

poderia, a construção do armazém e do sistema de captação de águas pluviais, de modo que não há como negar sua legitimidade passiva" (fls. 492).

A recorrente, neste recurso especial, ao sustentar a existência de ilegitimidade, o faz com apoio no contexto probatório. Ela, após se reportar às suas razões de apelação, nas quais sustenta a sua ilegitimidade, com base nas provas, diz que:

"De fato, a documentação trazida aos autos pelos autores, primeiramente, é insuficiente e incerta, inexistindo a certeza de que os danos a serem ressarcidos pertençam aos apelados. Verifica-se, *in casu*, a carência de ação, argüida em fase anterior e tempestivamente.

Nos termos do artigo 267, VI, do diploma adjetivo, deveria ser o feito extinto sem julgamento de mérito, dada a clara ocorrência da ilegitimidade passiva do instituto réu" (fls. 551).

Como se vê, para examinar-se a argüida ilegitimidade da ré, teria o juiz de reexaminar as provas coligidas nestes autos e isso é vedado por nossa Súmula nº 7. Como a única pretensão da recorrente é a de ser decretada a sua ilegitimidade passiva (fls. 554) não se pode acolher o seu pedido.

Nego provimento ao recurso.

(*) *Conflito de Competência* Nº 17.735 — CE
(Registro nº 96.0040485-2)

Relator: Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*

Relator Designado: Ministro *Costa Leite*

Autor: *Consórcio Nacional Honda Ltda*

Réu: *Antônio Brito do Nascimento Junior*

Suscitante: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Quixadá-CE*

Suscitado: *Juízo de Direito da 40ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP*

Advogados: *Dante Mariano Gregnanin Sobrinho e outros*

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 no foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**, conhecendo do conflito e declarando competente a 1ª Vara Cível de Quixadá-CE, reconsiderou o seu voto o Sr. Ministro **Costa Leite**, para acompanhá-lo.

Suscitou Questão de Ordem o Sr. Ministro **Nilson Naves**, como preliminar, para submeter a matéria à apreciação da Corte Especial. Colhidos os votos, a Seção, por maioria, entendeu ser a matéria da competência da 2ª Seção. Vencidos os Srs. Ministros **Bueno de Souza** e **Nilson Naves**.

Retomando o julgamento, a Seção, por maioria, conheceu do conflito e declarou competente a 1ª Vara Cível de Quixadá-CE, a suscitante.

Votaram com o Sr. Ministro **Costa Leite** os Srs. Ministros **Eduardo Ribeiro**, **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, **Cesar Asfor Rocha** e **Ruy Rosado de Aguiar**.

Votaram vencidos com o Relator os Srs. Ministros **Romildo Bueno de Souza** e **Nilson Naves**. Não participou do julgamento o Sr. Ministro **Barros Monteiro**.

Brasília-DF, 13 de maio de 1998 (data do julgamento). Ministro **Waldeemar Zveiter**, Presidente. Ministro **Costa Leite**, Relator designado.

(*) (Indicado pelo Sr. Min. Eduardo Ribeiro)

(Publicado no DJ de 16.11.98)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Alberto Menezes Direito**: Conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Quixadá-CE, suscitante, e o Juízo de Direito da 40ª Vara Cível de São Paulo-SP, suscitado, havendo dúvida sobre qual o juízo competente para processar e julgar ação de busca e apreensão proposta por *Consórcio Nacional Honda Ltda* contra *Antônio Brito do Nascimento Júnior*.

A ação foi proposta perante o juízo suscitado que, de ofício, declinou de sua competência para o juízo suscitante, da comarca onde o réu é domiciliado, por entender que o foro eleito no contrato seria prejudicial ao andamento do feito e à defesa do demandado (fls. 14 a 18).

O juízo suscitante, por sua vez, entende que, por se tratar de competência relativa, não poderia o juízo suscitado declinar da competência *ex officio* (fls. 20/21).

Opina o Dr. *Henrique Fagundes*, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pela competência do juízo suscitado, invocando a jurisprudência desta Corte (fls. 25 a 28).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito* (Relator): Discute-se nos presentes autos sobre a possibilidade do Juiz de Direito declinar de sua competência, *ex officio*, para processar e julgar ação de busca e apreensão de bem móvel, afastando, inclusive, a cláusula de eleição de foro prevista em contrato de adesão.

A hipótese dos autos, como se pode observar, versa sobre a competência territorial, regida pelas normas dos artigos 94 e seguintes do Código de Processo Civil, admitindo-se derrogação pela vontade das partes (art. 111) e prorrogação (art. 114) por possuir natureza relativa.

Nesse sentido, aplicável o disposto no art. 112 do mesmo código que determina seja a incompetência relativa argüida por meio de exceção, vedando-se a sua declaração *ex officio*, conforme jurisprudência consolidada nesta Corte através da Súmula nº 33, *verbis*:

“A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.”

Com efeito, ao contrário do que foi decidido pelo Tribunal *a quo*, o juízo suscitado não poderia, como o fez, declinar da própria competência sem a provocação da parte interessada, mesmo que se trate de contrato de adesão.

A propósito, trago, ainda os seguintes precedentes:

“Competência. Foro de eleição. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Declinação de ofício.

— A jurisprudência predominante neste Tribunal não admite a suscitação de ofício de incompetência relativa (Súmula nº 33), nem quando se trata de cláusula de eleição de foro constante de contrato de adesão.

— Ressalva da posição do relator.” (REsp nº 102.333-SP, 4ª Turma, Relator Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, DJ de 03.02.97).

"Conflito de competência. Execução de título extrajudicial. Cheque. Competência territorial." Súmula nº 33-STJ.

1. "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (Súmula nº 33-STJ.)

2. "Conflito de competência conhecido para declarar competente o juízo de direito suscitado." (CC nº 16.138/MG, 2ª Seção, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23.09.96).

"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício (Súmula nº 33), ainda que se trate de contrato de adesão. Precedentes da 2ª Seção do STJ. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado." (CC nº 16.650/PR, 2ª Seção, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 26.08.96).

"Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão.

A teor da Súmula nº 33-STJ, a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício. Eventual descon sideração da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, por repontar obstáculo à defesa, depende da iniciativa do réu, nos termos da lei processual. Recurso conhecido e provido." (REsp nº 71.704-SP, 3ª Turma, Relator Ministro Costa Leite, DJ de 01.07.96).

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 40ª Vara Cível de São Paulo-SP.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: A questão posta a julgamento é objeto de significativas divergências nos tribunais. Algumas das mais respeitáveis cortes dos país, considerando abusiva a cláusula de eleição de foro, se resulta manifesta dificuldade para a defesa do réu, entendem que, notadamente quando se cuide de contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor, deve o juiz, de ofício, proclamar a nulidade da avença e, também de ofício, declinar da competência.

Este Tribunal não se tem mostrado infenso a admitir a nulidade da cláusula, em certas circunstâncias. A dificuldade está em que, mesmo se abstraindo da existência da cláusula em questão, é certo tratar-se de competência territorial, em regra relativa. Desse modo, persistiria a impossibilidade de o juiz, sem prévia provocação da parte, reconhecer sua incompetência.

A matéria foi trazida a esta Segunda Seção, a quem se submeteu a decisão do REsp nº 61.447, de que relator o Ministro **Ruy Rosado**. Com três votos vencidos, entendeu-se que era caso da Súmula nº 33, não podendo o juiz declarar-se incompetente sem que fosse deduzida a exceção.

Não proferi voto naquela oportunidade, por encontrar-me na presidência da Seção. Já examinara o tema, entretanto, na Terceira Turma, ao relator o REsp nº 61.210 e a decisão foi no mesmo sentido. Salientei que a questão se achava, não na nulidade da cláusula, mas na impossibilidade da declaração de ofício da incompetência.

Meditando com mais vagar sobre o tema, entretanto, convenci-me de que a matéria poderia ser revista. E animei-me a novamente suscitá-la, por perceber que dessa inquietação participavam outros colegas.

É tradicional na doutrina o entendimento de que a competência é absoluta quando a razão de ser de sua fixação diga com a melhor administração da Justiça. Por isso, de ordem pública. Tratando-se de competência territorial, a que nos importa, a vinculação de uma lide a determinada comarca parte da suposição de que o juízo ali sediado se encontrará em melhores condições de decidir com acerto, em virtude mesmo da proximidade dos elementos que dizem com o litígio. É o que claramente sucede, por exemplo, nas ações relativas a direitos reais sobre imóveis.

A competência territorial é em regra relativa, por ter em conta, mais frequentemente, a conveniência do réu. Ao autor, assinala-se, caberá escolher o momento mais adequado para propor a ação, dispondo de tempo para reunir o que reputar adequado à boa condução do processo. Ao demandado se reserva responder em seu próprio domicílio.

Como não se trata de critério que se prenda ao interesse da Justiça, mas ao da parte, admite-se que sobre isso possa ela dispor, seja contratualmente, seja uma vez iniciado o processo, bastando que, proposta a ação em foro diverso do que o deveria ser, o réu não objete. Pode suceder, como observa BARBOSA MOREIRA, que seu domicílio não se apresente como o que lhe é mais conveniente, em determinado caso. E se ele próprio assim entende, não há razão para impor-lhe outro, que aparentemente mais lhe conviria (*Revista de Processo* nº 62, p. 28 e seguintes). A não apresentação de exceção será entendida como concordância em que o processo tenha seu curso em local diverso daquele que, por supor de seu interesse, a lei lhe assegurava como foro onde haveria de ser acionado.

Ocorre que várias circunstâncias podem concorrer, fazendo com que as coisas não se passem desse modo.

Assim é que, em alguns casos, antes mesmo da citação, medidas coercitivas são eventualmente tomadas em relação ao réu, como sucede nas buscas e apreensões, relativas a contratos garantidos por alienação fiduciária, onde comumente esse problema se tem colocado. O bem é apreendido quando ainda não houve ensejo de excepcionar a competência e, caso não se ofereça contestação em três dias, sobrevirá sentença e a alienação da coisa dada em garantia.

Quando a apreensão e citação se façam por precatória, em comarca distante daquela em que proposta a ação, estar-se-á, praticamente, negando o direito de defesa. Não há como o réu apresentar resposta oportuna, perante juízo que pode estar situado a milhares de quilômetros de distância.

Em hipóteses como essa e outras semelhantes, não se está diante simplesmente da maior conveniência para o réu, da facilidade que possa ter para defender-se. Em verdade, se estará negando o direito a um processo justo, que esse supõe a possibilidade do exercício da defesa. Só por uma ficção se poderá admitir que o réu aquiesceu em ser demandado em local diverso daquele em que o deveria ser, por parecer-lhe, no caso concreto, mais conveniente.

Se assim é, vê-se que as razões conducentes a considerar a competência territorial como relativa, susceptível de ser modificada pelo comportamento das partes, não se acham presentes em hipóteses como a em exame. O acerto da decisão, que se busca ao ligar uma lide a um território, nos casos de competência absoluta, reclama se dê a tais casos o mesmo tratamento. Bem mais importante que a proximidade, do juiz, de elementos físicos ligados ao litígio, levada em conta para ter-se, em certas circunstâncias, como absoluta a competência territorial, será garantir-se uma defesa minimamente eficaz.

Se tais considerações já permitem se conclua pela admissibilidade de ampliar-se a essas hipóteses os casos de competência territorial absoluta, a questão, a meu sentir, torna-se indubitosa quando examinada em vista do Código de Defesa do Consumidor.

As disposições desse são de ordem pública, como explicita seu artigo 1º. Ora, um dos direitos básicos do consumidor é a facilitação da defesa de seus direitos (artigo 6º, VIII), o que não se coaduna com cláusula contratual que lhe imponha defesa em foro onde o exercício dessa se evidencie como particularmente difícil. Ademais, é nula cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, como tal havendo de considerar-se aquela que lhe acarrete sensível prejuízo para a defesa. De nada vale garantir-se o consumidor, no plano do direito material, se se admite possa sua defesa ser sensivelmente prejudicada.

Tenho como adequadas as observações da Dra. *Rosa Maria de Andrade Nery*, a propósito exatamente do tema, sustentando não incidir a Súmula nº 33 deste Tribunal, e de que transcrevo trecho:

“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*." — *Justitia*, v. 167, p. 49.

Concluo, em vista do exposto, que a incompetência pode ser reconhecida de ofício.

No caso, peço vênia para declarar competente o suscitante.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite: Sr. Presidente, incluindo-me entre aqueles que o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro se referiu como tendo manifestado inquietação em relação ao tema, apresso-me agora, diante dos argumentos expendidos no douto voto de S. Exa., em retificar o meu voto e o faço convencido de que S. Exa. procedeu à correta exegese do Código de Defesa do Consumidor.

Esse diploma legal, em verdade, trouxe um certo equilíbrio nas relações de consumo a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e isso não pode operar apenas no plano do Direito Material, daí que, como expresso, deve-se facilitar a defesa dos direitos do consumidor. Ora, se assim é, para que não se frustre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, faz-se mister entender que se trata mesmo de competência absoluta.

Tais as circunstâncias, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para retificar o meu voto e acompanhar a divergência que agora se inaugurou.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Como não me lembrava de que o tema estava com pedido de vista nesta Segunda Seção, coincidentemente trouxe a esta sessão o Conflito de Competência nº 20.826, que dele trata, comungando do mesmo entendimento que ora vêm de externar os Ministros Eduardo Ribeiro e Costa Leite, embora sem o brilho de S. Exas.

Desejo também salientar que esta, sem dúvida, é uma preocupação desta Seção, há muito tempo inquietada com as conseqüências resultantes do atrito

entre o Enunciado nº 33 da nossa súmula e a legislação decorrente do Código de Defesa do Consumidor.

Impressionou-me, no caso que tenho em mãos, e que trarei hoje a julgamento (CC nº 20.826-RS), a argumentação do Juiz de São Paulo, que versa não só sobre o tema da adesão, mas também sobre a dificuldade do acesso ao Poder Judiciário e sobre a norma do art. 51 do referido Código, em torno da cláusula abusiva, da cominação de nulidade de tal cláusula e do caráter de ordem pública dessa norma, a tornar a competência, no caso, absoluta e não relativa.

Há muito vinha buscando uma solução que compatibilizasse o posicionamento tradicional da doutrina, refletida no Verbete Sumular nº 33, com a dinâmica da nossa realidade, refletida no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em um país de dimensões continentais como o nosso.

Assim, rogando vênias aos Ministros que votaram em sentido contrário, especialmente ao Ministro-Relator, que retratou em seu erudito voto o pensamento até então majoritário nesta Seção, voto com a divergência, já adiantando o entendimento que vou externar no citado Conflito de Competência nº 20.826, ainda nesta data.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: Senhor Presidente, peço a paciência de meus ilustres pares para aditar ao meu voto, já proferido em sessão anterior, que, a despeito do brilho e da alta sensibilidade que inspiram os pronunciamentos que acabamos de ouvir, no tocante a ser absoluta a competência territorial em tema de Código do Consumidor e principalmente do juiz ao qual a causa é dirigida — assegurando-se-lhe a prerrogativa de demitir-se dela e de remetê-la àquele que, a juízo do juiz, seria a mais cômoda e a mais favorável ao réu.

Peço vênias, para submeter à meditação refletida ao longo do tempo dos meus eminentes pares, que não creio que o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor — excelente lei, sem dúvida — comporte apenas uma leitura, rigidamente limitada na sua abrangência. Acredito que, mesmo em relação ao art. 1º desse Código, se pode dizer, como no Evangelho de João, capítulo 14, que “na Casa de Deus há muitas moradas”. Assim também, há várias leituras possíveis; por exemplo, ao dizer o Código, no art. 1º, que a defesa e a proteção do consumidor é matéria de ordem pública e interesse social. Cabe perguntar: mas tudo que está no Código? Seria essa uma interpretação compatível com os princípios de um tema tão árduo, como a ciência da interpretação? Faço estas ponderações, porque nesta sessão ainda devo relatar caso exemplar, em que o juiz da 35ª Vara do Rio de Janeiro remeteu a causa para além do aeroporto de Confins e suscitou não ser o competente, com razões impressionantes. Pergunto-me se o juízo da causa será o órgão mais adequado para dizer o que é conveniente para o réu.

O art. 51 do Código de Defesa diz que são nulos de pleno direito, entre

outras, as cláusulas contratuais relativas — questão referente à eleição de foro. No caso que pretendo relatar, tratava-se de eleição de foro e as partes não fizeram questão; o autor não usou o foro eleito e o réu não impugnou o foro utilizado pelo autor.

O art. 101 diz assim: Na ação de responsabilidade civil de fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo ao disposto nos capítulos 1º e 2º desse título, serão observadas as seguintes normas: primeiramente, a ação pode ser proposta no domicílio do autor. Pode sê-lo também no domicílio do réu.

O Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro** (Aparte): V. Exa. me permite? Se não estou equivocado, esse dispositivo insere-se no capítulo do Código de Defesa do Consumidor que versa sobre a defesa do consumidor em juízo e trata da posição do consumidor como autor.

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: Sim, mas aqui não é possível medir qual é o gênero mais importante de causas para quem está em juízo, principalmente para quem é chamado a juízo. Não há dúvida de que em tema de responsabilidade civil do produtor, das coisas industriais e também do prestador de serviços, trata-se de um dos capítulos mais importantes do Código do Consumidor. Até mesmo pela sua incidência estatística.

No caso, o Código adotou a competência relativa. Não me ponho contra o entendimento que sustenta que essa competência possa, neste ou naquele caso, qualificar-se como absoluta ou relativa. O que penso é que a efetividade do processo não depende de juízes adivinhos, que se adiantem na perscrutação, dando motivo à demora, como aqui temos dois casos de conflitos por causa desse tema. Esse encorajamento a juízes para que eles se dispam das causas no pressuposto de que assim agindo tutelam mais eficazmente o direito de uma das partes; isso é tão estranho à nossa tradição, e é tão difícil demonstrar o quanto isso será, na grande maioria dos casos, de utilidade geral, haja vista a multiplicação dos conflitos, que impõe maior reflexão.

Portanto, penso que a Súmula nº 33 certamente não será impedimento para o encontro de solução mais plástica, flexível, do que esta de dizermos que o juiz pode rejeitar a causa, mesmo porque ele aplicará isso fora do Código do Consumidor também. Onde quer que alguém seja demandado e o juiz pense que “esse réu bem que podia ser mais bem demandado no domicílio tal”, manda o juiz o réu para lá. E depois o réu não quer, tem que ir ao tribunal, e o do tribunal tem que vir ao STJ.

Estou aditando o meu modesto voto, pois, quando o proferi, não previ que a Segunda Seção estivesse assim tão sensibilizada pelo tema, para que fique claro que, muito ao contrário do que geralmente acontece, não posso render-me à elegância e à douda fundamentação do voto do Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**, acompanhado pelos Srs. Ministros **Costa Leite** e **Sálvio de Figueiredo Teixeira**.

Essa chamada eficácia do processo é realmente algo que se impunha. O primeiro grito foi de **CALAMANDREI**, em 1950, no Primeiro Congresso Internacio-

nal de Direito Processual Civil. O segundo, depois daquele congresso presidido por CALAMANDREI, em Florença, foi do próprio CALAMANDREI, quando, no México, comemorando o 400º aniversário da universidade, escreveu, como oferta àquela universidade, o seu livro *"Processo e Democracia"*. Ali, CALAMANDREI insistia em que é preciso que as conquistas da ciência do processo se convertam em benefícios concretos para as partes litigantes.

Sem dúvida, devemos caminhar nessa direção; estamos em débito com ela por quase 50 anos, desde o discurso de CALAMANDREI. E muitas vezes encontramos formas de aperfeiçoamento da lei buscando lá nas origens, como o processo monitorio, que está nas ordenações afonsinas; depois, deixou de prestar serviço e agora presta o serviço novamente. Essa doutrina de que o juiz deva aguardar as expressões das partes e que propunha um juiz moderado, embora até ativista, dependendo das circunstâncias e dos temas, merece um cuidado mais refletido, a fim de que os bons propósitos que venham a mover essa jurisprudência não venham a prestar serviço a uma banalização de institutos, pois os institutos de Direito Processual não são muito infensos a muitas mudanças, porquanto refletem muito da tradição e da experiência.

Peço escusas pelo alongado desta exposição.

O Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro** (Aparte): V. Exa. me permite? Embora não concorde com as conclusões de V. Exa., quero reiterar que fico sempre encantado quando V. Exa. expõe suas idéias sobre processo.

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: É o mesmo que se dá, comigo, com a diferença de que geralmente acompanho o voto de V. Exa.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: Senhor Presidente, o que não podemos negar é que lá, também, os réus são citados e poderão ou não argüir a exceção. As outras unidades fracionárias do Tribunal também discutem e deliberam sobre se for a competência relativa, também haver conflitos; trata-se de uma jurisprudência sobre conflitos. Penso que as razões inclinam-se mais no sentido de que a Corte seja ouvida.

VOTO

O Sr. Ministro **Nilson Naves**: Sr. Presidente, editada pela Corte Especial, em 24.10.91, reza a Súmula nº 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 esse 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.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho a divergência iniciada pelo Sr. Ministro Costa Leite, com respeitosa vênia dos demais eminentes Ministros que de Sua Excelência divergiram.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente Ministro Costa Leite.

Peço permissão para reproduzir os fundamentos pelos quais tenho até aqui votado vencido:

“Quando se trata de contrato de adesão, cujas características são bem conhecidas, mas que se destaca pela superioridade da vontade do estipulante e reduzido âmbito de escolha do aderente, a validade da cláusula de foro de eleição deve ser de logo examinada, para que não sirva de invencível acesso à justiça. Nesse caso, como comumente ocorre nos contratos de consórcio, de fornecimento de bens à distância, de financiamento com garantia de alienação fiduciária, *leasing* etc., tem o juiz que recebe a petição inicial o dever de examinar a validade e eficácia de tal cláusula e impedir que, através de seu cumprimento, esteja sendo sobremaneira dificultada a defesa do réu, especialmente quando há a possibilidade de deferimento de medida liminar. Os princípios constitucionais de acesso à justiça e de ampla defesa devem ser preservados e aplicados em todas as situações processuais, ainda quando está a decidir sobre a competência de foro. Daí porque, em se tratando de foro de eleição favorável ao estipulante de contrato de adesão, quando desde logo evidenciado que o demandado terá extrema dificuldade para exercer sua defesa, e assim caracterizada a abusividade da cláusula, incumbe ao juiz impedir que ela tenha eficácia, declinando da sua competência para o foro de domicílio do réu. É caso de nulidade de pleno direito, decretável de ofício.

É uma situação específica, que não interfere com o enunciado do Súmula nº 33, a qual não foi elaborada para permitir a aplicação e os efeitos de cláusula abusiva, havendo lei expressa determinando a sua anulação de ofício.

Foi assim que já me manifestei no CC nº 13.632-6-

MG, onde, no entanto, ficou mantida a validade da cláusula porque a devedora era uma empresa de porte, que não estava inibida de exercer sua defesa no lugar escolhido.

Neste julgamento, porém, a eficácia da cláusula coloca o consorciado em clara desvantagem, impedindo praticamente sua defesa em juízo, pois a estipulação de foro de eleição na cidade de São Paulo está feita em prejuízo do réu, domiciliado no Estado de Sergipe. Proposta a ação de busca e apreensão, com possibilidade de deferimento de medida liminar, cujo efeito é a imediata perda da posse, a exigência de o réu apresentar a declinatória perante o foro de São Paulo significará, na prática, a negação do seu direito.

Penso que tem aqui boa aplicação o conceito de ordem pública, cláusula geral (art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil) que serve como instrumento regulativo na aplicação do sistema, e nos auxilia na solução do aparente impasse em que nos defrontamos: de um lado, o juiz que examina liminarmente a petição e afasta a validade da cláusula do foro de eleição, para reconhecer a sua incompetência; de outro, a regra de que a incompetência em razão do lugar é relativa e deve ser suscitado pelo interessado.

A Lei nº 8.078/90 se auto-define como sendo norma de ordem pública, e seus preceitos devem, portanto, prevalecer sobre as outras que não apresentem tal característica. Assim, há de se considerar como limitativa da autonomia privada a regra que considera nula de pleno direito a cláusula do foro de eleição, quando colocar o aderente em evidente desvantagem (art. 51, § 1º, III), e, em vez de facilitar a defesa dos seus direitos, como está prescrito no artigo 6º, VIII, a dificulta sobremaneira.

Ainda que inexista norma específica para a solução da hipótese ora examinada, onde duas regulações estão em aparente conflito, há de se extrair do conceito de ordem pública, atuando como verdadeiro topos, o critério regulador da aplicação judicial. No caso, acredito, o interesse prevalente, que de outro modo ficaria praticamente eliminado, é o de preservar o direito do aderente em exercer sua defesa no foro de seu domicílio, e não na Capital de São Paulo, a milhares de quilômetros de distância. A exigência formal da prévia manifestação do

interessado com a provocação do juízo para a declinatória do foro, deve aqui ceder passo à necessidade de garantia de norma prevalente." (REsp nº 147.092-SP, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ de 15.12.97).

Assim, quando evidenciado que a defesa do consumidor em juízo ficará sensivelmente prejudicada se tiver de ser exercida no foro onde proposta a ação, escolhido pelo autor em atenção à cláusula de eleição, cabe ao juiz declinar de ofício de sua competência em favor do foro de domicílio do réu porque incide regra de ordem pública de proteção, prevalente tanto sobre a cláusula contratual como sobre a norma que exige a provocação da parte em casos de competência relativa.

VOTO
(Questão de Ordem)

O Sr. Ministro **Barros Monteiro**: Sr. Presidente, penso também que o conflito de competência deva ser resolvido no âmbito desta Seção.

Conflito de Competência Nº 18.967 — MG
(Registro nº 97.001077-5)

Relator: Ministro *Barros Monteiro*

Autora: *Andréa Ribeiro da Costa*

Réu: *Denison Pires Hauck*

Suscitante: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Ouro Preto-MG*

Suscitado: *Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Santo André-SP*

Advogados: *Zorayde Pilar Gonçalves Amaro e outro e Dilson Gomes Zeferino e outro*

EMENTA — Competência — Guarda de menor disputada pelo pai e mãe — Art. 147, inc. I, da Lei nº 8.069, de 13.07.90 — Inteligência.

Em caso de disputa do menor por seus pais, não sendo possível definir-se a competência de juízo em face do pátrio poder, já que exercido por ambos, cabe lançar-se mão do domicílio daquele que lhe tem a guarda, para fins de determinação dessa competência.

Conflito conhecido, declarado competente o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, de-