

Incompetência relativa e declínio de ofício: considerações de ordem técnica.

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Juiz de Direito do TJ/RJ.

Sumário: 1. A modificação empreendida pela Lei 11.280/2006 no campo da incompetência relativa 2. Evolução jurisprudencial a respeito da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão e a arguição da incompetência territorial. 3. Visão crítica da alteração legislativa. 4. Solução mais simples contemplada no parágrafo único do artigo 305. 5. Declínio *ex officio* e o critério determinante da competência territorial. 6. Ampliação das causas de prorrogação da competência.

1. A modificação empreendida pela Lei 11.280/2006 no campo da incompetência relativa.

A Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, consolidou em nosso ordenamento processual o entendimento construído pela jurisprudência há alguns anos, no sentido da possibilidade do juiz declinar de ofício da competência de foro, quando reconhecer a nulidade da cláusula de eleição inserta em contrato adesivo. Para tanto, o legislador incluiu a regra do parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil, alterando a redação do seu artigo 114.

Eis as alterações empreendidas na Lei 11.280/06, que entraram em vigor em 17 de maio de 2006:

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 da competência para o juízo do domicílio do réu."

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

A vantagem que se pode inferir da alteração legislativa repousa no campo da segurança jurídica, pois até então o procedimento adotado pelos juízes em geral, não obstante o respaldo jurisprudencial, carecia de expressa previsão na lei. Mas as críticas que se endereçavam ao entendimento da jurisprudência ainda subsistem e agora se dirigem ao legislador, como se pretende demonstrar.

2. Evolução jurisprudencial a respeito da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão e a arguição da incompetência territorial.

No campo dos critérios determinantes de competência relativa, continua valendo a assertiva de que a lei admite o poder dispositivo das partes como forma de modificação de competência em razão do valor e do território (art. 111, 2ª parte, CPC). E esse poder dispositivo expressa-se previamente, mediante a cláusula de eleição de foro ou, *a posteriori*, deixando a parte ré de oferecer exceção declinatória (art. 112, CPC), aquiescendo com a escolha feita pela parte autora e provocando a prorrogação da competência daquele juízo (art. 114, CPC).

Nesse contexto, à luz da natureza dispositiva da matéria, não é dado ao juiz agir de ofício. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 33, cujo enunciado é objetivo: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

A discussão que surgiu na jurisprudência há alguns anos atrás, vindo a provocar a alteração legislativa sob comento, decorre das ações ajuizadas perante foro eleito pelas partes em contrato de adesão. A princípio, aplicadas as regras gerais, teríamos mais um caso de competência territorial e relativa, diante do qual caberia à parte demandada, querendo, oferecer exceção de incompetência ao fundamento de nulidade da cláusula de eleição de foro. Ou seja, embora prevista no contrato a competência de determinado foro, sendo a referida cláusula nula por impedir ou dificultar o acesso da parte aderente à prestação jurisdicional ou o exercício do seu direito de defesa, caberia ao réu argüir o vício por intermédio de exceção declinatória. Não caberia, assim, ao juiz antecipar-se ao réu e declinar desde logo da competência em favor do foro do seu domicílio.

E, do ponto de vista técnico, encontramos argumento muito forte a respaldar o pensamento. Se é nula a cláusula de eleição incluída no contrato adesivo, temos que a mesma não tem valor, isto é, como se ela não estivesse escrita. Ainda assim, o direcionamento da ação para foro diverso do domicílio do réu importaria em simples caso de incompetência relativa, cujo reconhecimento depende da iniciativa da parte demandada, oferecendo a exceção.

Essa posição já dominou, no passado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Segundo a orientação predominante na 2ª Seção, a incompetência relativa em razão do lugar, por ser de natureza relativa, deve ser suscitada pelo réu (Súmula 33), ainda quando se trata de foro de eleição estabelecido em cláusula de contrato de adesão.” (CC 16.253-SC, 2ª Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 14/08/96).

“A teor da Súmula 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 reopantar obstáculo à defesa, depende da iniciativa do réu, nos termos da lei processual.” (STJ, CC 11.968-MS, Rel. Min. Costa Leite, DJ 06/03/95).[□]

“A competência territorial, em virtude do seu caráter relativo, não pode ser declarada de ofício, nos termos do Enunciado 33 da súmula desta Corte. Tratando-se de competência relativa, é possível a sua prorrogação pela inércia da parte interessada, de sorte que a suscitação do tema pela via da exceção se mostra indispensável.” (STJ, 4ª Turma, REsp 154.749-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 02.03.98, COAD 84449/98).

Porém, o Superior Tribunal de Justiça reviu o seu posicionamento, passando a admitir a iniciativa *ex officio* do juiz, diante da nulidade da cláusula de eleição:

“A 2ª Seção houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, como absoluta, a autorizar, conseqüentemente, o pronunciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau, ao argumento da prevalência da norma de ordem pública que protege o consumidor e garante sua defesa em juízo. No caso, no entanto, de o próprio réu-devedor postular pela validade da cláusula de eleição de foro, alegando que não terá dificuldade em sua defesa, deve a mesma prevalecer.” (STJ, 4ª Turma, REsp 225.866/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 14/02/2000, COAD 92034/2000).

“I. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição. II. A cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão não prevalece se abusiva, o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação

resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário. Pode o juiz, de ofício, declinar da sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação daquela cláusula dificultar a defesa do réu em Juízo. Precedentes da Segunda Seção.” (STJ, 3ª Turma, REsp 190860/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 18/12/2000).

“Sem prejuízo do entendimento contido no verbete 33 da Súmula desta Corte, reconhece-se, na hipótese e na linha do decidido no CC 17.735-CE, a competência do juízo suscitante porquanto, em sendo a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor questão de ordem pública, absoluta é a competência decorrente.” (STJ, 2ª Seção, CC 18652/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 26/03/2001).

“A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária em garantia é atividade que se insere no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando dificultar a defesa ao aderente em juízo, podendo o juiz declinar de ofício de sua competência. Precedentes.” (STJ, 4ª Turma, REsp 201195/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 07/05/2001).

E representa, hoje, o entendimento tranqüilo da Corte Superior:

“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.” (CC 48.647/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23.11.2005, DJ 05.12.2005 p. 215).

A fórmula empregada no parágrafo único, acrescentado ao artigo 112 do Código de Processo Civil, importa na consolidação dessa posição jurisprudencial em sede legislativa.

3. Visão crítica da alteração legislativa.

Continuam passíveis de discussão, sob o prisma técnico, algumas questões que se colocam na aplicação da nova regra legal.

Em primeiro lugar, faz-se confusão entre a nulidade da cláusula contratual (que é passível de controle *ex officio*) com a incompetência relativa de foro (cuja impugnação dependeria da iniciativa do réu).

A cláusula inserta no contrato adesivo, visando justamente a dificultar o acesso da parte aderente ao Poder Judiciário ou o exercício de sua defesa, padece do vício de nulidade. Mas a nulidade da cláusula de eleição de foro não altera a natureza da incompetência (relativa) e nem deveria alterar a forma de sua arguição.

A norma do parágrafo único do artigo 112 estabelece que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz. O que não chega a representar qualquer novidade na disciplina das nulidades dos atos jurídicos em geral. Porém, o dispositivo conclui que, assim, poderá o juiz declinar da competência para o juízo do domicílio do réu. Sobrevém a seguinte dúvida: e se o réu preferir litigar no foro eleito no contrato porque, digamos, nele desenvolve os seus negócios e é onde o seu advogado tem escritório ? Ficaria o réu impedido de arguir a incompetência do foro do seu domicílio ? Claro que não. Porque, nesse terreno, estamos lidando com regras de competência territorial relativa, não havendo interesse de ordem pública a obrigar o réu a ser demandado no foro de seu domicílio contra a sua vontade.

Trabalha-se, na verdade, com a suposição de que o réu, prejudicado pela cláusula de eleição incluída no contrato adesivo, irá preferir litigar no foro de seu domicílio. E assim se antecipa a providência: ao invés de desincumbir-se o réu do ônus de excepcionar, o juiz desde logo declina da competência a favor do foro de seu domicílio. Há que se reconhecer, do ponto de vista prático, que a providência pode ser vantajosa na grande maioria dos casos, não tendo de se aguardar o oferecimento da exceção, o seu processamento e seu futuro julgamento, para fins de deslocamento de competência. Não menos importante do ponto de vista científico, todavia, deixar claro que a nova regra legal não transforma em absoluta a competência territorial do foro do domicílio do réu.

Mas a principal crítica que continua cabível no tratamento da matéria é a falta de coerência. Para melhor visualizarmos o ponto, imaginemos uma ação movida por uma grande corporação empresarial, com representação comercial e jurídica em todos os principais centros do país, que vem a ser proposta em Belo Horizonte, valendo-se de cláusula eletiva inserta em contrato de adesão. O juiz, despachando a petição inicial, verifica que o réu mora no Rio de Janeiro e, aplicando a nova regra legal, de ofício declina da competência para o foro de seu domicílio. E comparemos com esta outra situação similar. A mesma corporação empresarial ajuíza sua ação contra o réu carioca perante o foro de Manaus, inexistindo no contrato qualquer cláusula de eleição. Poderá o juiz declinar da competência de ofício ? A rigor, não. Qual seria o fundamento da decisão declinatória, se inexistente cláusula eletiva ? O fato da ação ser intentada em foro diverso de onde reside o réu é suficiente para o controle *ex officio* ? De acordo com a lei processual, não. Aqui, na forma do artigo 112, *caput*, o réu poderá, querendo, apresentar exceção de incompetência ao fundamento de que a ação deveria ter sido proposta, por exemplo, no foro de seu domicílio (artigo 94 do CPC).

Vê-se, portanto, que a solução preconizada no parágrafo único do artigo 112, ainda que bem intencionada e podendo trazer algumas vantagens práticas, tem dificuldade de ser bem encaixada no modelo da lei processual, pois suas premissas não estão ajustadas. Mesmo sendo nula de pleno direito a cláusula eletiva, a incompetência do juízo não é absoluta (tanto que o artigo 114 fala de sua prorrogação). E sendo relativa, caberia ao legislador definir-se: em qualquer caso de incongruência entre o endereçamento da ação e o foro do domicílio do réu, poderia o juiz intervir de ofício ? Para tanto, haveria de se proceder à alteração mais profunda no sistema da lei processual, reformulando-se os artigos 112 e seguintes. Por ora, a solução que foi adotada afigura-se como “meio termo”, incompleta e, a nosso sentir, sem maior precisão científica.

4. Solução mais simples contemplada no parágrafo único do artigo 305.

A Lei 11.280/2006 acrescentou o parágrafo único ao artigo 305 do Código de Processo Civil, cuja regra já seria suficiente para resolver o problema:

Art. 305. (...). Parágrafo único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo do domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”.

Ou seja, ao ser citado e discordando do foro para o qual o autor endereçou a sua ação, o réu poderá apresentar a exceção de incompetência no foro do seu domicílio, a qual será encaminhada ao juízo perante o qual a ação foi distribuída. Não precisa mais o réu dirigir-se ao foro da propositura da ação, quicá distante de sua residência, para apresentar a sua exceção declinatória. A nova regra legal visa a facilitar o oferecimento da peça processual.

Vale acrescentar que a aplicação dessa regra independe da modalidade de citação. Se o réu tiver sido citado por carta precatória, por exemplo, poderá oferecer a exceção nos próprios autos da carta, a qual retornará ao juízo deprecente acompanhada dessa peça. Se o réu tiver sido citado por via postal, ainda assim poderá apresentar a exceção de incompetência perante o juízo do foro do seu domicílio, solicitando o seu encaminhamento ao juízo da propositura da ação.

Enfim, essa regra talvez já fosse suficiente para superar a questão que ensejou a criação do parágrafo único do artigo 112, pois o réu citado no foro de seu domicílio poderia nele apresentar a exceção declinatória, arguindo a incompetência do foro para o qual a ação foi distribuída, diante da nulidade da cláusula de eleição inserta no contrato adesivo.

De qualquer modo, preferiu o legislador adotar a solução que já vinha sendo utilizada na prática com a chancela da jurisprudência, ao permitir o declínio *ex officio* da competência em favor do foro do domicílio do réu.

5. Declínio *ex officio* e o critério determinante da competência territorial.

Há, aqui, espaço para mais outra crítica. O parágrafo único do artigo 112 estabelece que, aferida a nulidade de cláusula de eleição, o juiz irá declinar da competência em favor do foro do domicílio do réu. E se for outro o critério determinante da competência territorial ? Feita abstração da cláusula eletiva, o critério determinante da competência do foro pode não ser o domicílio do réu, mas, por exemplo, o lugar do pagamento. Ainda assim deveria o juiz declinar da competência em favor do foro do domicílio do réu ? Entendemos que não. Se se trata, digamos, de ação de consignação em pagamento ajuizada com base na cláusula de eleição de foro, inserida em contrato de adesão, e o juiz verifica que outro é o local do pagamento, não faz sentido que decline da competência em favor do foro do domicílio do réu (que não é, a princípio, competente para a ação). Inclusive, o próprio Superior Tribunal de Justiça já vem adotando o entendimento de que o critério estabelecido no artigo 891 do Código de Processo Civil prevalece sobre cláusula genérica de eleição de foro:

“DUPLICATA. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO. PREVALÊNCIA DO FORO DA PRAÇA DO PAGAMENTO EM RELAÇÃO AO FORO PREVISTO EM CLÁUSULA ELETIVA. Cláusula de eleição de foro que não prevalece sobre o foro do lugar do pagamento. Hipótese em que, ademais, se operou a renúncia tácita ao foro de eleição, em virtude de haver o credor levado a protesto o título em Comarca diversa, no local onde deveria ter sido feito o pagamento. Recurso especial não conhecido.” (REsp 173.232/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 20.08.1998, DJ 28.09.1998 p. 77).

Portanto, na interpretação da regra do parágrafo único do artigo 112, deve se subentender que o declínio de ofício da competência em favor do foro do domicílio do réu pressupõe a competência deste, diante do critério determinante de competência territorial aplicável ao caso.

6. Ampliação das causas de prorrogação da competência.

Por fim, com a introdução da nova regra no artigo 112 do CPC, o legislador alterou a redação do artigo 114, que cuida do fenômeno da prorrogação de competência. A incompetência relativa, quando não argüida no prazo legal, provoca a prorrogação da competência daquele juízo, sanando-se o vício. Assim já era desde a versão original do Código de Processo Civil de 1973. Agora, diante da possibilidade do juiz declinar de ofício, em matéria de incompetência relativa, passou a prever o artigo 114 que a prorrogação ocorrerá tanto que o réu não excepcione a incompetência daquele juízo ou que o juízo não decline da competência de ofício.

Do ponto de vista prático, ajuizada a ação com base na cláusula de eleição de foro prevista em contrato de adesão, se o juiz não declinar *ex officio* da competência e o réu, por sua vez, quando citado deixar de oferecer a exceção, teremos a prorrogação da competência daquele juízo, de tal modo que não lhe poderá mais ser argüido o vício.

Em linhas gerais, essas são as modificações introduzidas no campo da incompetência relativa pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, esperando-se que, a despeito das críticas que lhes possam ser dirigidas do ponto de vista técnico, sejam as mesmas compensadas pelas vantagens práticas que se pretende alcançar.

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Juiz de Direito da 21ª Vara Cível

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 26 de agosto de 2008