão jurisdicional de reenvio refere os Acórdãos de 29 de outubro de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), e de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60).

[5] O órgão jurisdicional de reenvio refere, nomeadamente, os Acórdãos de 27 de setembro de 2017 (n.º 526/2017), e de 13 de novembro de 2018 (n.º 628/2018).

[6] O órgão jurisdicional de reenvio refere os Acórdãos de 14 de março de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), e de 7 de dezembro de 2017, Banco Santander (C-598/15, EU:C:2017:945).

[7] O órgão jurisdicional de reenvio refere o Acórdão de 28 de fevereiro de 2019 (n.º 31/2019).

29. Foi nestas circunstâncias que a Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes 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?»

30. Apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça os Governos espanhol e italiano e a Comissão.

31. Em 26 de abril de 2021, realizou-se uma audiência conjunta com o processo C-869/19, na qual a Ibercaja Banco, os Governos espanhol e italiano e a Comissão apresentaram alegações orais.

IV. Síntese das observações das partes

32. A Ibercaja Banco alega que, com base no Acórdão de 7 de dezembro de 2017, Banco Santander [8], se deve responder à quarta questão no sentido de que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 não se aplica aos processos nacionais em que a hipoteca já tenha sido executada, o bem vendido e os direitos reais relativos a esse bem transmitidos a um terceiro. Afirma que é desnecessário responder às três primeiras questões e, em qualquer caso, no que respeita à segunda questão, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 não se opõe a normas nacionais que estabelecem prazos para que os consumidores suscitem a questão do caráter abusivo das cláusulas contratuais quando essas normas respeitem os princípios da equivalência e da efetividade, como sucede no presente processo.

33. A Ibercaja Banco sustenta que, no que respeita à primeira e à terceira questões, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, interpretado à luz dos princípios da equivalência e da efetividade, não se opõe a um regime nacional que obriga o órgão jurisdicional a proceder a uma fiscalização negativa oficiosa do caráter abusivo das cláusulas contratuais e que depois o impede de proceder a uma fiscalização posterior das mesmas cláusulas se não houver novos elementos de facto ou de direito. Na sua opinião, obrigar o órgão jurisdicional a fundamentar uma decisão quando as cláusulas não são abusivas vai além do que é exigido pelo princípio da efetividade. Acrescenta que permitir que um consumidor que não invocou o caráter abusivo das cláusulas contratuais no processo executivo inicie um processo declarativo posterior com o mesmo fundamento seria contrário à *res judicata* e à preclusão.

34. O Governo espanhol reformula as questões prejudiciais em três. Em primeiro lugar, o artigo 6.º e o artigo 7.º da Diretiva 93/13 não se opõem a uma legislação nacional que, tendo previsto uma fiscalização oficiosa pelo órgão jurisdicional e uma oposição pelo consumidor no processo de execução hipotecária, não permite que a fiscalização do caráter abusivo das cláusulas se estenda para além da adoção da decisão quanto ao momento de transmissão do bem a um terceiro. Invoca o Acórdão Banco Santander [9] e o facto de que tal alcance da fiscalização oficiosa teria consequências negativas para terceiros e comprometeria a segurança jurídica. Em segundo lugar, o artigo 6.º e o artigo 7.º da Diretiva 93/13 não se opõem a uma legislação nacional que não permite a fiscalização do caráter abusivo uma vez proferida uma decisão transitada em julgado, tendo expirado todos os prazos previstos para a fiscalização oficiosa do órgão jurisdicional ou a pedido do consumidor, e já existindo os elementos de facto e de direito no momento em que o consumidor poderia ter pedido tal fiscalização e o órgão jurisdicional deveria tê-la efetuado. Este processo difere do Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus [10], e a *res judicata* e a preclusão impedem uma fiscalização *ad infinitum* do caráter abusivo que não é justificada pela Diretiva 93/13.

35. O Governo espanhol argumenta, em terceiro lugar, que o artigo 7.º da Diretiva 93/13 não se opõe a uma prática nacional segundo a qual o órgão jurisdicional que efetua uma fiscalização oficiosa só lhe faz referência explícita quando considera que uma cláusula pode ser considerada abusiva, desde que seja garantida uma fiscalização completa pelo órgão jurisdicional. Como sublinhou na audiência, a Diretiva 93/13 não exige que o órgão jurisdicional apresente razões explícitas e, uma vez que existe uma fiscalização completa, o caráter abusivo de uma cláusula não pode ser invocado pelo consumidor em processos declarativos posteriores.

8 C-598/15, EU:C:2017:945 (a seguir «Acórdão Banco Santander»).

9 Acórdão de 7 de dezembro de 2017 (C-598/15, EU:C:2017:945).

10 C-421/14, EU:C:2017:60 (a seguir «Acórdão Banco Primus»).

36. O Governo italiano não toma posição sobre a primeira questão. Na sua opinião, no que respeita à segunda e à terceira questões, que devem ser analisadas em conjunto, decorre do Acórdão Banco Primus [11], que, uma vez transitada em julgado a decisão, nem o órgão jurisdicional nem o consumidor podem invocar o caráter abusivo das cláusulas que poderia ter sido suscitado anteriormente. Quanto à quarta questão, tendo em conta o Acórdão Banco Santander [12], o contrato não pode ser invocado para impedir o reconhecimento dos direitos de propriedade do proprietário sobre o bem hipotecado. Como salientou na audiência, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 aplica-se dentro dos limites estabelecidos pelos sistemas jurídicos nacionais, o que pressupõe o cumprimento das normas nacionais, nomeadamente relativas à *res judicata*.

37. A Comissão considera que se deve responder conjuntamente às três primeiras questões no sentido de que o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, interpretados à luz do princípio da efetividade, se opõem a uma legislação nacional que, em virtude da preclusão, define um ponto do processo a partir do qual o consumidor já não pode invocar o caráter abusivo das cláusulas contratuais, quando a fiscalização efetuada oficiosamente pelo tribunal numa fase anterior não tenha sido documentada ou fundamentada. Como alegou na audiência, uma fiscalização puramente implícita é insuficiente para garantir a efetividade da Diretiva 93/13, uma vez que não existe garantia de que tenha sido feita e o consumidor não poderá compreender as razões dessa decisão ou opor-se eficazmente à sua execução; nem será possível que um tribunal se pronuncie em sede de recurso.

38. A Comissão alega que, no que diz respeito à quarta questão, o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, interpretados à luz do princípio da efetividade, não se opõem às normas nacionais que preveem que o processo de execução hipotecária se torne *res judicata* quando o devedor é despejado, mas excluem normas nacionais que não permitam aos consumidores cujos bens tenham sido objeto de processos de execução hipotecária, nos quais os seus direitos são protegidos em processos sumários com fiscalização judicial limitada, fazer valer os seus direitos em processos declarativos posteriores para pedir indemnizações, o que parece estar de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional [13]. Como sublinhou na audiência, uma vez efetuada a transmissão de propriedade, os consumidores devem poder ter acesso a tais processos para fazerem valer os seus direitos com base na Diretiva 93/13.

V. Análise

39. Com as três primeiras questões, que devem ser abordadas conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 se opõem a uma legislação nacional que, em virtude do efeito da *res judicata* e da preclusão, não permite ao órgão jurisdicional conhecer oficiosamente do caráter abusivo das cláusulas contratuais nos processos de execução hipotecária e, após o termo do prazo para deduzir oposição, nem permite ao consumidor suscitar a questão do caráter abusivo das cláusulas contratuais nesses processos ou em processos declarativos posteriores, quando essas cláusulas tenham sido objeto de uma fiscalização judicial oficiosa inicial que não foi explicitamente refletida na decisão que autoriza a execução hipotecária.

[11] Acórdão de 26 de janeiro de 2017 (C-421/14, EU:C:2017:60).

[12] Acórdão de 7 de dezembro de 2017 (C-598/15, EU:C:2017:945).

[13] A Comissão refere-se, nomeadamente, ao Acórdão de 18 de dezembro de 1981 (n.º 41/1981), e ao Despacho de 19 de julho de 2011 (n.º 113/2011).

40. Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, em que momento o processo de execução hipotecária é considerado concluído no que respeita à fiscalização judicial do caráter abusivo das cláusulas contratuais, oficiosa ou a pedido da parte contra a qual a execução é requerida, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, a saber, se esse momento corresponde à fase em que a garantia hipotecária foi executada, o bem hipotecado vendido e os direitos de propriedade desse bem transferidos, ou se tal fiscalização é possível mesmo depois de o bem ter sido transferido até ao momento em que o devedor é despejado do imóvel, o que pode resultar na anulação do processo de execução hipotecária ou afetar as condições em que o leilão do bem teve lugar.

41. Como resulta do despacho de reenvio, estas questões decorrem das disposições processuais relativas aos processos de execução hipotecária, tal como estabelecidas no direito espanhol, segundo as quais, na primeira fase do processo, o órgão jurisdicional é obrigado a conhecer oficiosamente do caráter abusivo das cláusulas contidas no contrato de mútuo hipotecário que constitui a base do despacho de execução, e que implica uma fiscalização negativa, o que significa que o tribunal não apresenta qualquer fundamentação relativamente às cláusulas que não sejam consideradas abusivas na decisão que autoriza a execução hipotecária. Consequentemente, o órgão jurisdicional está impedido de suscitar o caráter abusivo das cláusulas numa fase posterior do processo, e o consumidor, enquanto devedor, que não deduzir oposição à execução dentro do prazo estabelecido, está impedido de suscitar esse caráter abusivo no mesmo processo ou em processos declarativos posteriores. Além disso, os efeitos jurídicos do processo concretizaram-se quando a hipoteca foi executada, os bens hipotecados vendidos e os direitos de propriedade sobre esses bens transferidos para um terceiro, o que ocorreu no presente processo.

42. Com vista a responder a estas questões, começarei por analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça no que respeita à fiscalização oficiosa das cláusulas abusivas pelos órgãos jurisdicionais nacionais ao abrigo da Diretiva 93/13 (secção A). Examinarei, em seguida, a aplicação dos princípios desenvolvidos nessa jurisprudência às três primeiras questões (secção B) e à quarta questão (secção C) [14].

A. Jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça sobre fiscalização oficiosa do caráter abusivo das cláusulas contratuais pelos órgãos jurisdicionais nacionais

43. O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 impõe aos Estados-Membros que estabeleçam que as cláusulas abusivas utilizadas nos contratos celebrados com os consumidores não vinculem o consumidor [15]. O artigo 7.º, n.º 1, desta diretiva, lido em conjugação com o seu vigésimo quarto considerando, impõe aos Estados-Membros que prevejam os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização continuada das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [16]. Embora estas disposições tenham dado origem a uma vasta jurisprudência, delinearei os princípios aplicáveis que resultam dessa jurisprudência relativamente à existência e ao alcance do dever de o órgão jurisdicional nacional fiscalizar oficiosamente o caráter abusivo das cláusulas contratuais que são mais pertinentes para a minha análise do presente processo.

[14] A este respeito, parece-me que, ao contrário do que a Ibercaja Banco e o Reino de Espanha sugerem, não há razão para reformular ou afastar-me da ordem das questões apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

[15] V. Acórdão de 27 de janeiro de 2021, Dexia Nederland (C-229/19 e C-289/19, EU:C:2021:68, n.º 57). V., também, o vigésimo primeiro considerando da Diretiva 93/13. Como o Tribunal de Justiça reconheceu, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 é uma disposição imperativa que se destina a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e as obrigações dos contratantes por um equilíbrio real suscetível de restabelecer a igualdade entre eles. V. Acórdão de 11 de março de 2020, Lintner (C-511/17, EU:C:2020:188, n.º 24).

[16] V. Acórdão de 9 de julho de 2020, Raiffeisen Bank e BRD Groupe Societé Générale (C-698/18 e C-699/18, EU:C:2020:537, n.º 52).

1. Existência do dever de fiscalização oficiosa do órgão jurisdicional nacional

44. Segundo jurisprudência constante, o sistema de proteção implementado pela Diretiva 93/13 assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas [17]. A fim de assegurar a proteção pretendida pela Diretiva 93/13, a situação de desequilíbrio entre o consumidor e o profissional só pode ser compensada por uma intervenção positiva, exterior às partes no contrato [18]. Assim, à luz da natureza e importância do interesse público subjacente à proteção que a Diretiva 93/13 confere aos consumidores, o órgão jurisdicional nacional deve conhecer oficiosamente, desde que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito, do caráter abusivo de uma cláusula contratual e, deste modo, sanar o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional [19].

2. Alcance do dever de fiscalização oficiosa do órgão jurisdicional nacional

45. Segundo jurisprudência igualmente constante, a Diretiva 93/13 obriga os Estados-Membros a preverem um mecanismo que garanta que qualquer cláusula contratual que não tenha sido negociada individualmente possa ser fiscalizada para apreciar o seu caráter eventualmente abusivo [20]. O Tribunal de Justiça também sublinhou que as características específicas dos processos judiciais que decorrem no âmbito do direito nacional entre consumidores e profissionais não podem constituir um elemento suscetível de afetar a proteção jurídica de que os consumidores devem beneficiar ao abrigo da Diretiva 93/13 [21]. A este respeito, os processos nacionais de execução, como os processos de execução hipotecária, estão sujeitos às exigências induzidas pela sua jurisprudência constante que visa a proteção efetiva dos consumidores [22].

46. Embora o Tribunal de Justiça tenha enquadrado, sob vários aspetos, e tendo em conta as exigências do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, a maneira como os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar a proteção dos direitos que decorrem dessa diretiva para os consumidores, não deixa de ser verdade que, na falta de harmonização na União, as normas que regem os procedimentos aplicáveis ao exame do caráter alegadamente abusivo de uma cláusula contratual são abrangidos pela ordem jurídica interna dos Estados-Membros, desde que não sejam menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes submetidas ao direito interno (princípio da equivalência) e de não tornarem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos consumidores pelo direito da União (princípio da efetividade) [23].

47. No que diz respeito ao princípio da efetividade, o Tribunal de Justiça declarou que cada caso em que se coloque a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União deve ser analisado tendo em conta o lugar

17 V. Acórdãos de 27 de junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, n.º 25), e de 26 de março de 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia (C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, n.º 49).

18 V. Acórdãos de 9 de novembro de 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, n.º 48), e de 11 de março de 2020, Lintner (C-511/17, EU:C:2020:188, n.º 25).

19 V. Acórdãos de 4 de junho de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, n.ºs 31 e 32), e de 4 de junho de 2020, Kancelaria Medius (C-495/19, EU:C:2020:431, n.º 37).

20 V. Acórdão de 3 de março de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138, n.º 44).

21 V. Acórdão de 21 de abril de 2016, Radlinger e Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, n.º 50).

22 V. Acórdão de 29 de outubro de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731, n.º 20).

23 V. Acórdão de 26 de junho de 2019, Kuhar (C-407/18, EU:C:2019:537, n.ºs 45 e 46).

dessa disposição no processo, visto como um todo, bem como, sendo caso disso, os princípios que estão na base do sistema jurisdicional nacional, como a proteção dos direitos de defesa, o princípio da segurança jurídica e a boa tramitação do processo [24]. A este respeito, o Tribunal de Justiça reconheceu que o respeito pelo princípio da efetividade não pode implicar o suprimento integral da passividade total do consumidor [25].

48. Em especial, o Tribunal de Justiça declarou que uma proteção efetiva dos direitos que essa diretiva confere ao consumidor só pode ser garantida se o sistema processual nacional permitir, no contexto do procedimento de injunção de pagamento ou do processo de execução da mesma, uma fiscalização oficiosa da natureza potencialmente abusiva das cláusulas contidas no contrato em causa [26]. Assim, na hipótese de não estar prevista nenhuma fiscalização oficiosa por parte de um órgão jurisdicional nacional, na fase de execução da injunção de pagamento, uma legislação nacional é considerada suscetível de violar a efetividade da proteção pretendida pela Diretiva 93/13 se não previr essa fiscalização na fase da emissão da injunção ou, quando essa fiscalização apenas esteja prevista na fase de dedução da oposição contra a injunção emitida, se existir um risco não negligenciável de que os consumidores não deduzam a oposição exigida [27]. A Diretiva 93/13 opõe-se, por conseguinte, a que uma legislação nacional permita que uma injunção de pagamento seja emitida sem que o consumidor esteja em condições de beneficiar, a qualquer momento do processo, da garantia de que a fiscalização da inexistência de uma cláusula abusiva no contrato em causa seja feita pelo juiz [28].

49. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu que a proteção do consumidor não é absoluta e que o direito da União não obriga um órgão jurisdicional nacional a afastar a aplicação de normas processuais internas que, designadamente, confiram caso julgado a uma decisão, mesmo que isso permita sanar uma violação de uma disposição, seja de que natureza for, contida na Diretiva 93/13 [29]. Com efeito, o Tribunal de Justiça salientou a importância, tanto na ordem jurídica da União como nas ordens jurídicas nacionais, do princípio da *res judicata*, e que, para garantir tanto a estabilidade do direito e das relações jurídicas como uma boa administração da justiça, as decisões judiciais que se tornaram definitivas após o esgotamento das vias de recurso disponíveis ou depois de decorridos os prazos previstos para tais recursos já não possam ser postas em causa [30]. Do mesmo modo, por razões de segurança jurídica, a fixação de prazos razoáveis de recurso sob pena de caducidade é compatível com o direito da União [31]. No entanto, a legislação nacional não pode afetar a substância do direito que assiste aos consumidores ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, de não estarem vinculados por cláusulas abusivas [32].

50. Por exemplo, no Acórdão de 29 de outubro de 2015, BBVA [33], o Tribunal de Justiça declarou, em substância, que, os artigos 6.º e 7.º da Diretiva 93/13, lidos à luz do princípio da efetividade, se opunham às normas transitórias previstas na Lei 1/2013, nas quais foi concedido um prazo especial de um mês para deduzir oposição baseada no caráter abusivo de cláusulas contratuais no

[24] V. Acórdão de 22 de abril de 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, n.º 53).

[25] V. Acórdão de 1 de outubro de 2015, ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637, n.º 62).

[26] V. Acórdão de 13 de setembro de 2018, Profi Credit Polska (C-176/17, EU:C:2018:711, n.º 44).

[27] V. Acórdão de 20 de setembro de 2018, Danko e Danková (C-448/17, EU:C:2018:745, n.º 46 e n.º 2 do dispositivo).

[28] V. Acórdão de 20 de setembro de 2018, Danko e Danková (C-448/17, EU:C:2018:745, n.º 49).

[29] V. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Gutiérrez Naranjo e o. (C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, n.º 68).

[30] V. Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, n.º 46).

[31] V. Acórdão de 22 de abril de 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, n.º 57).

[32] V. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Gutiérrez Naranjo e o. (C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, n.º 71).

[33] C-8/14, EU:C:2015:731, n.ºs 27 a 42.

âmbito de um processo de execução hipotecária, uma vez que existia um risco significativo de que o referido prazo expirasse sem que os consumidores em causa pudessem exercer efetivamente os seus direitos no que respeita à Diretiva 93/13.

51. Além disso, no Acórdão de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones [34], o Tribunal de Justiça declarou, nomeadamente, que as regras nacionais que impõem um prazo de dois meses, no termo do qual, na falta de recurso de anulação, uma decisão arbitral se tornou definitiva e assim adquiriu *res judicata*, eram conformes ao princípio da efetividade, sublinhando que este princípio não pode ir ao ponto de suprir plenamente a inércia total de um consumidor que não intentou qualquer ação para fazer valer os seus direitos.

52. Em contrapartida, no Acórdão de 18 de fevereiro de 2016, Finanmadrid EFC [35], uma legislação nacional que previa o princípio da *res judicata* no âmbito do procedimento de injunção de pagamento era contrária ao princípio da efetividade, dado que a decisão da autoridade que põe termo ao procedimento de injunção de pagamento se tornou definitiva, o que impossibilitou a fiscalização do caráter abusivo das cláusulas contratuais pelo simples facto de o consumidor não ter deduzido oposição no prazo fixado e de existir um risco não negligenciável de o consumidor não o fazer.

53. Há também que precisar que, no Acórdão Banco Primus [36], que se inseria no contexto de uma oposição a um processo de execução hipotecária deduzida pelo consumidor, o Tribunal de Justiça declarou que a Diretiva 93/13 não se opõe a uma legislação nacional que proíbe o juiz nacional de reapreciar oficiosamente o caráter abusivo das cláusulas de um contrato, se já tiver sido proferida uma decisão revestida de *res judicata* sobre a legalidade de todas as cláusulas desse contrato à luz desta diretiva. No entanto, segundo o Tribunal de Justiça, havendo uma ou mais cláusulas contratuais cujo caráter eventualmente abusivo não tenha sido examinado em sede de uma anterior fiscalização jurisdicional do contrato controvertido encerrada por uma decisão revestida de *res judicata*, a Diretiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que o juiz nacional, junto do qual o consumidor deduziu regularmente um incidente de oposição, é obrigado a apreciar, a pedido das partes ou oficiosamente, o caráter eventualmente abusivo dessas cláusulas, desde que disponha dos elementos jurídicos e fácticos necessários para o efeito. Na falta dessa fiscalização, a proteção dos consumidores ao abrigo desta diretiva é incompleta e insuficiente.

54. Por conseguinte, resulta da jurisprudência precedente que os Estados-Membros não são obrigados, por força da Diretiva 93/13, a adotar um sistema processual especial de fiscalização jurisdicional das cláusulas abusivas, desde que respeitem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União, em especial os princípios da equivalência e da efetividade, e, portanto, assegurem que existe uma fiscalização, conduzida por um órgão jurisdicional nacional, do caráter abusivo de qualquer cláusula contratual, independentemente do procedimento. Deve haver uma fiscalização oficiosa das cláusulas abusivas, quer pelo primeiro juiz do processo, quer pelo segundo juiz, chamado a pronunciar-se sobre a execução ou o mérito, suscetível de ser desencadeada pelo consumidor, desde que não exista um risco significativo de que a via processual específica não seja empreendida pelo consumidor, pondo assim termo à possibilidade de fiscalização jurisdicional das cláusulas abusivas em conformidade com a Diretiva 93/13.

34 C-40/08, EU:C:2009:615, n.os 34 a 48.

35 C-49/14, EU:C:2016:98, n.os 45 a 55.

36 V. Acórdão de 26 de janeiro de 2017 (C-421/14, EU:C:2017:60, n.os 49 a 54).

55. Além disso, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora a proteção do consumidor não seja absoluta, o princípio da *res judicata* também não o é. Como ilustram os acórdãos mencionados nos n.os 50 a 53 das presentes conclusões, o Tribunal de Justiça adota uma abordagem equilibrada no que respeita à articulação entre as regulamentações nacionais em matéria de *res judicata* e de preclusão e as exigências da Diretiva 93/13, ao mesmo tempo que garantem que essas regras não violam o sistema de proteção dos consumidores instituído por esta diretiva. Em especial, embora o Acórdão Banco Primus não se pronuncie diretamente sobre o alcance da fiscalização negativa das cláusulas abusivas que decorrem do presente processo, a importância atribuída pelo Tribunal de Justiça à necessidade de uma apreciação definitiva do caráter abusivo das cláusulas contratuais numa decisão revestida de *res judicata* permite considerar que uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, é contrária à Diretiva 93/13. Voltarei a esta questão mais à frente na minha análise (v. n.º 62 das presentes conclusões).

56. É à luz destes princípios, desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que é necessário examinar as questões submetidas no presente processo.

B. Questões 1 a 3

57. Importa recordar do n.º 39 das presentes conclusões que as primeiras três questões têm por objeto, em substância, o efeito da *res judicata* e da preclusão sobre a fiscalização oficiosa pelo tribunal de execução do caráter abusivo das cláusulas contratuais que foram objeto de uma fiscalização oficiosa inicial que não foi explicitamente refletida na decisão que autoriza a execução hipotecária.

58. Antes de mais, importa salientar que, contrariamente aos argumentos apresentados pela Comissão de que o presente processo diz respeito à preclusão e não ao princípio da *res judicata*, resulta do despacho de reenvio que o órgão jurisdicional de reenvio considera que o efeito da *res judicata* e a preclusão resultantes da legislação nacional em apreço estão em causa no presente processo. Segundo jurisprudência constante, o órgão jurisdicional nacional tem competência exclusiva para interpretar e aplicar o direito nacional [37].

59. Além disso, não há indicações no presente processo que possam suscitar dúvidas quanto ao princípio da equivalência. Por conseguinte, há que examinar apenas se a legislação nacional em causa é conforme com o princípio da efetividade.

60. Em minha opinião, existem fortes indícios, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, de que o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, interpretados à luz do princípio da efetividade, se opõem à legislação nacional em causa.

61. A este respeito, parece-me que a fiscalização do eventual caráter abusivo das cláusulas contratuais nos termos da Diretiva 93/13 deve ser objeto de uma apreciação explícita e suficientemente fundamentada pelo órgão jurisdicional nacional. Como ilustram as circunstâncias do presente processo, a legislação nacional em causa tem como consequência que se considera ter havido uma fiscalização oficiosa, mesmo que não existam quaisquer vestígios dessa fiscalização na decisão do órgão jurisdicional. A meu ver, tal como indicado pela Comissão, se a fiscalização do caráter abusivo das cláusulas contratuais não for fundamentada na decisão que autoriza a execução hipotecária, o consumidor não estará em condições de compreender ou

[37] V. Acórdão de 9 de julho de 2020, Raiffeisen Bank e BRD Groupe Societé Générale (C-698/18 e C-699/18, EU:C:2020:537, n.º 46).

analisar os fundamentos dessa decisão ou, se for caso disso, de se opor eficazmente à execução. Também não será possível a um órgão jurisdicional nacional, a quem eventualmente seja submetido um recurso, decidir. A este respeito, o Tribunal de Justiça deixou claro que, na falta de fiscalização eficaz do caráter potencialmente abusivo das cláusulas contratuais, o respeito dos direitos conferidos pela Diretiva 93/13 não pode ser garantido [38].

62. O Acórdão Banco Primus confirma a pertinência desta abordagem [39]. Conforme mencionado no n.º 53 das presentes conclusões, o Tribunal de Justiça declarou incompatível com a Diretiva 93/13 uma legislação nacional que estendeu os efeitos da *res judicata* a cláusulas sobre as quais o órgão jurisdicional nacional não se tinha pronunciado definitivamente. O Tribunal de Justiça presume, portanto, que, se o órgão jurisdicional nacional não tiver apreciado o caráter abusivo das cláusulas contratuais específicas em causa, é difícil considerar que o princípio da *res judicata* foi afetado [40].

63. Esta abordagem é igualmente conforme com os objetivos prosseguidos pela Diretiva 93/13, tal como interpretados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Importa recordar do n.º 44 das presentes conclusões que o dever de conhecimento oficioso do caráter abusivo das cláusulas por parte do órgão jurisdicional nacional se justifica pela natureza e importância do interesse público subjacente à proteção que a Diretiva 93/13 confere aos consumidores. Assim, uma fiscalização oficiosa que se limite a uma mera intervenção judicial implícita seria responsável, a meu ver, por esvaziar a substância desta obrigação que incumbe ao órgão jurisdicional nacional ao abrigo da Diretiva 93/13 na sua substância.

64. Importa acrescentar que esta abordagem parece ser conforme com a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a uma legislação nacional que aplica a *res judicata* fora do contexto da Diretiva 93/13. Em determinados acórdãos [41], o Tribunal de Justiça desaprovou a concessão de proteção excessiva às decisões definitivas através da *res judicata* duma forma que entravasse significativamente a aplicação efetiva do direito da União [42]. Além disso, importa salientar que, no Acórdão de 17 de outubro de 2018, Klohn [43], o Tribunal de Justiça indicou que a *res judicata* é extensiva unicamente às pretensões jurídicas sobre as quais o órgão jurisdicional se pronunciou e, consequentemente, não obsta a que um juiz, no âmbito de um litígio posterior, se pronuncie sobre aspetos jurídicos sobre os quais esta decisão definitiva não se pronunciou. Do mesmo modo, na sua jurisprudência relativa à aplicação da *res judicata* no direito da União, é jurisprudência constante que a *res judicata* abrange apenas os elementos de facto e de direito que foram efetiva ou necessariamente julgados pela decisão jurisdicional em causa Do mesmo modo, na sua jurisprudência relativa à aplicação da *res judicata* no direito da União, o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente que, a *res judicata* abrange apenas os elementos de facto e de direito que tenham sido efetiva ou necessariamente objeto da decisão judicial em causa [44].

38 V. Acórdão de 4 de junho de 2020, Kancelaria Medius (C-495/19, EU:C:2020:431, n.º 35).

39 V. Acórdão de 26 de janeiro de 2017 (C-421/14, EU:C:2017:60, n.ºs 49 a 54).

40 V., a este respeito, García-Valdecasas Dorrego, M.J., *Dialogue between the Spanish courts and the European Court of Justice regarding the judicial protection of consumers under Directive 93/13/EEC*, Association of Property and Business Registrars of Spain, 2018, pp. 98-99.

41 V., nomeadamente, Acórdãos de 3 de setembro de 2009, Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, n.ºs 29 a 32); de 2 de abril de 2020, CRPNPAC e Vueling Airlines (C-370/17 e C-37/18, EU:C:2020:260, n.ºs 94 a 96); e de 16 de julho de 2020, UR (Sujeição dos advogados ao IVA) (C-424/19, EU:C:2020:581, n.ºs 31 a 34).

42 V., a este respeito, Turmo, A., *National* Res Judicata *in the European Union: Revisiting the Tension Between the Temptation of Effectiveness and the Acknowledgement of Domestic Procedural Law*, Common Market Law Review, vol. 58, 2021, pp. 361-390, p. 375.

43 C-167/17, EU:C:2018:833, n.º 69.

44 V. Acórdãos de 29 de junho de 2010, Comissão/Luxemburgo (C-526/08, EU:C:2010:379, n.º 27), e de 31 de janeiro de 2019, Islamic Republic of Iran Shipping Lines e o./Conselho (C-225/17 P, EU:C:2019:82, n.º 47).

65. Por conseguinte, há que considerar que a legislação nacional em causa é contrária ao princípio da efetividade, uma vez que impossibilita ou dificulta excessivamente a proteção conferida aos consumidores pela Diretiva 93/13.

66. Concluo, portanto, que o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, lidos à luz do princípio da efetividade, se opõem a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal.

C. Questão 4

67. Importa recordar do n.º 40 das presentes conclusões que a quarta questão tem por objeto, em substância, a questão de saber se é conforme ao artigo 6.º, n.º 1, e ao artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 que, no caso de a garantia hipotecária ter sido executada, o bem hipotecado vendido e os direitos de propriedade desse bem transferidos a um terceiro, um órgão jurisdicional nacional possa, oficiosamente ou a pedido da parte contra a qual a execução é requerida, proceder à fiscalização do caráter abusivo das cláusulas contratuais do contrato de mútuo hipotecário até ao momento em que o devedor é despejado do imóvel, o que pode resultar na anulação do processo de execução hipotecária ou afetar as condições em que o leilão do bem teve lugar.

68. Antes de mais, devo referir que partilho da opinião da Comissão segundo a qual o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, lidos à luz do princípio da efetividade, não se opõem a uma legislação nacional que não permite a fiscalização do caráter abusivo das cláusulas contratuais por um órgão jurisdicional nacional, oficiosamente ou a pedido de uma das partes, quando os direitos de propriedade sobre o bem hipotecado tenham sido transferidos para um terceiro, desde que os consumidores cujo bem tenha sido objeto de um processo de execução hipotecária possam fazer valer os seus direitos através de processos judiciais posteriores para procurarem ser ressarcidos no que diz respeito à Diretiva 93/13.

69. Constato que esta questão diz respeito a circunstâncias em que a relação contratual entre o consumidor e o credor já terminou com a transferência da propriedade do bem hipotecado para um terceiro. Todavia, na minha opinião e contrariamente ao que sustentam a Ibercaja Banco e os Governos espanhol e italiano, as circunstâncias do presente processo diferem das que deram origem ao Acórdão Banco Santander [45].

70. Nesse acórdão [46], o Tribunal de Justiça declarou que 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, o processo é independente da relação jurídica entre o consumidor e o credor profissional e, por outro, que a garantia foi executada, o bem imóvel foi vendido e os respetivos direitos reais foram transmitidos sem que o consumidor tenha feito uso dos meios processuais previstos nesse contexto. Em especial, o Tribunal de Justiça salientou que o processo em causa não tinha por objeto a execução da garantia hipotecária prevista no contrato de mútuo hipotecário. Tratava-se antes da proteção dos direitos reais ligados à propriedade legalmente adquirida pelo proponente. Além disso, segundo o Tribunal de Justiça, o consumidor tinha a possibilidade de contestar ou pedir a

[45] Acórdão de 7 de dezembro de 2017 (C-598/15, EU:C:2017:945).

[46] V. Acórdão de 7 de dezembro de 2017, Banco Santander (C-598/15, EU:C:2017:945, n.os 39 a 50).

suspensão do procedimento com fundamento na existência de cláusulas abusivas no contrato, e era no âmbito do processo de execução hipotecária que o juiz *a quo* poderia proceder à fiscalização oficiosa do caráter eventualmente abusivo de cláusulas contratuais.

71. Em contrapartida, o presente processo inscreve-se no âmbito de um processo de execução hipotecária relativo à relação jurídica entre o consumidor e o credor e que se baseia no contrato de mútuo hipotecário, mais precisamente na liquidação dos juros do empréstimo garantido pela hipoteca (v. n.º 18 das presentes conclusões). É certo que o consumidor, enquanto devedor, não deduziu oposição à execução no prazo fixado e o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se no processo de execução hipotecária era obrigado a proceder a uma fiscalização oficiosa do caráter abusivo das cláusulas do contrato que constituem o fundamento do despacho de execução. Todavia, com base nos argumentos desenvolvidos nos n.ºs 60 a 66 das presentes conclusões, o efeito da *res judicata* e da preclusão por força da legislação nacional em causa só deve ser considerado se tiver havido uma fiscalização oficiosa explícita e suficientemente fundamentada do caráter potencialmente abusivo das cláusulas contratuais na decisão proferida pelo tribunal numa fase anterior do processo, o que não é o caso nas circunstâncias do processo principal.

72. A este respeito, parece-me que, na hipótese de não ter havido fiscalização oficiosa e suficientemente fundamentada numa fase anterior do processo de execução hipotecária, o juiz de execução deve poder assegurar a efetividade da proteção concedida aos consumidores pela Diretiva 93/13 examinando, oficiosamente ou a pedido do consumidor, o caráter abusivo das cláusulas contratuais. Por conseguinte, não deve ser aplicada uma legislação nacional que impeça que o caráter abusivo das cláusulas contratuais seja suscitado pelo consumidor e seja objeto de fiscalização jurisdicional após o termo do prazo de oposição à execução. Dito isto, uma vez executada a garantia hipotecária, o bem hipotecado vendido e os direitos de propriedade sobre esse bem transferidos para um terceiro, deve considerar-se que já não é possível ao juiz suscitar oficiosamente ou a uma parte invocar o caráter abusivo das cláusulas contratuais que impliquem a anulação de atos translativos de propriedade e acarretem, assim, consequências negativas para terceiros e afetem a segurança jurídica das relações de propriedade estabelecidas.

73. No entanto, na minha opinião, deve ser possível, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, lidos à luz do princípio da efetividade, que um consumidor, em tal situação, possa invocar, no âmbito de um processo posterior distinto, o caráter abusivo das cláusulas do contrato de mútuo hipotecário a fim de poder exercer efetiva e utilmente os seus direitos baseados nessa diretiva e pedir, assim, ao credor, a reparação das consequências financeiras suportadas pelo consumidor em razão de tais cláusulas.

74. Concluo, portanto, que o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, lidos à luz do princípio da efetividade, não se opõem a uma legislação nacional que não permite a fiscalização do caráter abusivo das cláusulas contratuais por parte de um órgão jurisdicional nacional, oficiosamente ou a pedido de uma parte, uma vez executada a garantia hipotecária, o bem hipotecado vendido e o direito de propriedade desse bem transferido para um terceiro, desde que o consumidor cujo bem tenha sido objeto de um processo de execução hipotecária possa fazer valer os seus direitos através de um processo judicial posterior para ser ressarcido em conformidade com essa diretiva.

VI. Conclusão

75. À luz destas considerações, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões prejudiciais apresentadas pela Audiencia Provincial de Zaragoza (Audiência Provincial de Saragoça, Espanha):

1) O artigo 6.º, n.º 1, e 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, devem ser interpretados, à luz do princípio da efetividade, no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que não permite ao órgão jurisdicional fiscalizar oficiosamente o caráter abusivo das cláusulas contratuais no âmbito de um processo de execução hipotecária ou ao consumidor que não deduziu oposição à execução invocar o caráter abusivo das referidas cláusulas contratuais nesse processo ou no âmbito de um processo declarativo posterior, quando essas cláusulas tenham sido objeto de uma fiscalização judicial oficiosa inicial que não foi explícita e suficientemente fundamentada em relação a essa diretiva.

2) O artigo 6.º, n.º 1, e 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, devem ser interpretados, à luz do princípio da efetividade, no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que não permite ao órgão jurisdicional, oficiosamente ou a pedido de uma parte, apreciar o caráter abusivo das cláusulas do contrato de mútuo hipotecário quando a garantia hipotecária foi executada, o bem hipotecado e o direito de propriedade sobre esse bem transferido para um terceiro, desde que o consumidor cujo bem tenha sido objeto de um processo de execução hipotecária possa fazer valer os seus direitos através de um processo judicial posterior para ser ressarcido em conformidade com essa diretiva.