

A RELEITURA DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA DO STJ

A NEW INTERPRETATION OF ARTICLE Nº 33 OF STJ ABRIDGMENT

ELAYNE MARIA SAMPAIO RODRIGUES MAHLER

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Católica de Petrópolis. Professora da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Resumo: no presente trabalho se busca analisar os efeitos da alteração introduzida pela Lei nº 11.280/06 sobre os arts. 112, 114 e 305, todos do Código de Processo Civil. Diante da inovação introduzida por esta lei, emergem questões que, à primeira vista, estão excepcionando as noções básicas de que matérias que dizem respeito exclusivamente às partes não podem ser analisadas de ofício pelo juiz e, ainda, a concepção de que não existe preclusão para juiz. O objetivo aqui traçado é o de levar ao leitor as principais considerações sobre estas questões diante das novas concepções sobre a decretação da incompetência relativa e a possibilidade do seu declínio *ex officio* pelo juiz na hipótese de cláusula de eleição de foro em contratos de adesão. Nas observações conclusivas do trabalho se procura demonstrar que o enunciado n. 33 da súmula do STJ merece nova releitura até que aquela corte se manifeste e delibere pontualmente sobre os efeitos da Lei nº11.280/06.

Palavras-chave: contrato de adesão com cláusula de eleição de foro - reconhecimento *ex officio* de incompetência relativa – preclusão temporal para o juiz - preclusão de ordem pública.

Abstract: this study seeks to analyze the effects of the amendments made by Law nº 11280/06 in sections 112,114 and 305, all in the Code of Civil Procedures. From the innovation introduced by the referred law, some questions have arisen. Questions that, at first glance, exclude the basic notions that matters concerning exclusively to the parties cannot be analyzed *ex officio* by the judge, and that preclusion for the judge does not exist. The objective described here aims to lead the readers to the main considerations about these issues in view of the new concepts about the enactment of relative incompetence and the possibility of its decline *ex officio* by the judge on the hypothesis of a choice of jurisdiction clause in adhesion contracts. The conclusive remarks of this work are meant to demonstrate that article nº 33 of STJ (Superior Court of Justice) Abridgment deserves a new interpretation, and that the Court should express itself and deliberate promptly on the effects of Law nº 11280/06.

Keywords: adhesion contract with choice of jurisdiction clause - *ex officio* recognition of relative incompetence - temporal preclusion for the judge - public order preclusion.

I. Breve histórico do reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa:

O legislador do Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu três critérios de fixação de competência interna, quais sejam, *objetivo*, *funcional* e *territorial*, adotando, assim, na sistemática do processo civil brasileiro, a teoria de Chiovenda sobre a fixação da competência. O *critério objetivo* - como é cediço - é aquele que fixa a competência em razão do valor da causa ou em relação à matéria (art. 91); o *critério funcional*, por sua vez, relaciona-se com a distribuição das funções judiciais que serão exercidas em um mesmo processo ou mesmo em processos distintos e, por fim, o *critério territorial*, que é aquele que leva em consideração aspectos que dizem respeito à “*posição geográfica*”, na medida em que busca “*aproximar o Estado juiz dos fatos ligados à pretensão manifestada pelo autor*”¹.

A adoção deste critério, no entanto, não se ajustou plenamente à realidade jurídica brasileira. Isto porque diversas questões pertinentes à competência restaram sem solução pelo legislador do Código de Processo Civil. Basta pensar, por exemplo, na fixação da competência tendo por critério a análise da *pessoa (ratione personae)*, que a despeito de ter sido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se observa em normas constitucionais (v.g. art. 109, da CF), não consta daquele diploma legal.²

De qualquer forma, estas normas que fixam a competência na sistemática do Código de Processo Civil ora são normas *imperativas e cogentes* e ora são normas apenas *dispositivas*. As normas cogentes são aquelas estabelecidas para atender critérios de “*ordem política*”³, em que o interesse público recomenda a sua absoluta observância pelo jurisdicionado, de modo que não podem ser alteradas sob pena de prejuízo ao funcionamento do próprio Poder Judiciário, razão pela qual, se desrespeitadas, acarretam a *incompetência absoluta*. As normas dispositivas, por sua vez, são aquelas fixadas para atender ao interesse das partes, estando, portanto, sujeitas a prorrogação e derrogação, e a sua não observância acarreta apenas a *incompetência relativa*.

Deste modo, hoje, é uniforme na doutrina e na jurisprudência a exegese segundo a qual as normas que fixam a competência em razão da matéria e em razão do critério funcional são normas imperativas, enquanto que as normas que fixam a competência em razão do valor da causa e em razão do território são normas dispositivas, excetuando-se, no entanto, a parte final do art. 95, do CPC, que, a despeito de ser regra de fixação de competência pelo critério territorial, é uma norma cogente e, portanto, de caráter absoluto.

Na sistemática originária introduzida ao Código de Processo Civil, na hipótese de incompetência absoluta, deve o juiz, logo na primeira oportunidade em que for se manifestar nos autos, reconhecer

¹ Nas precisas considerações do professor Alexandre de Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 14ª edição, 2006, p. 101.

² Para maiores considerações críticas a respeito da adoção da teoria de Chiovenda na fixação da competência interna, remetemos o leitor para a obra de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2005, pp. 462/466.

³ Neste sentido, Marcos Vinícios Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 01, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

a sua incompetência e declinar para o juízo competente, podendo, ainda, ser argüida a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 113), o que não acontece com a incompetência relativa eis que dependente, para o seu reconhecimento judicial, de argüição pela parte interessada (art. 112).

Após a vigência Código de Processo Civil de 1973, durante algum tempo se discutiu se o juiz poderia ou não reconhecer de ofício a incompetência relativa, tendo em vista a ausência de vedação legal neste sentido. Grandes doutrinadores defenderam⁴ esta tese, que, no entanto, restou vencida diante do entendimento sumulado através do enunciado de nº 33⁵ do Superior Tribunal de Justiça, que acabou por seguir a orientação traçada pela ampla maioria da doutrina⁶ no viés de que o juiz somente pode reconhecer a incompetência relativa se for oposta a exceção instrumental.

O que abaixo iremos analisar é se, diante do parágrafo único do art. 112, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.280/06, deve ou não ser feita uma releitura daquele e. de nº 33, na medida em que o dispositivo trouxe a possibilidade do juiz, após reconhecer a nulidade de cláusula do foro de eleição em contrato de adesão, declinar da competência para o juízo do domicílio do réu. Antes, porém, precisamos destacar algumas discussões travadas na doutrina e na jurisprudência e que, a bem da verdade, levaram o legislador a instituir o parágrafo único do art. 112 e a alterar a redação do art. 114.

II. Aferição da abusividade de cláusula de eleição do foro no caso *in concreto*:

Com a vigência da Lei nº 8.078/90 instituindo normas protetivas ao consumidor, surgiram duas grandes questões que, durante anos, geraram profundas reflexões na doutrina e na própria jurisprudência envolvendo o tema *competência* sob a ótica do foro do domicílio do consumidor. Diante das normas contidas naquele diploma, questionou-se (*i*) a *invalidade ou não de 'pleno direito' de cláusula de eleição de foro* que, em contrato de adesão, *estipula foro diverso do domicílio do*

⁴ Neste sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão: "No Brasil, lei alguma proíbe aos juízes declarar de ofício a incompetência relativa; tampouco os compele a aceitar passivamente a prorrogação da competência, por ser relativa. O que não se lhes consente é deixar de fazê-lo no primeiro momento em que atuem no caso, ao apreciar a petição inicial, pois aí se firmará a prorrogação, que ficará a critério do réu obstar." *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II – arts. 154-269, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1976, pp. 188 a 191. Consulte-se, ainda, seguinte o mesmo entendimento, a consideração do professor Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 359/360, para quem "o juiz pode dar-se por incompetente quando não são observados os critérios legais. Se, por exemplo, o réu é domiciliado em Santos e a ação de cobrança é proposta em Rio Claro, o juiz deve dar-se por incompetente...(...). A prorrogação tácita de que trata o art. 114 é apenas uma sanatória do vício da incompetência. A prorrogação tácita de que trata o art. 114 é apenas uma sanatória do vício da incompetência. E outras palavras: se o vício da incompetência escapar ao exame do juiz e o réu não o alegar, o mal estará sanado e a competência prorrogada."

⁵ E. nº 33: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". Apenas a título de curiosidade, este enunciado somente foi publicado no Diário de Justiça do dia 29/10/1991, ou seja, quase vinte anos depois da vigência do Código de Processo Civil.

⁶ Neste sentido, dentre outros, encontramos José Carlos Barbosa Moreira, "Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?", in *Revista Forense*, vol. 312, Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 19/26 e Cândido Rangel Dinamarco, "Declaração "ex officio" da incompetência relativa?", in *Revista AJURIS*, nº 17, Ano VI, Rio Grande do Sul, novembro, 1979, pp. 142/148.

consumidor e, ainda, (ii) se deste foro emerge competência absoluta ou competência relativa para o processamento e julgamento das ações envolvendo relações de consumo.

Muitos doutrinadores⁷, antes das alterações introduzidas pela Lei nº 11.280/06, defendiam a tese da nulidade de pleno direito desta cláusula, invocando, a seu favor, basicamente, duas regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, o art. 51 c/c art. 1º.

Sustentavam que o art. 51 da Lei 8.078/90 traz elenco meramente exemplificativo (*numerus apertus*) de cláusulas contratuais abusivas, - como se observa da própria expressão “*entre outras*” constante do *caput* daquele dispositivo legal -, devendo a cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão - que preveja outro foro para dirimir eventual conflito entre o consumidor e fornecer do produto ou do serviço que não o do consumidor - , ser considerada como cláusula abusiva de pleno direito uma vez que onera o próprio consumidor, dificultando o seu acesso ao Poder Judiciário⁸.

Ademais, segundo este entendimento doutrinário, deveria ser considerado, ainda, como argumento para a nulidade de pleno direito daquela cláusula, o disposto no art. 1º, segundo o qual as normas de proteção e defesa do consumidor são normas de ordem pública e interesse social, de modo que não pode o consumidor ser surpreendido com uma cláusula que altera uma norma do Código Consumerista sem que lhe tenha sido conferido oportunidade de participação na sua formação, afetando diretamente a sua esfera jurídica.

A Professora da PUC/SP, Rosa Maria B.B. de Andrade Nery, chegou a afirmar que o foco da nulidade de pleno direito desta cláusula de eleição de foro não é puramente processual, encontrando fundamentos na própria Constituição de 1988. O “*problema posto*”, assim se manifestou aquela jurista, “*sugere outras dificuldades que precisam ser superadas, pois esbarram em considerações que podem gerar quebra dos princípios constitucionais do acesso à justiça (rectius: ao direito justo), do contraditório e ampla defesa, bem como do princípio da igualdade das partes (...).*”⁹

Por outro lado, outros doutrinadores¹⁰, no entanto, sempre afirmaram não existir fundamento para a nulidade de pleno direito desta cláusula de foro de eleição, devendo o juiz, no caso *in concreto*,

⁷ Neste mesmo sentido, Rosa de Maria de Andrade Nery, “*Competência relativa e de foro e a ordem pública : O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ*”, in *Justitia*, São Paulo, 56(167), julho/setembro de 1994, p. 47; Luciano Camargo Penteado, “*As cláusulas abusivas e o direito do consumidor*”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, São Paulo: RT, março de 1996, p. 97, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

⁸ Eis o magistério do professor Nelson Nery Júnior: “Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC 51), deve ser reconhecida esta nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado.” *Código de Processo Comentado*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 511.

⁹ “*Competência relativa de foro e a ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete nº 33 da Súmula do STJ*”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰ Neste sentido, a desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo, Genácia da Silva Albeton: “*É acertada a colocação feita por Arruda Alvim, pois a cláusula de eleição de foro, mesmo que estipulada em contrato de ou por adesão, é válida desde que não dificulte o acesso do consumidor à Justiça. Portanto, salvo em casos excepcionalíssimos, como já ocorreu , envolvendo contrato com empresas do Cone Sul em que se impunha ao consumidor brasileiro foro de outro país para solução de conflito, a cláusula referente ao foro de eleição para ser considerada abusiva depende de manifestação da parte*”. “*Incompetência Territorial: declaração de ofício. Contribuição da Lei 11280/2006 sobre o tema*”. Disponível em <<http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia-territorial.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2009. Nesta mesma linha, professor Arruda Alvim que assim dispôs: “*Há quem entenda que, em regimes diferentes do Código de Processo*

aferir a abusividade, pois, em determinadas situações, a despeito da existência da cláusula, será possível constatar a inexistência de qualquer prejuízo para o consumidor. Nas observações da Desembargadora Genacéia da Silva do Tribunal de Justiça de São Paulo, “a cláusula referente a foro de eleição em contratos de ou por adesão é apenas presumivelmente abusiva porque não decorre de um ajuste livremente discutido e aceito pelo consumidor”¹¹.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento então sustentado por esta segunda corrente doutrinária, encontramos diversos precedentes jurisprudenciais no sentido de que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre *ipse iure* da natureza do contrato de adesão¹². Veja-se, à guisa de exemplificação, a ementa do acórdão prolatado no REsp 225.866/MS, cujo relator foi o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. VALIDADE, EM PRINCÍPIO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. ALEGAÇÃO DO PRÓPRIO DEVEDOR. PREVALÊNCIA DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.

II - A Segunda Seção deste Tribunal houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, a autorizar, conseqüentemente, o pronunciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau, ao argumento da prevalência da norma de ordem pública que protege o consumidor e garante sua defesa em juízo.

III - No caso, no entanto, de o próprio réu-devedor postular pela validade da cláusula de eleição do foro, alegando que não terá dificuldades em sua defesa, deve a mesma prevalecer.

Civil, como seria o caso do Código de Defesa do Consumidor, seria absolutamente inviável, por ser abusiva a priori, cláusula de eleição de foro. Não nos parece que assim seja, porque inexistente específica ou genericamente previsão em que se enquadre esse entendimento absoluto, a respeito do assunto. Manual de Direito Processual Civil, vol. 01, São Paulo: RT, 6ª ed., p. 284.

¹¹ “Incompetência Territorial: declaração de ofício.” Disponível em <<http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia-territorial.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2009.

¹² Fazendo esta mesma observação, temos Humberto Theodoro Júnior: “À luz dessa realidade, o próprio Superior Tribunal de Justiça ressalva que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre *ipso iure* da natureza do contrato de adesão. Somente não prevalece o foro convencional se de fato constatada a abusividade do ajuste estipulado contra os interesses do contratante que não tinha como rejeitar a imposição da parte poderosa.” *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

(REsp 225.866/MS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/1999, DJ 14/02/2000 p. 42).¹³

Com a introdução do parágrafo único ao art. 112¹⁴ do Código de Processo Civil, através da Lei nº 11.280/26, restou superada aquela primeira posição doutrinária. O legislador seguiu a orientação no sentido de que a análise da abusividade da cláusula de eleição deve ser feita no caso *in concreto* submetido à consideração do Poder Judiciário. Existe a possibilidade, portanto, de validade de cláusula de eleição de foro no direito do consumidor, não sendo, assim, nula de pleno direito.

Esta exegese é feita à luz da redação daquele dispositivo legal em cotejo com a nova redação dada, pela mesma lei, ao art. 114¹⁵, uma vez que, se o juiz não reconhecer a nulidade da cláusula e não declinar da competência, teremos a *prorrogação do foro*. Significa dizer, em outras palavras, que o juiz pode concluir que não há abusividade na cláusula e não reconhecer a sua nulidade, permitindo, assim, que o feito continue tramitando em comarca diversa da do domicílio do consumidor, deixando para este a eventual iniciativa de arguição de incompetência relativa.

Por outro lado, se o juiz considerar que a cláusula é abusiva, ou seja, que está causando prejuízos ao direito de defesa do consumidor, deverá reconhecer a sua nulidade *ex vi* do disposto no art. 51, *caput* c/c seu inciso IV e art. 6º, inciso VIII, todos do CDC.

Denota-se, assim, ainda, que, a despeito do dispositivo usar de um verbo que traduza uma *faculdade* (“*pode*”), a hipótese, no entanto, não é de ato discricionário, mas sim vinculado, *devendo* o juiz decretar a nulidade, uma vez presentes as circunstâncias que invalidam a cláusula de eleição do foro em contrato de adesão. Não existe para o julgador uma opção entre aplicar ou não a norma legal, mormente o dispositivo tratar de *nulidade do direito material* (art. 168, parágrafo único do CC). Deve o juiz verificar se há ou não abusividade naquela cláusula e, chegando a esta conclusão, estará obrigado a aplicar o dispositivo e remeter o processo ao foro do domicílio do réu.¹⁶

Observa-se que a inovação introduzida pela Lei nº 11.280/06 traz um novo enfoque à questão na medida em que não se refere exclusivamente a negócio jurídico firmado com base no Código de Defesa do Consumidor, mas sim a qualquer contrato de adesão que contenha cláusula de foro de eleição.

¹³ Outros precedentes: REsp 56711-4-SP, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo; REsp 540054 / MG, rel. Ministro Massadi Uyeda; REsp 540054 / MG, rel. Ministro Jorge Scartezini; REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, DJ; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro Adir Passarinho Júnior; AgRg no Ag 547829 / DF, rel. Ministra Nancy Andrighi; RESP 47.081-1-SP, Ministro Sálvio de Figueiredo; CC 13632-6; RESP 56711-4.

¹⁴ “Art. 112. Argüiu-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo do domicílio do réu.”

¹⁵ “Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112, desta lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.”

¹⁶ Neste mesmo sentido, Arruda Alvim, “Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219”, in Revista de Processo, nº 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/2007, p. 17 e Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do CPC, Leis 11.187/05, 11232/2005, 11.276/06 e 11.280/06*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 414/415.

Outrora, havia dois tratamentos distintos: um para o contrato de adesão versando sobre relação de consumo e outro para o contrato de adesão de qualquer outra natureza. Em contrato de adesão referente à relação de consumo, a cláusula de eleição de foro, quando fixada em detrimento do consumidor, poderia ser revista pelo juiz uma vez que as normas do Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública. Já para os demais contratos, não provenientes de relação de consumo, era imprescindível a arguição pela parte da nulidade daquela cláusula e da incompetência relativa do juiz para que este pudesse declinar da competência.

Com o advento da Lei nº 11.280/06 a questão restou uniformizada pelo legislador. Pouco importa se a eleição de foro está prevista em contrato que versa ou não sobre relação de consumo. O que importa saber é se a cláusula de eleição de foro está inserida em contrato de adesão, qualquer que seja o seu objeto. Se esta for a hipótese, deve o juiz verificar se aquela cláusula é abusiva, ou seja, se foi inserida em flagrante desrespeito à parte contrária a ponto, inclusive, de macular o princípio constitucional do acesso à justiça, e, em caso positivo, proceder ao reconhecimento de sua nulidade e remeter os autos ao foro competente.

III. Foro do domicílio do consumidor: competência absoluta ou competência relativa?:

A Lei nº 11.280/2006 trouxe, ainda, outra importante questão e que afasta, definitivamente, a nosso sentir, a equivocada interpretação feita pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tipo de incompetência gerada quando a ação não é proposta no foro do domicílio do consumidor em razão da existência de cláusula contida em contrato de adesão.

Analisando-se diversos precedentes do STJ, o entendimento ali externando é no sentido de que, por se tratar de relação de consumo, a regra de fixação da competência na comarca do domicílio do consumidor é de *caráter absoluto* e, uma vez desrespeitada, acarreta a *incompetência absoluta*, permitindo ao juiz, assim, reconhecer a ofensa à norma legal e declinar da competência. Vejam-se os seguintes precedentes, dentre outros¹⁷:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO.

ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*.

¹⁷ No mesmo sentido, *v. g.*, os seguintes julgados: CC 21548/SP; REsp 128.144/SP; REsp. 1032876/MG; REsp. 1049639/MG.

2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência.

3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta - RS, o suscitante.”

(CC 48.647/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 215) – Grifamos.

“CC 21548 / SP
CONFLITO DE COMPETENCIA
1998/0003665-2 Relator(a) MIN. COSTA LEITE (353) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO
Data do Julgamento 11/11/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 01/03/1999 p. 219
JSTJ vol. 3 p. 221 Ementa: Competência. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão. Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que

resulta dificuldade para a defesa do réu. Tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido.” – Grifamos.

Com este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça afasta a incidência do enunciado de nº 33 de sua súmula, como, aliás, consta expressamente de diversos julgados¹⁸, evitando, assim, eventual alegação de *flexibilização* do entendimento ali consagrado. No entanto, *d.m.v.*, parece-nos que aquela Corte está sendo incoerente na análise da questão.

Como vimos anteriormente, o STJ entende que a validade da cláusula de eleição do foro, no caso das relações de consumo, deve ser analisada na hipótese *in concreto*, podendo o juiz entender, inclusive, não haver qualquer abusividade e, portanto, permitir que a ação continue tramitando no foro que não é o do domicílio do consumidor. Por outro lado, o próprio STJ afirma que o foro do domicílio do consumidor é regra de competência absoluta, o que, à luz da sistemática do Código de Processo, enseja a obrigatoriedade de declínio diante do vício daí decorrente.

Ora, nos soa absolutamente inconcebível sustentar que a hipótese é de incompetência absoluta e que o juiz pode, no caso concreto, verificar se a cláusula traz ou não prejuízo e, se não trouxer, não reconhecer a sua nulidade. Na medida em que se sustenta que há incompetência absoluta – como o faz, repise-se, o STJ -, o juiz deve declarar de ofício a sua incompetência, não havendo, assim, nem mesmo que se perquirir sobre ou a validade ou não da cláusula, será nula de pleno direito.

Esta postura do STJ de considerar que a incompetência em apreço é de natureza absoluta é uma forma daquela corte não enfrentar a questão à luz do enunciado de nº 33 de sua própria súmula e, conseqüentemente, reconhecer que o mesmo deve ser revisto.

¹⁸ Confira-se, por exemplo, o CC 17735-CE, j. 13.5.1998, DJU 16.11.98.

Com as alterações introduzidas ao Código de Processo Civil, dúvidas não mais se têm de que a *competência em apreço é de natureza relativa*. O legislador da Lei nº 11.280/06 criou um parágrafo em artigo cujo *caput* trata da incompetência relativa e, não fosse o suficiente, ao alterar a redação do art. 114, consagrou que se o juiz não declinar da competência e a parte não opuser “*exceção declinatória*”, “*prorrogar-se-á a competência*”.

Sabemos que a defesa ofertada mediante “*exceção*” é tradicionalmente utilizada para os casos de *disponibilidade do direito*, onde, via de regra, não existe margem de atuação de ofício por parte do juiz, como ocorre, por exemplo, nas exceções de contrato não cumprido. O mesmo não ocorre para a defesa ofertada mediante *objeção*, cuja matéria ali apontada será inexoravelmente de ordem pública (v.g. condições da ação).

O art. 114, além de usar a expressão “*prorrogação da competência*” – que somente é aplicável na hipótese de vício de competência relativa -, usou da expressão “*exceção*” declinatória do foro, razão pela qual a intenção do legislador é a de efetivamente demonstrar que o vício de competência versado não é de ordem pública e, conseqüentemente, não é incompetência absoluta. Trata-se de incompetência relativa que, excepcionalmente, pode, por opção legislativa, ser reconhecida pelo juiz.

Destarte, afirma-se que, excepcionalmente, é possível ao juiz declinar de ofício de incompetência relativa, tendo a Lei nº 11.280, ao introduzir o parágrafo único ao art. 112, flexibilizado, assim, o enunciado de nº 33 da S. do STJ¹⁹.

A despeito da clareza desta intenção do legislador, o STJ, mesmo após as alterações introduzidas pela Lei 11.280/06, continua – e a nosso juízo equivocadamente - deliberando no sentido da incompetência absoluta do foro do consumidor.²⁰

¹⁹ Neste mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Alves, *Reforma do CPC*, p. 409. Veja-se o seguinte trecho de suas observações sobre a questão: “*Registre-se que, no tocante ao tema, determinada corrente passou a entender que a regra da competência, tão somente por se tratar de relação de consumo, se tornaria absoluta, o que permitiria ao juiz de ofício o reconhecimento de afronta a tal norma, sem qualquer ofensa à Súmula 33 do STJ. (...) Não parece correto tal entendimento, que, inclusive, mostra-se absolutamente contrário à novidade legislativa, que, ao tratar do reconhecimento de ofício pelo juiz da incompetência nos casos previstos na norma legal, criou um parágrafo em artigo cujo caput trata da incompetência relativa. Correto o legislador neste tocante, considerando-se que a competência continua a ser relativa, já que territorial, mas, em virtude das previsões contidas no diploma consumerista, e agora também no art. 112. parágrafo único, do CPC, é legítima a exceção da regra de que a incompetência relativa não pode ser conhecida de pelo juiz de ofício*”.

²⁰ Como se observa do seguinte julgado: “DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. ARTIGO 535, II, CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA. POSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS. COMPETÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. 1. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 3. O magistrado pode, de ofício, declinar de sua competência para o juízo do domicílio do consumidor, porquanto a Jurisprudência do STJ reconheceu que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta. 4. O microsistema jurídico criado pela legislação consumerista busca dotar o consumidor de instrumentos que permitam um real exercício dos direitos a ele assegurados e, entre os direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º, VIII, está a facilitação da defesa dos direitos privados. 5. A

Não se pode negar, ainda, ser sedutor o posicionamento doutrinário daqueles que defendem que a nulidade de cláusula abusiva de eleição de foro seria suficiente para o reconhecimento da incompetência relativa, ou seja, a hipótese, para alguns doutrinadores, nunca foi propriamente a de declarar de ofício incompetência, mas sim, de reconhecer de ofício nulidade de cláusula de contrato de adesão acarretando, outrossim, reflexos processuais consistente na remessa dos autos ao juízo competente como se aquela cláusula nunca tivesse existido. Tomamos, aqui, a liberdade de transcrever o seguinte trecho das considerações do talentoso professor Cássio Scarpilla Bueno²¹:

“...Assim, o atuar oficioso do magistrado, não repousa – e nunca repousou – na declaração de sua incompetência relativa por força do território (foro). Antes, ele está na declaração da abusividade da cláusula contratual de foro de eleição, o que acarreta, como consequência, que os autos do processo sejam enviados a outro juízo, estranho àquele ao qual foi distribuída a petição inicial, guiando-se a fixação da competência, a partir daí, pelas regras gerais e disciplinadas pelos arts. 94 a 100 ...”

A doutrina é praticamente uniforme ao consagrar – embora timidamente – que a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, envolvendo relação consumerista, está no âmbito do direito material e não do direito processual, uma vez estamos falando de cláusula abusiva de contrato que dificulta o acesso à justiça por parte do consumidor, contrariando, assim, as normas consumeristas.

No próprio CDC, inclusive, encontramos diversas disposições que visam proteger o consumidor do fornecedor que busca prejudicar a parte considerada mais fraca na relação jurídica. Basta lembrarmos das disposições contidas no arts. 51, IV; 54, § 4º e 6º, VIII, os quais, aliás, servem de fundamento para o reconhecimento da nulidade.

Por tais razões, há aqueles que sustentam que a consequência processual do reconhecimento da nulidade desta cláusula seria a remessa dos autos a outro juízo estranho àquele ao qual foi distribuída a petição inicial, orientando-se pelas regras dos arts. 94 e seguintes do CPC²².

Este entendimento, no entanto, deixa sem solução a hipótese da ação ser proposta em foro diferente do domicílio do consumidor, cujo contrato não preveja qualquer foro de eleição. Como solucionar esta hipótese? Não seria possível o reconhecimento *ex officio* pelo juiz da incompetência relativa com a consequente remessa do processo ao foro do domicílio do réu?

possibilidade da propositura de demanda no foro do domicílio do consumidor decorre de sua condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade. 6. Não há respaldo legal para deslocar a competência de foro em favor de interesse de representante do consumidor sediado em local diverso ao do domicílio do autor. 7. Recurso especial não-conhecido”. (REsp 1049639/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 16/12/2008, DJ 02/02/2009) – grifamos.

²¹ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 02: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57. No mesmo sentido, Elpidio Donizetti, *Curso Didático de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 8ª edição, 2007, p. 135.

²² O talentoso professor Cássio Scarpinella Bueno, seguindo esta orientação, entende que o parágrafo único do art.112 está a disciplinar que “as cláusulas contratuais que alteram, em prejuízo do réu, as regras disponíveis de competência jurisdicional podem ser declaradas nulas de ofício. A decisão do juiz dá-se, vale repetir, no plano do direito material. O que é visível na regra em exame é a consequência daquela decisão no e para o plano do processo. Perfeita harmonia, portanto, de uma leitura verdadeiramente instrumentalista do processo”. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 02: tomo I, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

O que se observa, portanto, é que a despeito de se analisar a nulidade da cláusula no plano do direito material, trazendo reflexos processuais, não se pode negar que emerge da questão a independência da incompetência relativa do foro do domicílio do consumidor, de modo que, ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior, a nosso sentir, o juiz, verificando no caso concreto que a defesa do réu restará prejudicada uma vez que a ação não foi proposta no seu domicílio, poderá decretar a incompetência relativa, remetendo os autos para o foro do domicílio do consumidor.

Caso não seja implementada esta exegese, basta que, em qualquer relação de consumo, ao ser elaborado o respectivo contrato (de adesão), simplesmente não se inclua nenhuma cláusula referente à eleição do foro para dirimir eventual conflito dali decorrente e, quando da propositura da ação, caso não seja observado o foro do domicílio do consumidor, sendo este o réu, dever-se-á aguardar que este – e somente este – alegue a incompetência relativa. Como não há cláusula de eleição de foro, o juiz não poderia declinar da competência, mesmo verificando que a hipótese seja de flagrante cerceamento da ampla defesa da parte mais frágil da relação: o consumidor.

Teriam, assim, os imponentes escritórios de advocacia, que representam as grandes empresas prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos, outro caminho para obter a intenção de facilitar a esfera jurídica de seus clientes em detrimento do consumidor e das normas contidas na Lei nº 8.078/90.

O que queremos demonstrar é que com ou sem a cláusula de eleição de foro, as normas contidas no CDC consagram o *princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor*²³, de modo que tais normas, por si só, já concedem substrato jurídico para o declínio de ofício da incompetência relativa quando não for observado o foro do domicílio do consumidor²⁴.

O legislador da Lei 11.280/06, a nosso sentir, ao menos no que toca à relação de consumo, foi infeliz na redação do parágrafo único do art. 112, pois acabou por condicionar o declínio da competência ao reconhecimento da nulidade de cláusula abusiva de eleição de foro constante de contrato de adesão.

Não precisava, portanto, o legislador da Lei nº 11.280/06, ter incluído o parágrafo único ao art. 112, exceto para a hipótese de contrato de adesão que não seja de relação de consumo e que contenha cláusula de eleição de foro. Não obstante, a intenção foi a de efetivamente proteger o réu.

Tanto é verdade que aquela mesma lei trouxe o parágrafo único ao art. 305 para permitir que a petição da exceção de incompetência relativa seja protocolizada no juízo do domicílio do réu, com requerimento de imediata remessa ao juízo que determinou a citação. Poderá o réu, portanto, ao invés de se deslocar até a sede do juízo para interpor a exceção de incompetência, apresentar a peça processual no seu próprio domicílio.

Aliás, perdeu o legislador a oportunidade de retificar a problemática redação do *caput* do art. 305, que estabelece que o direito de ofertar exceção de incompetência relativa, de impedimento e de

²³ O princípio aqui mencionado (*princípio da facilitação da defesa do consumidor*) está contido em diversos acórdãos do STJ, como se observa do CC nº 48.647/05.

²⁴ Aderimos, aqui, à posição sustentada pelo professor Daniel Amorim Assumpção, *Reforma do CPC*, p. 412.

suspeição, “*pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento e a suspeição.*”

Concedeu o legislador o mesmo tratamento para as três espécies de exceção ao unificar o prazo de interposição. No entanto, no caso de incompetência relativa, o prazo para a prática daquele ato é o da resposta e, se não for ofertada, ocorrerá a prorrogação da competência. Na hipótese de impedimento, como a questão é de ordem pública, não há que se falar em prazo para ser argüida, podendo, inclusive, ser proposta ação rescisória com fulcro no art. 485, II, do CPC, se houver sentença de mérito prolatada por juiz impedido. Por fim, quanto à suspeição, o prazo para a sua alegação é efetivamente aquele contido no art. 305, qual seja, o de 15 (quinze) dias, os quais, no entanto, não são contados da data do fato, como consagra o dispositivo legal, mas sim, da data em que o excipiente tomou ciência do vício.

IV. Hipótese de preclusão temporal para o juiz e preclusão de ordem pública:

Está disposto no art. 114 do CPC, com a redação introduzida pela Lei nº 11.280/06, que se prorrogará a competência se o juiz não declinar da competência, na forma do parágrafo único do art. 112, e o réu não opuser a exceção instrumental.

Surgem, aqui, em função da redação daquele dispositivo legal, duas importantes questões: a primeira, a de se saber qual o limite temporal para o juiz reconhecer a nulidade da cláusula contratual e, a segunda, analisar se a norma introduziu ou não no nosso ordenamento jurídico questão de ordem pública para a qual ocorrerá a preclusão.

Quanto à primeira questão, o que a doutrina vem discutindo diz respeito ao exato momento para o juiz exercitar a sua atividade oficiosa. Considerando a redação do art. 114, há aqueles que defendem²⁵ que no momento em que o juiz despacha a petição inicial é que deverá avaliar a validade ou não da cláusula e, conseqüentemente, declinar *ex officio* da competência, não podendo, assim, aguardar o decurso do prazo e a manifestação ou não do réu, pois, “*prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.*”

Outros, no entanto, defendem que o juiz pode até o término do prazo para resposta, voltando os autos à conclusão, analisar, novamente a questão, quando, então, não poderá mais fazê-lo²⁶. Há, ainda, quem entenda que o juiz deverá “*o quanto antes*” avaliar o caso *in concreto*, o que não afasta,

²⁵ Neste sentido, dentre outros, os professores Eupídio Donizeti, *Curso Didático de Direito Processual*, p. 136; Fredie Didier Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Bahia: JusPODIVM, 10ª edição, 2008, pp. 130/131 e Arruda Alvim, “*Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219*”, *op.cit.*, p. 22.

²⁶ Aparentemente neste sentido, consultar Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do CPC*, p. 416.

todavia, a possibilidade de nova análise *a posteriori* e, dependendo do caso, o termo final do prazo seria o das “providências preliminares”.²⁷

Não desmerecendo os entendimentos em contrário, parece-nos que a interpretação literal da regra contida no art. 114 leva à exegese que o juiz somente poderá aplicar o parágrafo único do art. 112 no momento em que despacha a petição inicial. Existe uma ordem temporal lógica naquele dispositivo que consagra a ocorrência da prorrogação da competência se o juiz não declinar e se o réu, na sequência, não opuser exceção instrumental. A norma, tal como redigida, contém, inicialmente, um contexto voltado para o juiz que, uma vez vencido, passa para o réu. Se este, por sua vez, nada faz, ninguém mais poderá suscitar a questão, restando a mesma preclusa tanto para o juiz quanto para o réu.

Observa-se que intenção do legislador é a de proteger o réu e, se este não se manifesta, ou seja, não impugna a competência fixada, há uma presunção de que ficou satisfeito com a situação jurídica imposta. Como bem observa o professor Arruda Alvim, nesta hipótese, “*sentido não teria criar-se-lhe uma insatisfação, ao lado, também, de não satisfazer o autor.*”²⁸

Inegável, assim, o surgimento de preclusão temporal para o juiz, o que é uma grande novidade no nosso sistema processual. Como sabemos e aprendemos nos bancos universitários, os prazos para os juízes são considerados impróprios eis que despidos do fenômeno da preclusão, ou seja, da perda da faculdade da prática do ato. Ainda que no Código de Processo Civil existam prazos voltados para o juiz, como, *v.g.*, o prazo de 10 (dez) dias que tem para sentenciar, não perderá ou não se eximirá da obrigação de prolatar aquele ato se ultrapassar o prazo previsto na lei.

Afirma-se, assim, que, com a nova redação do art. 114, existe uma hipótese legal de preclusão temporal para o juiz.

Quanto à segunda questão antes apontada, o entendimento que vem sendo destacado pela doutrina é o da introdução - ainda que excepcional - no ordenamento jurídico de preclusão de ordem pública. O legislador do Código de Defesa do Consumidor consagrou, em seu art. 1º, que as normas constantes daquele diploma são normas de “ordem pública e de interesse social”. A despeito desta consideração, observa-se que, diante da Lei 11.280/06, houve uma preocupação de se deixar bem claro que apesar de ser matéria que poderá o juiz conhecer de ofício, a hipótese não é de competência absoluta, uma que vez que se assim o fosse, o vício nunca poderia ser convalidado, nem mesmo após o trânsito em julgado.

Destarte, criou-se, assim, curiosamente, “*uma matéria de ordem pública com menor força do que uma verdadeira matéria de ordem pública*”, como bem observa o professor Daniel Amorim

²⁷ Sustentando esta tese, encontramos o professor Cássio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 58.

²⁸ “*Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219*”, *op. cit.*, p. 22.

Assumpção²⁹, na medida em que após despachar a petição inicial não mais poderá analisar a nulidade ou não da cláusula e declinar da competência.³⁰

Aponta-se, aqui, outra interessante questão que também merece ser analisada. Imaginemos que o juiz, aplicando a regra do parágrafo único do art. 112, entenda por anular a cláusula e remeter o processo para o foro do domicílio réu. Poderá este, por sua vez, se insurgir contra esta decisão alegando que quer ser demandado no foro objeto da cláusula de eleição e que não havia nenhuma nulidade naquele negócio jurídico?

A despeito da hipótese ser de ocorrência rara, a questão é problemática e de difícil solução, havendo entendimentos doutrinários nos dois sentidos. O professor Arruda Alvim, v.g., sustenta que *“localizando a possibilidade do magistrado dar pela nulidade da cláusula initio litis, determinando a remessa dos autos para o juízo do domicílio do réu, contra isso este não pode insurgir-se, porquanto pela ratio legis subjacente ao critério de determinação legal do foro do domicílio é conveniente para o réu (ainda que hipotética e excepcionalmente conviesse ao réu o foro eleito, mas do que domiciliar).”*³¹

No entanto, é preciso enfatizar que o objetivo da alteração introduzida no Código de Processo Civil foi o de efetivamente beneficiar o réu. Assim, se este alega que o foro de eleição é aonde poderá exercer com maior efetividade o seu contraditório, parece-nos que, uma vez oposta a exceção declinatória do foro, a mesma deverá ser acolhida visando a remessa dos autos ao juízo que originalmente recebeu a demanda. *“O entendimento, como é claro, mantém a principal função da norma, que é a proteção ao réu na hipótese legal.”*³²

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito de entender como sendo de competência absoluta o foro do domicílio do consumidor, vem se manifestando no sentido de que se o próprio consumidor se põe acorde com a cláusula fixada, não poderá ser negada validade à mesma, pois é ele próprio consumidor que, em última análise, poderá afastar a presunção que foi estabelecida a seu favor³³.

É bem verdade que esta situação gera certa perplexidade uma vez que o juízo que originalmente conheceu da causa, antes de declinar da competência, entendeu por anular a cláusula de eleição de foro. No entanto, o reconhecimento desta nulidade ficou condicionado à manifestação da parte ré, o que deve ser admitido uma vez que, acima de tudo, deve restar observado o princípio do contraditório e da ampla defesa.

²⁹ Reforma do CPC, p. 416.

³⁰ Sobre a questão, assim também se manifesta o professor Arruda Alvim: *“Disto tudo, parece que a atividade oficiosa, no caso, pautar-se-á em norma de ordem pública, mas não de caráter inexorável, como seria o caso da ocorrência de duplicidade de litispendências, ou de coisa julgada. O que nos parece, portanto, e, com vistas a evitar a sobreposição ou a possibilidade de sobreposição de atividades diferentes, é que o juiz deverá decretar essa nulidade quando examinar o processo, num primeiro momento, e, antes de ordenar o processamento do feito. A partir daí, parece se há de reconhecer preclusão para o seu agir de ofício.(...)”*, *“Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219”*, op. cit., p. 22.

³¹ *“Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219”*, op. cit., p. 23.

³² Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do CPC*, p. 413.

³³ À guisa de exemplificação, veja-se o REsp n. 225.866/MS.

Se o legislador não tivesse condicionado o declínio da competência ao prévio reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro, esta problemática não teria sido instaurada. No entanto, a solução está em analisar a questão à luz da própria Constituição – art. 5º, inciso LV, para consagrar, repita-se, a possibilidade do réu fazer prevalecer o foro pactuado no contrato de adesão.

V. Considerações finais:

Diante do exposto, não há como negar ter o legislador da Lei nº 11.280/2006 introduzido, na sistemática do Código de Processo Civil, uma possibilidade do juiz declinar de ofício da incompetência relativa, excepcionando, assim, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (s. 33).

O novo parágrafo único do art. 112 e a nova redação dada ao art. 114 não deixam dúvidas de que o foro do domicílio do consumidor constitui critério territorial de fixação de competência, sendo assim, portanto, de natureza relativa e não absoluta, como vinha se manifestando aquela Corte.

Em algumas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça já reviu alguns de seus entendimentos ou retificou enunciados de súmulas, como ocorreu, por exemplo, quando do julgamento do HC 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006. A Segunda Seção, naquela oportunidade, deliberou pela retificação do enunciado de nº. 309.

Parece-nos, assim, que o STJ deve rever não só o enunciado de nº 33, mas também, *d.v.*, o equivocado entendimento de que a competência do foro do domicílio do consumidor é de natureza absoluta. Aliás, o Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, ao se manifestar no CC 17735/CE, sugeriu, a teor do art. 16, IV, do Regimento Interno, a remessa dos autos para a Corte visando analisar a questão³⁴, não tendo, no entanto, lamentavelmente, ocorrido qualquer deliberação pelo órgão julgador.

Destarte, até que o Superior Tribunal de Justiça se manifeste, expressamente, a respeito, diante das alterações introduzidas pela Lei 11.280/2006, o enunciado nº 33 da súmula do STJ merece leitura complementar para se admitir, repise-se, o reconhecimento *ex officio* de incompetência relativa na hipótese de nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão.

Referências bibliográficas:

³⁴ Veja-se a exata manifestação do Ministro Nilson Naves: “*Sr. Presidente, editada pela Corte Especial, em 24.10.91, reza a Súmula 33 que “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Ora, ainda que seja possível definir a competência de que se trata como absoluta, a matéria não deixa de ter alguma coisa a ver com este enunciado. Por isso, parece-me que o feito deveria ser remetido à Corte. Somos aqui um só Tribunal, e não três, como se um se destinasse ao Direito Público, o outro ao Direito Privado, e o outro ao Direito Penal e afins. Daí a questão que suscito, a teor do art. 16, IV, do Regimento.*”

- ALBETON, Genacéia da Silva Albeton. “*Incompetência Territorial: declaração de ofício. Contribuição da Lei 11.280/2006*”. Disponível em <<http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia-territorial.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2009 .
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 01, 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____ “*Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219*”, in in Revista de Processo, v. 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/2007.
- ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim *et alli*. *Reforma do CPC, Leis 11.187/05, 11232/2005, 11.276/06 e 11.280/06*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 02: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 14 edição, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____ “*Declaração "ex officio" da incompetência relativa ?*”, in Revista AJURIS , nº 17, Avo VI, Rio Grande do Sul, novembro, 1979.
- DONIZETTI, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 8ª edição, 2007.
- FILHO, Luiz Paulo da Silva Araújo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 01, São Paulo: Saraiva, 2004.
- JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, 10ª edição, Bahia: JusPODIVM, 2008.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro Júnior. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JÚNIOR, Nelson Nery Júnior. *Código de Processo Comentado*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 .
- LIMA, Mendonça. “*A nova sistemática das exceções*”, Revista de Processo, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa ?*", in *Revista Forense* de nº 312, Rio de Janeiro, 1990.
- NERY, Rosa de Maria de Andrade, "*Competência relativa e de foro e a ordem pública : O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ*", in *Justitia*, 56(167), julho/setembro de 1994.
- PENTEADO, Luciano Camargo. "*As cláusulas abusivas e o direito do consumidor*", in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, março de 1996.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.