

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO DIREITO DO CONSUMIDOR¹

Dara Idia Nabate Feitosa

Nicholas Pereira Serejo²

Thaís Emília de Sousa Viegas³

Sumário. 1 Introdução. 2 Proteção contratual no âmbito consumerista. 3 Cláusulas abusivas e o foro de eleição. 4 Entendimento Jurisprudencial da cláusula de eleição de foro. 5 Conclusão. Referência.

RESUMO

O presente estudo buscou analisar a cláusula de eleição de foro sob a perspectiva doutrinária e jurisprudencial, onde, por meio de pesquisa bibliográfica exploratória, alcançou-se um maior entendimento sobre o trato da mesma no decurso do tempo. Primeiramente foi abordada, em linhas gerais, a proteção contratual no âmbito consumerista e como houve a modificação dos princípios norteadores das relações de consumo. Em sequência discorreu-se sobre as cláusulas abusivas com especial enfoque à cláusula de eleição de foro. Por último foi apresentado uma série de julgados a fim de demonstrar a mudança de entendimento, por parte dos tribunais, no trato da cláusula de eleição de foro, bem como diversos conceitos condicionadores do mesmo, que levou ao entendimento do reconhecimento da mudança jurisprudencial que de protetiva do consumidor passou se adaptar ao novo perfil do consumidor, relativizando direitos relacionado à cláusula de eleição de foro, que figuravam-se como inquestionáveis.

Palavras-chave: Pacta Sunt Servanda. Boa-fé objetiva. Cláusulas Abusivas. Cláusula de eleição de foro. Hipossuficiência.

1 INTRODUÇÃO

Em termos gerais pode-se afirmar que com a mudança comportamental do consumidor para o consumo em massa demandou dos fornecedores de bens e serviços a adoção de certas práticas mercadológicas objetivando dinamizar a relação entre estes e o consumidor, dentre estas práticas destaca-se a criação dos contratos de adesão que em muitos

¹ Paper apresentado ao projeto de pesquisa Direito do Consumidor na Contemporaneidade, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

² Alunos do 6º período, do curso de Direito da UNDB

³ Professora Mestre, Orientador.

momentos, ao se avaliar o caso concreto, leva, de diversas formas, ao estabelecimento de uma relação desequilibrada e abusiva em desfavor do consumidor (MIRAGEM, 2016).

Em reação a tal situação mudanças principiológicas e legais se fizeram presente no intuito da busca do reequilíbrio das relações de consumo, destacando-se o reconhecimento do consumidor como vulnerável e por isso merecedor de amparo do ordenamento, e o direito ao acesso à justiça, que figura-se como um dos direitos básicos do mesmo e de vital importância para proteção e sustentação os conceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Observando a dinâmica acima mencionada, juntamente ao reconhecimento do consumidor enquanto vulnerável, que levantou-se o questionamento sobre como o ordenamento pátrio e a jurisprudência tem se posicionado diante das cláusulas abusivas, em especial a cláusula de eleição de foro presente em tais contratos.

Como pode ser visto a presente pesquisa apresenta relevância social, acadêmica e moral, e objetiva ampliar o entendimento que se tem sobre as mudanças ocorridas com o advento do CDC, bem como o CPC de 2015, discorrendo sobre as mudanças principiológicas que norteiam os contratos de consumo, os efeitos da previsão legal da vedação às cláusulas abusivas, bem como as relativizações dos direitos do consumidor advindas das novas interpretações dos tribunais no que tange à cláusula de eleição de foro em relações de consumo.

Por meio de pesquisa bibliográfica exploratória, que segundo Gil (2002) é a que nos traz maior compreensão sobre determinado assunto que se pretende estudar, realizou-se com base em livros, jurisprudência e legislação pertinente, o presente paper, objetivando um melhor entendimento sobre as mudanças de entendimento sobre as cláusulas de eleição de foro no decurso do tempo.

No presente trabalho é discorrido primeiramente sobre a proteção contratual no âmbito consumerista, em seguida será abordada, em linhas gerais, sobre as cláusulas abusivas e em especial sobre a cláusula de eleição de foro, e por fim, através do método indutivo, que segundo Marconi e Lakatos (2003) é um processo mental que parte de dados particulares a fim de se inferir uma verdade geral, apresenta-se, de forma sucinta, uma análise de algumas decisões dos tribunais, em especial de julgado recente do STJ, o REsp 1675012/SP de 2017, para assim se obter uma visão mais clara sobre a nova postura adotada nos tribunais no que tange às cláusulas de eleição de foro no âmbito consumerista.

2 PROTEÇÃO CONTRATUAL NO AMBITO CONSUMERISTA

Modernamente tem-se falado sobre a proteção da justiça em face do consumidor. Existe uma concepção tradicional sobre o acesso à justiça que se manifesta por meio do acesso ao poder judiciário, diferente da atual concepção que se revela não apenas como o acesso às vias judiciais, mas também como o acesso ao direito, tornando-o conhecido de forma que permita uma decisão justa (MIRAGEM, 2016).

Essa nova realidade conceitual tem acompanhado a mudança de paradigma presente nos contratos de consumo. Com o advento da lei 8.078/1990 surgiu a revisão contratual e a resolução ou declaração de nulidade do contrato em decorrência dos abusos de direitos praticados pelos fornecedores de produtos, observando os artigos 39 e 51 do Código de defesa do Consumidor - CDC que tratam de práticas e cláusulas abusivas que podem ser invalidadas acabando com seus efeitos (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Essa mudança de mentalidade é acompanhada de princípios que vão nortear as relações consumeristas como o princípio da função social dos contratos e o da boa-fé objetiva que como bem expressa Gangliano e Pamplona Filho (2008) o contrato deve levar em conta os impactos sociais e morais, devendo ser valorados pelo ordenamento pátrio como inegável exigência jurídica, além disso, nas relações jurídicas a boa-fé é um requisito que deve estar presente, devendo as partes guardar entre si a lealdade e o respeito que se espera de um homem comum (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

É preciso observar que os contratos, antes de tudo, são um fenômeno econômico, ou seja, não foi uma criação do direito, logo a função social que é dada aos contratos não pode deixar de considerar sua função natural e primária que é a econômica, assim a liberdade de contratar deve estar presente dentro da função social do contrato, este deve “propiciar circulação da propriedade e emanações desta, em clima de segurança jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 219).

Pois bem, é a partir do contexto de segundo pós-guerra (1945) em face do surgimento de meios de produção e comércio que vai surgir novos paradigmas em relação à teoria dos contratos que passa a desconstruir a ideia de igualdade formal entre os indivíduos, onde os contratantes e fornecedores passam a ser desiguais nas determinações contratuais, o que contribuiu, para uma maior proteção ao consumidor, visto que, este nas relações contratuais, é o mais fraco (MIRAGEM, 2016).

Surge o fenômeno conhecido como massificação dos contratos, ou seja, inúmeras pessoas entraram no mercado consumidor e houve a necessidade de estabelecer certas práticas comerciais e contratuais condizentes à nova realidade posta, estabelecendo contratos padronizados que faziam com que um dos contratantes aderisse cláusulas de adesão ou

condições gerais, como também o uso da publicidade como técnica de persuasão sobre a oportunidade de ter certos bens e serviços dinamizando as relações de consumo (MIRAGEM, 2016).

No entanto, como já tratado, os próprios consumidores e fornecedores não eram tratados de forma desigual, isso porque na teoria clássica dos contratos prevalecia as influências do racionalismo jurídico nos séculos XVII e XVIII onde o contrato era visto como ato formal de conteúdo determinado estritamente pela vontade humana livre e consciente das partes contratantes, estabelecendo o princípio do consensualíssimo e do *pacta sunt servanda*, sendo o princípio da autonomia da vontade como o corolário do vínculo e responsabilidade contratual (MIRAGEM, 2016).

Com isso, de acordo com Tartuce (2017), pode-se definir a autonomia da vontade como o princípio que norteava as relações contratuais no passado, pois com o advento dos ideais liberais este princípio também denominado de consensualíssimo expressava unicamente a vontade livre e contrapostas que faz surgir o consentimento que era à base do negócio jurídico contratual (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

O pacto era realizado entre as partes e sem a interferência de terceiros como o próprio Estado, tanto é que as leis civis passam a intervir nas relações contratuais como forma de coibir abusos de direito por meio de ferramentas jurídicas em favor do hipossuficiente econômico, no que tange à responsabilidade civil objetiva, a desconsideração da pessoa jurídica, a teoria da imprevisão, a inversão do ônus da prova e uma nítida demonstração de tal fato é a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº. 8.078, de 1990 (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Segundo Gangliano e Pamplona Filho (2008), em conformidade ao entendimento de Arnold Wald, a autonomia da vontade pode ser a liberdade de contratar e a liberdade contratual, onde o primeiro é a faculdade de contratar ou não determinado contrato e o segundo é onde se estabelece o conteúdo do contrato (WALD, 1995, p. 162 *apud* GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 34).

Em relação ao princípio do *pacta sunt servanda*, decorrente do princípio da autonomia privada, tinha força de lei, força obrigatória, tudo o que era estipulado pelas partes na avença, fazendo os contratantes cumprirem a risca o conteúdo do negócio jurídico, tornando limitada a vontade a partir do momento que as partes consensualmente contratavam (TARTUCE, 2017).

Sendo previsto no direito romano, este princípio com força de lei era previsto como regra devendo prevalecer o *pacta sunt servanda* ou a força obrigatória do estipulado no

pacto, sob pena de gerar insegurança jurídica, não poderia de forma alguma ser o contrato revisado ou extinto (TARTUCE, 2017).

Todavia esta realidade mudou a partir da eclosão de Primeira Guerra Mundial, os franceses acabaram por admitir revisões contratuais pelo fato de ter ocorrido à inviabilidade de executar o acordo em decorrência da guerra, surgindo à teoria da imprevisão (MIRAGEM, 2016).

Além disso, ocorreram diversas mudanças como a questão da igualdade formal e a própria relativização dos princípios norteadores dos contratos o que contribuiu para implementar vários sistemas jurídicos e leis específicas como o próprio CDC a fim de proteger o consumidor agora reconhecido como tal (MIRAGEM, 2016).

Em relação aos princípios clássicos e a qualidade de não ser extinto ou revisado diante na nova realidade jurídica e fática do mundo capitalista e pós-moderna, inviabilizou-se essa concepção por fatores como a globalização do mundo, a questão da livre concorrência, a dominação do crédito por grupos econômicos, além na manipulação dos meios de marketing que impactaram o direito contratual (TARTUCE, 2017).

Diante da nova realidade, o princípio da força obrigatória não é mais visto como regra geral como antes, sua força obrigatória é uma exceção à regra que se estabeleceu dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo, sendo, portanto um princípio mitigado, apesar de previsto na atual codificação, pois o contrato firmado hoje não deixa de ser uma obrigação da qual as partes se comprometem a cumprir o estabelecido, sob pena de consequências vindas do inadimplemento, deste modo tanto a doutrina, como a, jurisprudência, se ocuparam em diminuir seus excessos do passado (AZEVEDO, 2002, p. 116 *apud* TARTUCE, 2017, p. 120).

Esses princípios se modificam com a entrada do CDC – ganhando destaque os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva o que levou a mitigação do princípio da *pacta sunt servanda*, com isso precisou se desvincular de paradigmas clássicos como a imposição absoluta dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* já esclarecido (MIRAGEM, 2016).

Outro fator influenciador do direito do consumidor em relação às mudanças que estavam ocorrendo em relação a teoria contratual, consequência dos novos princípios, é o reequilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores além da proteção da parte mais vulnerável, colocando novos deveres as partes como a questão da boa-fé, os contratos de consumo passam a ser os primeiros a entrar no direito brasileiro e junto com ele se vê o surgimento de diversas fases na relação obrigacional, que vai desde a publicidade até a oferta,

entram nesse rol a fase de execução até após a extinção do contrato, as práticas e cláusulas abusivas que cominam em nulidade (MIRAGEM, 2017).

As relações contratuais passam a ser regidas à luz da boa-fé objetiva, como o próprio Código Civil - CC no campo obrigacional e em 2002 com a vigência do Novo Código Civil se verificou a incorporação concreta da boa-fé já implantado no CDC no art. 4, III que afirma ser a Política Nacional do Consumo como aquela que tem por objetivo atender as necessidades dos consumidores, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, melhor qualidade de vida, além da transparência e harmonia nas relações de consumo (TARTUCE, 2017).

Da mesma forma o atual Código de Processo Civil - CPC também vem trazer esse princípio da boa-fé objetiva nos seus processos. Nos artigos 5º e 6º do CPC afirma que “Aquele que participa de qualquer forma do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Todos os sujeitos devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (TARTUCE, 2017, p. 123).

De todos os meios utilizados pelo CDC na busca de garantias ao consumidor, a maior delas é o instrumento técnico que anula as cláusulas consideradas abusivas, que, na conceituação de Calais-Auloy “é abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio contratual significativo em detrimento da parte mais fraca” (CALAIS-AULOY, 2000, p. 185 *apud* MIRAGEM, 2017, p. 374).

Desse modo, a natureza das cláusulas abusivas está diretamente relacionado a boa-fé objetiva como um dos fundamentos do que pode ser considerado abusivo em uma relação consumerista, da mesma forma é que se reconhece a vulnerabilidade do consumidor, como a parte mais fraca da relação consumerista, tanto é que o próprio CDC no artigo 4º, I afirma ser a vulnerabilidade “o fundamento do reconhecimento da proteção das normas em questão ao consumidor” (MIRAGEM, 2017, p. 378).

Geralmente, as cláusulas abusivas tem participação nos contratos de adesão ou nas condições gerais dos contratos, elaborados pelos fornecedores preliminarmente, cabendo ao consumidor apenas consentir com os termos do contrato o que pode revelar abusividade, pois na maior parte das vezes é difícil o consumidor alterar cláusulas contratuais que lhe seja prejudicial, devendo o fornecedor dar a informação e esclarecimento devido as cláusulas que possam limitar seu direito conforme o artigo 54, §4º do CDC (MIRAGEM, 2017).

Diante da realidade dos princípios e perante o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e em matéria de contrato de consumo é que se considera a eleição de foro contratual como abusiva caso o fornecedor estabeleça o local diferente da do domicílio do

consumidor dificultando seu acesso à justiça o que viola a boa-fé que deve estar presente nos contratos, isso contribui para a jurisprudência não hesitar em qualificar a prática como abusiva, visto que observando as desigualdades entre os sujeitos contratuais coloca o consumidor em posição significativamente desvantajosa (MIRAGEM, 2017).

Muitas mudanças ocorreram com a mudança comportamental de consumo e juntamente abusos diversos se fizeram presente nesta nova dinâmica. Na seção em sequência será abordada a as cláusulas abusivas, com enfoque na cláusula de eleição de foro a fim de apresentar os fatores condicionantes, bem como a fundamentação legal para tal, para a declaração de nulidade de pleno direito da cláusula de eleição de foro.

3 CLÁUSULAS ABUSIVAS E O FORO DE ELEIÇÃO

Conforme visto em seção anterior o direito contratual brasileiro teve seus princípios renovados a partir da instituição do CDC, onde partiu-se de uma concepção de igualdade formal, que se norteava pelos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, para uma concepção protetiva do consumidor, que prima pelos princípios da transparência, boa-fé, equidade e confiança.

A mudança comportamental de consumo para o consumo em massa demandou dos fornecedores novas práticas de mercado como a utilização de contratos de adesão, a fim de facilitar a contratação de bens e serviços por parte dos consumidores, que por outro lado, abriu à possibilidades diversas de imposição de cláusulas abusivas, o que levou às mudanças de como se entende o contrato, passando a levar em consideração a função social do mesmo (MIRAGEM, 2016).

É nesse contexto que o CDC trouxe um extenso aparato protetivo ao consumidor, dentre estes, o controle das cláusulas abusivas e a decretação de sua nulidade prevista no art. 51 do CDC e fundada no art. 1º do mesmo código, que afirma que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública e de interesse social levando à nulidade absoluta de pleno direito (NUNES, 2015).

O termo “cláusulas abusivas” é o termo contemporaneamente adotado, em substituição à expressão “cláusulas leoninas” que remonta ao direito romano, consideradas ilícitas com base no abuso do direito contratual. Sintonizado com os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva o art. 51 do CDC representa uma das mais importantes mitigações da força obrigatória da convenção (TARTUCE; NEVES, 2017).

Em linhas gerais, segundo Miragem (2016), é presumida abusiva certas disposições contratuais, que decorram da posição dominante e unilateral do fornecedor em relação ao consumidor, que poderiam colocar o consumidor em um plano de inferioridade contratual, prejudicando ou inviabilizando o exercício pleno de seus direitos. Em complementação, Theodoro Junior (2017) lembra que não há que se cogitar de abusividade de cláusula alguma quando o seu conteúdo decorra de autorização legal, atendido aos limites do exercício de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, quais sejam aqueles impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ao se tratar de cláusula abusiva, faz-se alusão à vantagem adquirida pela parte forte por imposição de determinada cláusula, deste modo, a fim de esclarecer o que se entende por exagerada a vantagem adquirida, o parágrafo 1º do art. 51 do CDC assim dispõe:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (BRASIL. Lei 8.078, 1990, art. 51)

Outra questão a ser levantada no que cabe à aferição da cláusula abusiva se dá no relacionamento com o princípio da boa-fé objetiva, pois a atuação subjetiva deve ser desconsiderada, dando lugar a um exame do contexto do contrato, de seu equilíbrio, da conduta alinhada com a boa-fé que dela objetivamente emana, ou seja, não questiona-se a intensão maliciosa do fornecedor ao inclui-la no contrato e sim o efeito que a cláusula cria na relação (THEODORO JUNIOR, 2017).

Sob uma perspectiva geral, Theodoro Junior (2017) afirma que o CDC reduz o espaço, antes reservado para a autonomia da vontade, impedindo a pactuação de determinadas cláusulas, protegendo o consumidor e reequilibrando o contrato.

Vale ressaltar que a boa-fé objetiva, que exige o reequilíbrio das relações, apresenta incidência tanto nas relações de consumo como nas relações reguladas pelo Código Civil, porém no primeiro caso o CDC parte do pressuposto de que o consumidor é sempre a parte fraca e vulnerável do contrato, bastando ser desvantajoso para o mesmo para que se considere o ajuste abusivo e conduza à invalidade da mesma. Por outro lado, nos contratos civis não se parte do pressuposto de desequilíbrio implícito entre os contratantes, sendo necessário a apuração, no caso concreto, do abuso cometido na pactuação para configurar a ilicitude do negócio jurídico (THEODORO JUNIOR, 2017).

A codificação de proteção ao consumidor trouxe uma série de direitos básicos, que segundo Miragem (2016) buscam preservar a pessoa humana consumidora em suas relações jurídicas e econômicas concretas, protegendo seu aspecto existencial e seus interesses legítimos no mercado de consumo. Dentre os diversos direitos básicos que o autor supracitado elenca, destacam-se o direito à proteção contra as práticas e cláusulas abusivas, já mencionado sucintamente, e o direito de acesso à justiça, conexo às questões que envolve a cláusula de eleição de foro, enfoque da presente pesquisa.

Ao discorrer sobre abusividade da cláusula de eleição de foro, na efetivação do acesso à justiça, Miragem (2016) faz alusão à definição aristotélica de igualdade, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, onde tal preceito deverá incidir sobre a releitura do princípio da igualdade, se estendendo à relação processual, abrangendo o aspecto formal, que diz respeito à possibilidade de acesso aos órgãos judiciários para o exercício da respectiva pretensão, quanto o aspecto substancial, que contempla uma série de encargos do Estado na busca da superação da situação de hipossuficiência do consumidor, equilibrando a posição das partes no processo, em vista de uma decisão justa (MIRAGEM, 2016).

Atualmente é buscado o significado social de igualdade processual, onde o juiz, amparado pelo CDC e pelo CPC de 2015, identifica as partes, bem como suas posições jurídicas desiguais, tendo como dever o empreendimento de esforços que objetivam uma igualdade material entre os litigantes, promovendo o acesso efetivo a justiça (MIRAGEM, 2016).

Previsto no art. 6, VII do CDC, o acesso a justiça figura-se como um dos direitos básicos do consumidor que, segundo o inciso supracitado, objetiva à preservação ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos. É fundado neste dispositivo, combinado aos artigos 1º e 51 do mesmo código, que segundo Miragem (2016) é reconhecida a abusividade das cláusulas de eleição de foro, ou seja, das cláusulas contratuais que elegem foro competente para decidir sobre litígios decorrente da relação de consumo diferente do lugar de domicílio do consumidor, de modo a impedir ou dificultar o exercício deste direito subjetivo.

Segundo Tartuce e Neves (2017) a cláusula de eleição de foro, em regra, é válida por força da súmula 335 do STF e do art. 63 do CPC de 2015. Por outro lado, em contratos de consumo a mesma é flagrantemente nula, por violar ao art. 101, I do CDC, que prevê o foro de domicílio do réu como foro competente no que diz respeito às ações de responsabilidade civil.

Modificado pela lei 11.280 de 2006, acrescentando o artigo 112 ao CPC de 1973, tal dispositivo previa o que já era entendimento pacífico nos tribunais, a nulidade de cláusula de eleição de foro em contratos de adesão, permitindo ao juiz declarar de ofício tal nulidade, declinando de sua competência para o juízo de domicílio do réu. Com o advento do novo CPC, o legislador, através do art. 63, §3º, ampliou o entendimento da lei anterior, alcançando qualquer contrato, onde havendo a abusividade na eleição do foro, o juiz poderá declarar ineficaz a mesma, determinando a remessa do processo ao foro de domicílio do réu. Em regra, não havendo ingresso de exceção de incompetência, prorroga-se a competência do juízo, deste modo, o que vem previsto nos §§ 3º e 4º do art. 63 do CPC é tão somente uma exceção a regra (TARTUCE; NEVES, 2017).

O que o §3º do art. 63 vem trazer é uma novidade ao ordenamento jurídico, pois, em tese, a mesma entraria em conflito com a Súmula 33 do STJ, que assim dispõe: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.”. Tal Súmula valoriza o interesse das partes, pois no caso concreto, à conveniência dos litigantes, poderia a parte abrir mão da proteção legal. Por outro lado, a Súmula 33 do STJ passou a ser flexibilizada pelos tribunais, sob o amparo doutrinário, que entendia que no trato de normas de competência que tem como fundamento razões de ordem pública, seria natural que o juiz pudesse conhece-las de ofício, declarando-se absolutamente incompetente mesmo sem a manifestação da parte interessada (TARTUCE; NEVES, 2017).

Os autores Tartuce e Neves (2017) lembram que os contratos de adesão não são repelidos pelo ordenamento jurídico, deste modo nem toda cláusula de eleição de foro em contratos de consumo seria abusiva. Neste sentido afirmam os autores supracitados, que o que evidencia o vício no caso concreto é a determinação de foro competente de um local distante do domicílio do consumidor, sem qualquer justificativa, de forma a ocasionar sério obstáculo ao exercício da ampla defesa.

Neste contexto de entendimentos sobre tal questão, determinada corrente passou a entender que fundado nos artigos 1º, 6º, VIII e 51 do CDC, uma relação tão somente por se tratar de relação de consumo tornaria absoluto o foro de domicílio do réu, o que levaria ao afastamento da Súmula 33. Posicionamento contrário ao que defende Tartuce e Neves (2017), porém em consonância ao que defende Miragem (2016) que afirma que não se cogita, nas relações de consumo, sobre as condições pelas quais se caracteriza a abusividade, tampouco que se demonstre hipossuficiência da parte a quem prejudique o foro escolhido, a justificar inclusive a oportunidade de alegar o caráter abusivo da cláusula em contestação.

Oportuno mencionar o posicionamento de Theodoro Junior (2017) que entende que embora em regra seja a invalidade da cláusula de eleição de foro, não deveria o juiz declinar de sua competência sem ouvir o consumidor, em respeito a autonomia das partes, afirmando também que o art. 101, I do CDC é uma faculdade e não uma imposição, da qual o consumidor deve avaliar a conveniência de sua aplicação.

As controvérsias sobre tal questão não se findam em âmbito doutrinário, apresentando diferentes posições ao longo do tempo em âmbito jurisprudencial. Na seção que se segue serão exemplificados alguns julgados a fim de se observar as mudanças de entendimento sobre as cláusulas de eleição de foro.

4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

Conforme mencionado em seção anterior, os fundamentos para a declaração de nulidade da cláusula abusiva de eleição de foro mudaram no decurso do tempo. Inicialmente, entendimento até recentemente adotado, a combinação do art. 1º do CDC, que prevê o estabelecimento de normas de ordem pública e de interesse social, o art. 6º, VIII, que exige do juiz a facilitação do exercício do direito de defesa ao consumidor, bem como o enquadramento em algum dos vícios contratuais previstos no art. 51 do mesmo código, em especial os incisos IV e XV, levava ao juiz a declarar de ofício nula a cláusula de eleição de foro tão somente por se tratar de relação de consumo (TARTUCE; NEVES, 2017).

A exemplo deste entendimento, cita-se trecho de julgado do STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 127.626/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 12.06.2013, DJe 17.06.2013, cuja a Ministra relatora Nancy Andrighi assim se manifestou: “Em se tratando de relação de consumo, a competência é absoluta, razão pela qual pode ser conhecida até mesmo e ofício e deve ser fixada no domicílio do consumidor” (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 464).

Seguindo o entendimento da Ministra supracitada o Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgado TJSC, Órgão Especial, CC 0145748-98.20158.24.0000, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, ac. 20.07.2016, não admitiu o deslocamento da competência do domicílio do consumidor para o do prestador de serviço, embora este não tivesse sido localizado em seu endereço, fundando tal posicionamento em que na presente relação aplica-se o código consumerista, que firma competência pelo domicílio do consumidor considerado hipossuficiente, a fim de atender aos princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes (THEODORO JUNIOR, 2017).

Ainda com o trato da matéria como competência absoluta, Theodoro Junior (2017) cita o julgado do STJ, 3ª T., AgRg no AREsp. 271.968/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 12.03.2013, DJe 26.03.2013, do qual foi entendido que em matéria de competência para as ações de consumo prevalece o CDC sobre o CPC, ou seja, a competência do local de cumprimento da obrigação, fundado no art. 53, III, d do CPC dá lugar à competência do domicílio do consumidor fundado no art. 101, I do CDC, a fim de atender ao princípio da facilitação da defesa em juízo.

Diversos são os julgados no sentido apresentado, porém uma mudança de entendimento tem se feito presente nos tribunais, no que diz respeito à necessidade do consumidor de provar a sua hipossuficiência a fim de obter o reconhecimento de sua dificuldade de acesso à justiça, e consequentemente a invalidação da cláusula de eleição de foro. A exemplo cita-se o julgamento do STJ, CC 40.450/SP, Rel. Min. Castro Filho, 2ª Seção, julgado em 26/05/2004, DJ 14/06/2004, que tratava sobre conflito de competência, assim afirmou:

CONFLITO DE COMPETENCIA. FORO DE ELEIÇÃO EM CONTRATO. Pelo Código de Defesa do Consumidor, o que afasta a eficácia de cláusula pactuada, caracterizando-a como abusiva e tornando-a nula de pleno direito é a excessividade do ônus que acarreta. Ausente a demonstração da excessividade onerosa ao adquirente de equipamento médico de vultoso valor, capaz de conduzi-lo a desvantagem exagerada, mantida há de ser a cláusula acordada. Competência do juízo do foro de eleição, ficando prejudicado o agravo, por perda do objeto. (BRASIL, STJ, 2004, p. 1)

No julgamento supracitado, com base no entendimento do Ministro relator Castro Filho, ainda que se trate de relação de consumo, necessário se faz a análise do caso concreto a fim de verificar o cabimento da declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro. No caso em análise, por não ter sido comprovada a hipossuficiência do consumidor e nem a onerosidade excessiva, tanto para exercitar sua defesa quanto para cobrir os gastos decorrente da mesma, entendeu o Ministro pela prevalência do princípio da autonomia da vontade manifestada quando da estipulação do acordo.

Como pode ser visto, o entendimento acima mencionado se difere da fundamentação dos diversos julgados do STJ citados anteriormente. Seguindo o mesmo entendimento, em julgado recente do STJ, o REsp 1675012/SP, 3ª Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 14/08/2017, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, que entendia como competência absoluta o foro de domicílio do consumidor, passou a tratar a questão de forma diversa.

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS

MORAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RELATIVA. ALTERAÇÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. POSSIBILIDADE.

1. Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 25.01.2015. Exceção de Incompetência arguida em 26.03.2015. Agravo em Recurso especial distribuído ao gabinete em 24.04.2017. Julgamento: CPC/1973.
2. O propósito recursal é o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão de compra e venda de imóvel.
3. A alteração da competência territorial por contrato de adesão, por si só, não permite inferir pela nulidade da cláusula, devendo, para tanto, concorrer a abusividade ou a ilegalidade.
4. Apesar da proteção contratual do consumidor estabelecida pelo CDC, o benefício do foro privilegiado estampado no art. 101, I, do CPC não resulta, *per se*, em nulidade absoluta das cláusulas de eleição de foro estabelecidas contratualmente.
5. O STJ possui entendimento no sentido de que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão, só poderá ser considerada inválida quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário.
6. Nesta perspectiva, a situação de hipossuficiência de uma das partes, por sua manifesta excepcionalidade, deve ser demonstrada com dados concretos em que se verifique o prejuízo processual para alguma delas.
7. A condição de consumidor, considerada isoladamente, não gera presunção de hipossuficiência a fim de repelir a aplicação da cláusula de derrogação da competência territorial quando convencionada, ainda que em contrato de adesão.
8. Recurso especial conhecido e provido, para determinar que a ação seja processada e julgada no foro estipulado contratualmente. (BRASIL, STJ, 2017, p. 1)

Como se pode observar no parágrafo 3º e 4º da ementa supracitada a Ministra Nancy Andrichi afirma em sua fundamentação que apesar de haver no art. 101, I do CDC a previsão de foro privilegiado ao consumidor, a cláusula ora tratada é em princípio válida e eficaz, não resultando, por si só, em nulidade absoluta da cláusula de eleição de foro estabelecida contratualmente. Ao fazer a presente afirmação a Ministra funda seu entendimento na caracterização disposta no REsp 58138/SP, 4ª Turma, DJ de 22/05/1995, que entende como abusiva:

- i) se no momento da celebração, a parte não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; ii) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao judiciário; e iii) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. (BRASIL, STJ, 2017, p. 9)

Outra questão de grande relevância levantada pela Ministra diz respeito às considerações sobre hipossuficiência, e a mudança de entendimento sobre os contratos de adesão, onde foi afirmado que a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão só será invalidada quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário. Sendo também de orientação da Corte que o porte econômico das partes e o valor da avença firmada são determinantes para a caracterização, ou seja, quando o porte econômico da parte refletir inexistência de hipossuficiência deverá ser mantida a cláusula de

eleição de foro (BRASIL, STJ, 2017). Neste sentido a Ministra buscou amparo doutrinário em Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves.

Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, **a hipossuficiência é um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto.** Assim sendo, *todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente*. **Logicamente, o significado de hipossuficiência não pode, de maneira alguma, ser analisado de maneira restrita, dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política.** (TARTUCE; NEVES, 2012, p. 31 *apud* BRASIL, STJ, 2017, p. 10-11, grifo do autor)

Fundado principalmente nos pontos aqui levantados que a Ministra Nancy Andrighi concluiu seu entendimento ao afirmar que a hipossuficiência deve ser demonstrada com dados concretos a fim de se aferir o prejuízo no acesso à justiça, modificando entendimentos anteriores que presumiam o consumidor como tal, o que gerava a nulidade absoluta de pleno direito da cláusula ora tratada.

5 CONCLUSÃO

Ao se analisar as questões aqui dispostas, é possível constatar que a problemática envolvendo o acesso à justiça se faz mais complexa do que aqui exposto, podendo abranger, dentre outras questões, as relações de consumo em âmbito internacional e a legalidade da imposição de foro arbitral ao consumidor, o que não foi possível tratar dentro da proposta de pesquisa realizada.

No que cabe à problemática levantada no início da pesquisa é possível perceber que mudanças significativas ocorreram no grau de abrangência protetiva ao consumidor no decurso do tempo. Como fora visto, com o advento do CDC prevendo a vedação à cláusulas abusivas, princípios como o *pacta sunt servanda* e o da autonomia das partes tiveram mitigada sua incidência nas relações contratuais, em especial nas relações de consumo.

No trato das cláusulas de eleição de foro, de grande relevância tem sido as diversas mudanças, como inicialmente, o reconhecimento de sua nulidade nos contratos de adesão e a competência absoluta do domicílio do consumidor, que era presumidamente hipossuficiente, deu lugar a uma interpretação influenciada pelo CC de 2002 e o CPC de 2015, onde os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiente não mais são confundido, não havendo, deste modo, a nulidade da cláusula de eleição de foro de forma automática tão somente por se tratar de relações consumo, ficando a parte, fundado no art. 63, §4º, incumbido de provar a abusividade da cláusula, bem como sua hipossuficiência.

Em linhas gerais, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, o consumidor é reconhecido, atualmente, como vulnerável e não como hipossuficiente, cabendo a este, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, alegar a abusividade, provando sua hipossuficiência a fim de invalidar a cláusula de eleição de foro.

REFERÊNCIA

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC nº 40.450/SP**. Conflito de Competência. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 26 de maio de 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19592330/conflito-de-competencia-cc-40450-sp-2003-0180093-3-stj/relatorio-e-voto-19592332>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.675.012/SP**. Recurso Especial. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489273528/recurso-especial-resp-1675012-sp-2017-0076861-1/inteiro-teor-489273538>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 3. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKOTOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos em Espécie**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direitos do Consumidor: Direito material e processual**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.