

Competência relativa de foro e a ordem pública: O artigo 51 do CDC e o verbete nº 33 da Súmula do STJ

ROSA MARIA B.B. DE ANDRADE NERY (*)
Procuradora de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cláusula abusiva de eleição de foro: questão de direito material. 3. Razão de ser dos critérios determinativos da competência. 4. A exceção de incompetência. 5. Cláusula abusiva de eleição de foro: questão de ordem pública. 6. Não incidência da Súmula nº 33 do STJ. 7. Conclusão.

1. Introdução.

Tem sido freqüente no foro de São Paulo o ajuizamento de ação de busca e apreensão promovido por empresas administradoras de consórcio, visando, como é curial, encontrar e reaver o bem que alienaram fiduciariamente, via de regra, automóveis a particulares.

Encartam dentre os documentos que instruem a inicial, contrato de adesão, pactuada pelas partes, de onde consta cláusula de eleição de foro.

Com base nessa cláusula, apesar de residir o consorciado fora da cidade de São Paulo (normalmente), ou fora do Estado (freqüentemente), as ações têm sido ajuizadas nesta capital, local escolhido pelas administradoras, em sua grande maioria, valendo-se da cláusula de "foro prorrogando" constante do contrato de adesão acima referido.

Tendo em mãos as petições iniciais dessas ações, os juizes do foro central de São Paulo têm declarado *ex officio* sua incompetência relativa, mandando redistribuir a ação no foro onde reside o réu, desconsiderando, portanto, a cláusula de eleição de foro contida no contrato.

Contra esse comando judicial, corriqueiro no foro central da Capital, tem havido impetração de mandado de segurança sob o argumento de que é vedado ao Juiz declarar de ofício a incompetência relativa, tese majoritária na doutrina⁽¹⁾, bem como na

(*) Professora de Direito Civil da PUC - SP
I. Cândido Rangel Dinamarco, Declaração *ex officio* da incompetência relativa in *Ajuris*, 17/142; José Carlos Barbosa Moreira. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa, in *Revista de Processo* nº. No mesmo sentido, Conclusão nº 4 do VI ENTA (in RT 580/297).

jurisprudência⁽²⁾. A despeito disso, existe entendimento jurisprudencial divergente do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no sentido da admissibilidade da declaração *ex officio* da incompetência relativa, conforme firmado no verbete nº 28 da Súmula de sua jurisprudência predominante.

2. Cláusula abusiva de eleição de foro: questão de direito material.

Parece-nos que a questão não é apenas de direito processual, tendo gênese em fato jurídico mais complexo e abrangente que resvala para o campo do direito processual como mera consequência de um fenômeno jurídico mais grave, pelo que se nos apresenta legítimo o enfoque da matéria por este outro ângulo, que não meramente processual. Que a competência relativa não é de ser declinada de ofício é postulado que exsurge da análise simples da ciência do processo e da sistemática de nosso CPC, que exige que o réu lance mão do expediente processual da exceção para corrigir a incompetência relativa do juízo, sob pena de prorrogação da competência.

Contudo, o problema posto 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, merecendo ser revisitado, agora com base nos postulados modernos trazidos por leis novas cuja preocupação com as partes contratantes por adesão pode justificar tomada de posição orientada para sentido diferente daquele para a qual acena o direito processual civil ortodoxo.

O cumprimento da cláusula contratual de eleição de foro é expediente jurídico que, nos casos de contrato de adesão, em relação de consumo, pode vir a ocasionar vantagem excessiva para uma parte e, em contrapartida, ônus demasiado para outra. Ônus que de tal maneira favorece interesses de uma das partes que chega a afrontar direitos fundamentais da outra.

O Código de Defesa do Consumidor, que trata das relações de consumo, enumera as cláusulas contratuais abusivas em elenco exemplificativo (*numerus apertus*), como deflui da expressão "entre outras" constante do *caput* do artigo 51. A doutrina já mencionou a cláusula de eleição de foro em contrato de consumo, principalmente na forma de contrato de adesão, como cláusula abusiva sancionada pelo artigo 51 do CDC.⁽³⁾ O mesmo CDC reputa exagerada a cláusula que "se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso" (CDC, art. 51, § 1º, nº III).

Ora, esses dois aspectos fornecem ao magistrado mais do que mera análise processual do tema. Se a cláusula contratual, disfarçada de norma processual, na verdade é componente de apequenamento de uma das partes, em detrimento do próprio direito material que o contrato resguarda, não nos parece estar o Juiz preso à análise da competência relativa do foro, tão-somente. Afinal, o Código de Defesa do Consumidor consagra serem as normas do código, todas elas, quer as de direito material, quer as de direito formal, de ordem pública (art. 1º do CDC). Com base tão-somente nesta circunstância, pode o Magistrado de ofício e a qualquer tempo determinar o que entende mais consentâneo com o interesse que a norma visa a resguardar.

2. Súmula 33 do STJ: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". No mesmo sentido: RT 656/201, 653/214; RSTJ 33/379, 20/31, 6/89; RJTJSP 131/419, 128/419. Em sentido contrário, RT 603/138; RJTJSP 100/398; JTACivSP 95/155, 95/34.

3. Nelson Nery Junior, Código Brasileiro de Defesa ao Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, comentário nº 3 ao artigo 51, pág. 337 e segs. No mesmo sentido, Francisco de Paula Xavier Neto, A possível desconsideração do foro de eleição nos contratos de adesão, in "Revista de Processo" nº 56, pág. 200-202; Araken de Assis, Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão, in *Ajuris* 46-219; Juan Carlos Rezzónico, Contratos com cláusulas predispuestas: condiciones negociales generales, Astrea, Buenos Aires, 1987, § 398 e segs., págs. 563 e segs.

3. Razão de ser dos critérios determinativos da competência.

O nosso Código de Processo Civil levou em consideração, sob o ângulo dicotômico público-privado, dois critérios para determinar-se a competência: a ordem pública e o interesse privado.

Quando o interesse público reclama, a competência é ditada nesse mesmo interesse, razão pela qual se denomina competência absoluta. Nessa medida, não admite derrogação por vontade das partes, deve ser conhecida e declarada de ofício pelo Juiz, pode ser argüida a incompetência absoluta por qualquer das partes independentemente de exceção, não é suscetível de preclusão, podendo ser alegada e reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição. São dessa espécie a competência em razão da matéria (*ratione materiae*) e a hierárquica ou funcional. Caso seja a sentença proferida por Juiz absolutamente incompetente, pode ser rescindida pela via excepcional da ação rescisória (art. 485, n° II, CPC).

Quando, ao revés, a competência é ditada no interesse exclusivo das partes, porque irrelevante para a ordem pública, diz-se tratar-se de competência relativa. Como é determinada no interesse privado, não pode ser declarada de ofício a incompetência relativa pelo Juiz, somente pode ser argüida pelo réu na forma de exceção e deve sê-lo dentro do prazo para a resposta, sob pena de preclusão e conseqüente prorrogação da competência.

A competência relativa, sendo determinada por conta e causa do interesse meramente privado, é informada pelo princípio dispositivo. O Juiz, em matéria de direito dispositivo, não pode adiantar-se às partes, mas deve conservar a característica da inércia da jurisdição, somente se pronunciando se for provocado para tanto.

Assim, encontram-se absolutamente corretos os entendimentos majoritários, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, no sentido da impossibilidade do reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa.

Do contrário, os institutos da prorrogação da competência e da exceção de incompetência restariam inócuos e inoperantes no sistema do direito processual civil brasileiro.

4. A exceção de incompetência.

Mesmo sendo questão de direito material, surgem ainda dúvidas sobre a necessidade ou não de a cláusula abusiva de eleição de foro ser objeto de exame pela via da exceção de incompetência.

É fora de qualquer dúvida a possibilidade de o réu poder defender-se alegando a nulidade da cláusula por abusiva, invocando a regra do artigo 51 do CDC.

Dentro do sistema do processo civil tradicional, o problema teria equacionamento simples: eleição de foro é objeto de cláusula de direito privado, razão pela qual a parte teria de argüir eventual incompetência por meio de exceção.

No entanto, como essa questão não é somente de natureza privada, pois o artigo 51 do CDC veio modificar o direito privado nesse particular, o enfoque que o problema merece é de outra espécie: a abusividade de cláusula de contrato de consumo, notadamente de adesão, é questão *ex lege* de ordem pública (artigo 51, CDC).

Daí por que não pode ter o mesmo tratamento das demais cláusulas contratuais, de direito privado *stricto sensu*.

5. Cláusula abusiva de eleição de foro: questão de ordem pública.

O fato de o artigo 1º do CDC dispor que as normas de direito do consumidor são de ordem pública e o interesse social deve ter conseqüências práticas, já que a lei não contém palavras inúteis.

A mais importante conseqüência decorrente dessa norma, em nosso entender, é a caracterização da competência para as ações oriundas de relação de consumo, caso verificada a abusividade da cláusula de eleição de foro, como sendo **competência absoluta** e não relativa.

Isso somente ocorre, repetimos, quando o Juiz verificar que a cláusula de eleição de foro é realmente abusiva, pois em casos de contratação de *gré à gré* (não de adesão), em igualdade de condições entre as partes contratantes, a cláusula é válida e eficaz.

É muito comum em contrato de adesão de administração de consórcio de automóveis ou outros bens, a administradora ter filiais em várias cidades do país, realizar as reuniões em várias cidades do país, receber os pagamentos em várias cidades do país, mas incluir no formulário-padrão cláusula elegendo o foro da comarca de São Paulo como competente para as ações oriundas do contrato.

Nesses casos a abusividade é patente, porque busca o único e exclusivo interesse e comodidade do estipulante. Fere o artigo 51 do CDC e, conseqüentemente, deve ser declarada *ex officio* nula. É para estas hipóteses que deve ser aplicado o raciocínio aqui desenvolvido.

No início deste estudo dissemos que poderia haver quebra dos princípios constitucionais do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, bem como o da igualdade das partes, caso se desse operatividade à cláusula de eleição de foro em contratos de consumo, principalmente por adesão.

Na verdade, dizer que a cláusula, do ponto de vista tão-somente do direito material é nula, porque abusiva, é resolver pela metade o problema. O consumidor que obtivesse, a seu favor, a declaração da nulidade da cláusula, teria conquistado uma vitória de Pirro, pois teria contra si, até que eventualmente se saísse vencedor na exceção de incompetência, a cláusula gerando plenos efeitos práticos.

Isto porque, aplicando-se as regras do direito processual civil tradicional, o Juiz poderia *ex officio* nulificar a cláusula, mesmo antes da citação do réu, mas deveria aguardar atitude do demandado que quisesse argüir a incompetência por meio de exceção. Isto porque cairíamos na regra geral sobre competência no sistema do CPC: domicílio do réu, que é competência territorial e, portanto, relativa.

No entanto, caso assim procedêssemos, estaríamos dando operatividade, ainda que parcialmente, à cláusula nula de eleição de foro e, por outro ângulo, estaríamos negando conseqüência à caracterização das normas do CDC como sendo de ordem pública (art. 1º, CDC).

É que não interessa à ordem pública que o réu, consumidor, tenha dificuldades em empreender sua defesa, deslocando-se do foro de seu domicílio para argüir exceção de incompetência, no foro eleito em benefício único e exclusivo do estipulante do contrato de adesão. Haveria desrespeito aos princípios constitucionais aqui invocados.

Por conseguinte, é preciso que empreendamos eficácia à questão da nulidade da cláusula de eleição de foro, como questão de ordem pública, não apenas em seu sentido **material**, como tem pregado a correção a doutrina, mas também e principalmente em seu sentido **processual**.

Considerando essa matéria como sendo também processual, teremos que, forçosamente, reconhecer que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo foi o da **ordem pública**, razão por que estamos diante de hipótese processual que, ontologicamente, se caracteriza como de **Competência Absoluta**.

6. Não incidência da Súmula n° 33 do STJ.

A conseqüência a extrair-se da caracterização da competência das ações de consumo como sendo absoluta, é a de que o Juiz pode dela conhecer *ex officio*, podendo de ofício igualmente proclamá-la.

Sendo absoluta a incompetência do foro de eleição nas ações de consumo, onde se reconheceu a abusividade da cláusula, não incide na hipótese de o verbete nº 33 da Súmula da jurisprudência predominante no STJ, que se aplica somente aos casos de incompetência relativa em sentido estrito.

7. Conclusão.

Admitir que o magistrado faça, *ex officio* (art. 51, CDC), exame da abusividade da cláusula de eleição de foro em contrato de consumo (principalmente nos de adesão), permitir que ele nulifique a cláusula e permitir que ele decline *ex officio* da competência que surgiu em razão dessa cláusula nula, é aplicar e respeitar os princípios constitucionais da isonomia, do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes.