

**DO RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA NAS
CAUSAS ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO E O NOVO ART. 112,
PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

João Gustavo de Almeida Seixas

Advogado

I – INTRODUÇÃO

A legislação processual civil vem passando por várias e relevantes mudanças recentemente, num movimento legislativo que tem sido chamado pelos doutrinadores de “Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil”¹. Tais alterações têm como escopo precípua adequar o CPC aos ditames da Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário), conferindo maior celeridade ao rito e permitindo uma tutela processual mais efetiva e adequada.

Dentre as inovações trazidas pelo “pacote legislativo” da nova etapa da reforma processual (composto, até o presente momento, pelas Leis n. 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06), têm-se destacado as alterações no regime do recurso de agravo, o fim do processo de execução autônomo para as obrigações pecuniárias fundadas em título executivo judicial, a possibilidade de reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo juiz e a possibilidade de dispensa de citação para o julgamento de demanda que verse exclusivamente sobre direito e que guarde semelhança com outras já decididas pela total improcedência.

Há, no entanto, outra importante alteração, que, apesar de não ter a mesma repercussão das acima arroladas, trará grandes benefícios à sociedade brasileira. Trata-se da possibilidade de reconhecimento *ex officio*, pelo juiz, da nulidade de cláusula de eleição de foro contida em contrato de adesão, com a conseqüente declinação de competência para o juízo do domicílio do réu, prevista no novo art. 112, parágrafo único, do CPC, acrescentado pela novel Lei n. 11.280/06.

É, como facilmente se percebe, uma exceção à regra de que o juiz não pode reconhecer sua incompetência relativa de ofício. Por essa razão, antes de tratarmos dela especificamente, daremos brevíssimas pinceladas no tema da incompetência.

¹ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

II – DA INCOMPETÊNCIA

Tradicionalmente conceituada como “*uma parcela da jurisdição que deve ser efetivamente exercida por um órgão ou grupo de órgãos do Poder Judiciário*”², a competência é dividida em duas espécies: a relativa e a absoluta.

A competência absoluta é aquela estabelecida segundo critérios que levam em conta o interesse público predominante. Para a legislação brasileira, são critérios absolutos de fixação de competência: o funcional (atinentes à divisão das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos que devam atuar no mesmo processo) e o material (relacionado à natureza da causa, do direito material em litígio).

A competência relativa, por sua vez, é aquela fixada de acordo com critérios nos quais preponderam os interesses dos particulares. São critérios de fixação da competência relativa o territorial e o valor da causa.

Por corolário, a incompetência é a falta de aptidão para julgar determinada causa e, da mesma forma que a competência, é dividida em relativa e absoluta, pela desobediência aos critérios acima arrolados.

Da incompetência ser relativa ou absoluta decorrem conseqüências valiosas. A incompetência absoluta, por violar critérios fixados em nome do interesse público predominante, não é convalidável pelo fenômeno da prorrogação, podendo ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição através de simples petição por quaisquer das partes ou mesmo ser declarada de ofício pelo magistrado. Além disso, todos os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente são considerados nulos e deverão ser repetidos pelo juízo competente ao qual deverão ser remetidos os autos.

Por violar interesses imediatos dos particulares, a incompetência relativa é, ao contrário da absoluta, prorrogável, desde que as partes omitam-se em alegá-la através de exceção de incompetência no primeiro momento em que lhes couber falar nos autos, sob pena de preclusão. As decisões também são tratadas de forma diversa quando prolatadas por juízo relativamente incompetente: são consideradas apenas anuláveis, podendo ser ratificadas pelo juízo competente.

Uma das grandes celeumas no tema da incompetência, e talvez a mais importante para o assunto versado neste texto, reside na possibilidade ou não de o juiz declarar sua incompetência relativa de ofício. Grandes doutrinadores, a exemplo de Helio Tornaghi, Mendonça Lima, Lopes da Costa e Moniz de Aragão, defendem que o magistrado pode declarar-

² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 38.

se relativamente incompetente *ex officio*. Este último, adotando tese de Lopes da Costa, assim já se manifestou³:

"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." E mais adiante asseveram: *"Ajuizada ação com infringência de norma de competência territorial, poderá o juiz, no primeiro ato a praticar, que é a apreciação da petição inicial, recusar de ofício a competência, como ficou visto no nº 192, pois, do contrário, precluir-lhe-á a faculdade e a regra da competência, que nesse preciso momento comportaria o tratamento dispensado à nulidade relativa, passará a subordinar-se unicamente aos princípios que regem a anulabilidade, ou seja, apenas o réu poderá impugnar a infração ocorrida, desde que o faça na forma e no prazo dos arts. 297 e 304, sob pena de perder a faculdade de fazê-lo, completando-se a prorrogação: a anulabilidade desaparece e o vício está sanado pela ausência da condição resolutiva."*

Outros processualistas de renome, como Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco apregoam exatamente o contrário. Arvoram-se na ausência de autorização legal para o reconhecimento de ofício da incompetência relativa pelo juiz e nos próprios fundamentos desta, haja vista que é definida em razão dos interesses dos particulares, que, ao considerarem vantajosa a manutenção da ação no juízo relativamente incompetente, poderão deixar de oferecer a exceção.

A discussão tornou-se menos acirrada depois que a jurisprudência pacificou o seu entendimento sobre a matéria, verificável com o advento da Súmula nº 33, do Superior Tribunal de Justiça, que assim verbera:

"Súmula nº 33. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício."

Todavia, o próprio STJ não a tem aplicado indistintamente, como veremos a seguir.

³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. II. 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1976, nº 192, pp. 188 a 191 e nº 348, pp. 331 a 334, *apud* MARCATO, Antonio Carlos. *O reconhecimento "ex officio" do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3351>>. Acesso em: 16 abr. 2006.

III – DO RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA NAS CAUSAS CONSUMERISTAS

Decorrência lógica da impossibilidade de reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa é a proibição da declaração, pelo juiz, de nulidade de cláusula de foro de eleição estabelecida pelos contratantes, salvo quando suscitada pela parte interessada ou quando violar alguma regra de competência absoluta.

A aplicação irrestrita deste entendimento pode, porém, trazer enormes prejuízos, notadamente às partes hipossuficientes em relações de consumo. A observância da cláusula do foro de eleição imposta pelo fornecedor, em regra contida em contratos de adesão, pode obrigá-las a responder à ação em locais distantes de sua residência, gerando altos custos com deslocamento, contratação de advogado etc., muitas vezes superiores ao do próprio objeto da demanda. Tal fato viola frontalmente os princípios constitucionais da isonomia, do livre acesso à justiça e da ampla defesa e contraditório.

Para contornar essa situação indesejada, os Tribunais, dentre eles o próprio Superior Tribunal de Justiça, têm afastado a aplicação da Súmula nº 33, STJ, nas hipóteses de relações consumeristas em que a cláusula contratual que estabelece o foro de eleição mostre-se abusiva, permitindo que o juiz declare sua incompetência relativa de ofício. É o que se deduz da leitura de alguns dos muitos arestos sobre o tema:

“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.

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.”

(STJ, Segunda Seção – CC nº 48.647/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves – Julgamento em 23/11/2005 – Publicado no DJ em 05/12/2005, p. 215)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO.

Se o foro eleito dificulta a defesa do consumidor, o Juiz pode, de ofício, declarar-lhe a nulidade. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Cível de Aracaju, SE.”

(STJ, Segunda Seção – CC nº 40.562/BA, Rel. Min. Ari Pargendler – Julgamento em 10/08/2005 – Publicado em 10/10/2005, p. 216)

Fundamentam-se tais decisões no fato de as normas consumeristas serem de ordem pública e de interesse social (art. 1º, da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor) e, portanto, cogentes, de observância obrigatória. Dessa forma, entende-se que o foro de eleição estabelecido em um contrato de consumo deve ser analisado à luz das normas protetivas do CDC, especialmente a disposta em seu art. 51, IV, c/c § 1º, III, do mesmo artigo, *in verbis*:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: (...)

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.”

Assim, se cláusula de eleição de foro causa excessiva onerosidade ao consumidor, sendo, portanto, abusiva, ela é também nula de pleno direito, o que permite ao juiz, diante da nulidade, tomar a decisão mais adequada ao interesse do consumidor, consoante leciona a preclara Rosa Maria de Andrade Nery⁴:

⁴ *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, p. 47 apud ALBERTON, Genacéia da Silva. Incompetência territorial: declaração de ofício. Disponível em: <http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia_territorial.doc>. Acesso em: 16 abr. 2006*

“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 um 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.”

No mesmo sentido, a lição do douto processualista Antonio Carlos Marcato⁵:

“Dúvida não há de que a cláusula eletiva de foro, estabelecida em contrato de adesão pela parte economicamente mais forte, poderá revelar-se abusiva se e quando impuser, ao contratante mais fraco, sérios (e por vezes insuperáveis) óbices ao pleno acesso à jurisdição e à sua defesa no processo, assim afrontando as correspondentes garantias constitucionais; e essa afronta, abstraídos outros aspectos processuais (de menor ou nenhuma importância em confronto com ditas garantias), seria suficiente, por si só, para justificar a pronta remessa dos autos ao foro do domicílio da parte hipossuficiente. Melhor dizendo, a observância da técnica processual visa a atender, precipuamente, aos desígnios constitucionais e não, à evidência, impor ônus e gravames indevidos a um dos sujeitos processuais; e deve a autoridade judiciária, diante de situações que possam, efetiva ou potencialmente, colocar em risco tais desígnios, adotar de imediato as medidas corretivas adequadas, atenta ao dever de permanente vigilância e defesa dos ditames constitucionais, imposto a todos os cidadãos e, em especial, aos integrantes do Poder Judiciário.”

Dessa forma, a nulidade da cláusula do foro de eleição legitima o afastamento da aplicação da Súmula n. 33, STJ, e a declaração de incompetência relativa pelo próprio juiz.

É importante observar, como alertam a ilustre Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Dra. Genacéia da Silva Alberton, e o já citado Antonio Carlos Marcato, que nem toda cláusula de foro de eleição em contrato de consumo pode ser considerada aprioristicamente abusiva⁶. A abusividade deverá ser aferida no caso concreto, pois certamente há situações em que o foro de eleição não causa qualquer prejuízo ao consumidor.

Em razão disso, há quem entenda que a abusividade deve ser suscitada pelo consumidor para que a incompetência relativa seja reconhecida pelo juiz. A meu ver, a eventual existência de cláusula de eleição de foro em contrato de consumo que não seja abusiva não retira do juiz a possibilidade de reconhecê-la de ofício. Apenas lhe impõe a obrigação de, percebendo a

⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *Op. cit.*

⁶ALBERTON, Genacéia da Silva. *Incompetência territorial: declaração de ofício*. Disponível em: <http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia_territorial.doc>. Acesso em: 16 abr. 2006

nulidade da cláusula, dar previamente a palavra às partes para que se manifestem a respeito, defendendo ou não a sua abusividade e a conseqüente declaração de incompetência relativa, em respeito aos princípios da ampla defesa e da participação em contraditório⁷.

Feitas essas considerações a respeito da incompetência relativa em matéria consumerista, passemos ao exame do recém acrescentado parágrafo único, do art. 112, do CPC.

IV - O NOVO ART. 112, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

À primeira vista, o novo parágrafo único do art. 112, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, nada mais fez do que positivizar o entendimento jurisprudencial já assente sobre a possibilidade de reconhecimento de ofício da incompetência relativa nas causas de consumo. Todavia, da leitura atenta de seu texto, percebe-se que ele abarca mais situações do que as atualmente consideradas pela jurisprudência. Verbera o dispositivo, *in verbis*:

“Art. 112. (...)

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 de domicílio do réu.”

Vê-se, portanto, que a norma tem como objeto não apenas os contratos de consumo, mas qualquer contrato de adesão, instituto que, por óbvio, não está vinculado exclusivamente ao Direito do Consumidor, fazendo parte Teoria Geral dos Contratos. Destarte, a norma positivada ampliou bastante a aplicação do entendimento jurisprudencial, que, como visto, se limitava às relações de consumo.

⁷ Sobre o princípio da participação em contraditório, leciona o culto Fredie Didier Jr.: “Será que o magistrado pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes se manifestem sobre esse fato? Imaginem a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, na hora da sentença, se baseia em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido pelas partes, mas está provado nos autos. Ele trouxe esse fato para fundamentar a sua decisão com base no art. 131, conjugado com o 462, ambos do CPC. Ele podia fazer isso? Pode. Está autorizado? Está. Mas ele poderia ter feito isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes? Sem submeter esse fato, antes, ao diálogo das partes? A parte pode ter, contra si, uma decisão baseada em fatos sobre os quais ela não se manifestou?”

Não.

Isso fere, escancaradamente, o contraditório. Por quê? A decisão forma-se, com elemento de fato sobre o qual as partes não falaram, e, portanto, baseia-se em ponto a respeito do qual as partes não puderam ter exercitado o ‘poder de influência’; elas não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela forma, ou de uma outra forma.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. 1. 6ª ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2006, p. 61)

Neste ponto, é importante sublinhar que tudo o que falamos sobre a construção jurisprudencial que permite o reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa pelo juiz em contratos de consumos também deve ser observado quando da aplicação do art. 122, parágrafo único, CPC. Assim, há a necessidade da cláusula de eleição de foro ser efetivamente abusiva, gerando onerosidade excessiva para o consumidor. Se não o for, não há razão para a aplicação da norma em comento, porquanto despicienda a proteção do hipossuficiente. Caso a relação não seja de consumo, somos da opinião de que deverá haver norma legal que considere ilícita a cláusula de eleição de foro, pois a norma processual não está definindo as causas de nulidade, que deverão ser buscadas em normas de direito material⁸.

Da mesma forma, é igualmente necessária a prévia oitiva das partes antes da aplicação do dispositivo pelo juiz, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e participação em contraditório, conforme já demonstrado ao final do ponto III.

Outra observação que precisa ser feita com relação ao novo parágrafo único do art. 122 é atinente à sua exegese. Em certos casos, a interpretação da norma não poderá ser literal sob pena de produzir resultados absurdos. Podemos citar, como exemplo, uma ação proposta pelo consumidor contra o fornecedor, com fulcro em um contrato de adesão em que há cláusula de eleição de foro que determine que este é exclusivamente o do fornecedor. Caso essa disposição contratual seja declarada nula, a interpretação literal da norma processual fará com que o juiz decline a competência e remeta os autos para o juízo do réu, que, na ação, é o próprio fornecedor!

Para resolver essa *vexata quaestio*, o advogado Daniel Andrade de Araújo aventa duas alternativas⁹:

“Uma possível alternativa é considerar que as disposições da lei de defesa do consumidor e das demais normas que defendem os hipossuficientes nas relações jurídicas, por serem de ordem pública, não são revogadas e se sobrepõem à inovação legislativa, pelo que o foro deverá ser o da parte hipossuficiente.

Outra possível alternativa é considerar que o intento do legislador foi, na verdade, fazer uma referência às regras gerais de competência do Art. 94 do Código de Processo Civil, pelo que seriam aplicáveis as disposições ordinárias de competência, entre elas aquelas definidas no Código de Defesa do Consumidor, Lei de Representação etc.

Em ressumta, sob pena de se ter uma interpretação inversa ao que pretendeu o texto da lei, não se poderá interpretar a referida disposição literalmente.”

⁸ ARAÚJO, Daniel de Andrade. *Comentários sobre a Lei Federal nº 11.280/2006*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 985, 13 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8092>>. Acesso em: 16 abr. 2006.

⁹ *Idem, ibidem.*

Não obstante, a última palavra quanto a esse problema será dada pelo Judiciário, razão pela qual devem ser aguardadas as primeiras decisões judiciais sobre o assunto.

Uma última consideração a ser feita é quanto à vigência do preceptivo. O art. 10, da Lei n. 11.280/06, determina que ela entrará em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação. Esta se deu em 17 de fevereiro de 2006. Assim, apenas em 18 de maio de 2006 o novo art. 122, parágrafo único, CPC, poderá ser aplicado.

V – CONCLUSÃO

Em face de tudo o quanto foi exposto, nota-se que o advento do novo art. 122, parágrafo único, CPC, teve como grande mérito positivar a possibilidade de declaração de ofício, pelo juiz, de sua incompetência relativa quando reconhecida a nulidade de cláusula de eleição de foro. Poucas foram as inovações efetivamente trazidas, haja vista que o reconhecimento dessa possibilidade já é assente na jurisprudência há longo tempo. Uma dessas poucas novidades, talvez a de maior relevância, foi mesmo a ampliação das hipóteses de reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa, visto que o novo preceptivo abarca não só os contratos de consumo, mas qualquer contrato de adesão, o que incrementa a proteção dos contratantes hipossuficientes.

Por fim, deve-se aplicar à norma em questão as mesmas considerações feitas a respeito da multicitada construção jurisprudencial, atinentes à necessidade de ser demonstrada a ilicitude da cláusula do foro de eleição e de se abrir vista dos autos às partes antes do reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa, ressaltando, ainda, que a interpretação do dispositivo não deverá ser literal, sob pena de conduzir a resultados absurdos, conforme aventado.

VII – BIBLIOGRAFIA

- ALBERTON, Genacéia da Silva. *Incompetência territorial: declaração de ofício*. Disponível em: <http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia_territorial.doc>. Acesso em: 16 abr. 2006.
- ARAÚJO, Daniel de Andrade. *Comentários sobre a Lei Federal nº 11.280/2006*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 985, 13 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8092>>. Acesso em: 16 abr. 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. 1. 6ª ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2006.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O reconhecimento "ex officio" do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3351>>. Acesso em: 16 abr. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.