

UM ESTUDO SOBRE AS NOVAS REDAÇÕES DOS ARTS. 112 E 114, DO CPC, MODIFICADOS PELA LEI N.º 11.280/2006

Antonio Adonias Aguiar Bastos¹

1. As novas regras sobre exceção de incompetência instituídas pela Lei n.º 11.280/2006;
2. O novo parágrafo único do art. 112, do CPC;
3. A nova redação do art. 114 e a definição da espécie de competência estatuída pelo parágrafo único, do art. 112, do CPC;
4. A nova redação do art. 114 e a definição do momento de aplicação *ex officio* do parágrafo único, do art. 112, do CPC;
5. Conclusão;
6. Referências.

1. As novas regras sobre exceção de incompetência instituídas pela Lei n.º 11.280/2006.

Publicada no Diário Oficial em 17/02/2006, e com *vacatio legis* de 90 dias, a Lei n.º 11.280/2006 integra a terceira etapa da reforma processual, juntamente com as Leis n.º 11.232/2005, 11.276 e 11.277/2006.

Da diversidade de assuntos sobre os quais versa o Diploma, trataremos aqui das novas regras atinentes ao reconhecimento da incompetência relativa, que estão consubstanciadas nas redações dadas aos arts. 112, parágrafo único, e 114, do CPC, abaixo transcritos:

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.

(...)

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.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual pela Universidade do Salvador (UNIFACS). Professor nas Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal.), da UNIFACS e da Faculdade Ruy Barbosa (FRB). Professor do Curso Modus Faciendi (Salvador/BA). Professor visitante dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Fundação Faculdade de Direito da UFBA e do Curso JusPodivm (Salvador/BA). Advogado.

Além destes dispositivos, a mencionada Lei ainda acresceu o parágrafo único ao art. 305² do mesmo Código, também cuidando da exceção de incompetência. Contudo, não trataremos deste último dispositivo neste texto, por guardar dificuldades que lhe são particulares, merecendo tratamento específico.

2. O novo parágrafo único do art. 112, do CPC.

O comando em epígrafe permite ao julgador declarar, de ofício, a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, declinando, por consequência, da competência territorial para o foro do domicílio do réu.

Como é sabido, a competência em razão do território está, em regra³, situada no âmbito de interesse das partes, não constituindo questão de ordem pública e enquadrando-se como critério de competência relativa, daí ser disponível, podendo ser modificada pela manifestação expressa ou tácita da vontade das partes.

No primeiro caso, os contratantes poderão estabelecer o foro de eleição em que serão dirimidos os conflitos oriundos do negócio jurídico firmado por escrito, como assevera o art. 111, do CPC.

Trata-se do *foro contratual* ou *domicílio de eleição*, previsto no art. 42 do Código Civil de 916 (CC de 2002, art. 78), cuja convenção entre as partes está subordinada aos seguintes requisitos:

a) não se admite convenção das partes quanto à *competência absoluta* (*ratione materiae* e de hierarquia);

(...)

d) o acordo só produz efeito quando consta de contrato escrito e aludir, expressamente, a *determinado* negócio jurídico (art. 111, § 1º). Não é possível, destarte, um acordo geral e indeterminado para todas as ações que surgirem entre as partes, ou mesmo para um grupo de negócios. A cláusula de foro de eleição só vale para o próprio contrato em que foi inserida;

² Diz o novo parágrafo único do art. 305: “Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”.

³ Existem exceções à regra geral, como nos casos de litígios acerca de direitos reais imobiliários, enumerados pelo art. 95, do CPC, quando a competência territorial assume feição de ordem pública, sendo absoluta. No entanto, estes casos não têm relação com a nova hipótese legal, que pressupõe a existência de contrato de adesão, versando, pois, sobre direito obrigacional.

e) o foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes (art. 111, § 2º); (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 210).

Explicando o art. 111, § 1º, Celso Agrícola Barbi (1994, p. 295) discorda de Humberto Theodoro Júnior, afirmando que, embora a lei não permita “que a pessoa faça uma convenção modificando a competência para contratos futuros e indeterminados”, admite-se “que a convenção se refira a um, ou alguns negócios jurídicos, determinados concretos”, podendo “ser feita conjuntamente com o contrato principal, ou em ato posterior, porque a lei não prefixa o momento”.

Na segunda situação, o réu deixa de insurgir-se contra o ajuizamento da ação em local não estipulado pela lei ou pelo contrato, o que significa uma sua aceitação tácita, prorrogando a competência do juízo onde foi proposta a causa⁴. O não oferecimento da exceção de incompetência no prazo para a apresentação da defesa implica preclusão lógica.

A prorrogação da competência ocorrerá, inclusive, se o réu, tendo contestado em prazo inferior a 15 dias, ainda no curso desses 15 dias oferece, em apartado, a exceção de incompetência. O fato de ter contestado, sem ter excepcionado concomitantemente, importa aceitação do juiz e conseqüente prorrogação de sua competência (CALMON DE PASSOS, 2004, p. 325).

Circunscrevendo-se à disponibilidade das partes, a incompetência territorial não pode ser declarada de ofício pelo magistrado. Seu exame fica condicionado à provocação de um dos sujeitos parciais do processo, como já foi sumulado pelo STJ:

Súmula 33. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

Além disso, está sujeita à preclusão. A não insurgência contra o local onde foi ajuizada a demanda no prazo estipulado pela lei prorroga a competência do juízo que a está processando, como já exposto acima.

⁴ Em interessante observação, Hélio Tornaghi (1974, p. 360) diz que a exigência de contrato escrito feita pelo art. 111, § 1º, é “apenas aparente”, já que o art. 114 afirma que a competência se prorrogará com o silêncio do acionado. O doutrinador chega a dizer, expressamente, que “o acordo tácito que a lei manda embora pela porta do art. 111, 1º, volta pela janela do art. 114” (1974, p. 359).

O acréscimo do parágrafo único ao art. 112, do CPC, modifica algumas destas regras nos casos em que exista contrato de adesão, que foi definido pelo art. 54, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁵. Este é o primeiro requisito de aplicação do comando,

⁵ Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano (2003, p. 182-183) explicam:

O contrato de adesão singulariza-se pelo afastamento, quanto aos caracteres essenciais, dos contratos em geral, já que seu teor é predeterminado pelo fornecedor, restando ao consumidor a prerrogativa de aceitação das cláusulas, desde que faça por inteiro, “em bloco”.

(...)

A doutrina procedeu, outrossim, à distinção entre dois métodos de celebração de contratos: *por adesão* e o conhecido *de adesão*. Os primeiros seriam aqueles nos quais a aceitação se coloca de forma compulsória perante o consumidor, como ocorre nas estipulações unilaterais do poder público. De outro lado, os contratos de adesão dependeriam de aceitação com o seu caractere de incerteza, visto que faculdade do consumidor.

Todavia, furtou-se a lei consumerista da função de distinção e estabeleceu as formas contratuais em menção como correlatas, não abarcando, no conceito trazido pelo art. 54, qualquer ponto de divergência entre um e outro. Sem efeito, portanto, maiores digressões a respeito.

Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, Nelson Nery Júnior (GRINOVER *et al*, 2004, p. 622) explica:

A doutrina faz distinção entre os contratos *de adesão* e os contratos *por adesão*. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos *por adesão* aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de *contrato de adesão*. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público (“aprovadas pela autoridade competente, art. 54, *caput*, CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal de *contrato de adesão*.

Opõe-se ao contrato de adesão “o contrato de comum acordo” (*contrat de gré à gré*), ou seja, aquele concluído mediante negociação das partes, cláusula a cláusula.

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja

acompanhando a tendência já existente no direito material de proteger o aderente quando uma cláusula for nula nesta espécie de contrato, a exemplo do que determinam os art. 423 e 424, do Código Civil de 2002, ao estipular que a interpretação do contrato de adesão deva ser realizada de maneira mais favorável ao aderente, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, e que são nulas as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio⁶.

O art. 423 assegura aquilo que se convencionou chamar de interpretação *contra stipulatorem* ou *contra proferentem*. Trata-se de regra que visa a resguardar a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se a interpretação que mais o beneficie, justamente porque o ofertante está em situação mais vantajosa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 199).

Aliás, é com base nas normas de direito material que o juiz poderá aferir se a cláusula de eleição do foro é válida ou nula. Nada se modificou até aí. A novidade está na atuação de ofício do juiz, para reconhecer a nulidade da cláusula e a incompetência territorial relativa. Apesar da querela doutrinária e jurisprudencial que já havia se instalado antes da Lei n.º 11.280/2006, o Código de Processo Civil não dava tal possibilidade, valendo a regra geral de que a incompetência relativa em razão do foro

buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.

⁶ Em relação aos contratos de adesão, Orlando Gomes (2001, p. 126) afirma que “tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes”.

Há que se notar, ainda, que o art. 47, do CDC, determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Para Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2003, p. 578), o mencionado dispositivo “representa (...) uma evolução em relação a essa norma [art. 423 do Código Civil de 2002] e à do art. 112 do CC/2002 (antigo art. 85 do CC/1916), pois beneficiará a todos os consumidores, em todos os contratos, de adesão ou individualmente negociados, em todas as cláusulas, mesmo as claras e não contraditórias, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá”.

Nelson Nery Júnior (GRINOVER *et al*, 2004, p. 545) comunga do mesmo entendimento, afirmando que “os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com a ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte mais débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 112, Código Civil); c) a *cláusula geral de boa-fé* reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, *caput* e n.º III, e 51, n.º IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (*princípio da conservação*)”.

não podia ser declarada por iniciativa do magistrado em nenhuma circunstância. Diversos juristas adotaram tal entendimento, entre os quais destacamos José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 76), que concluiu, em brilhante estudo acerca do tema, que “merece apoio e confirmação a diretriz tradicional na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual a incompetência relativa não comporta declaração *ex officio*”.

O novo dispositivo merece detida análise, não sendo tão simples como parece. Ele exige uma dupla análise, de direito material e de direito processual.

Mesmo verificando que o contrato é de adesão, o juiz não está, só por isso, autorizado a examinar suas cláusulas *ex auctoritate propria*. Ele só poderá fazê-lo se o ordenamento assim permitir, havendo interesse público no caso *sub judice*. Se o direito em questão for privado, sujeito, via de regra, ao exclusivo interesse dos contratantes, o juiz não tem autorização para declarar, de ofício, a nulidade de qualquer cláusula, estando preso aos princípios da congruência, dispositivo e da inércia, segundo os quais o magistrado não pode conceder nada além ou diferente daquilo que foi requerido pelos sujeitos parciais do processo⁷. Diversamente, se houver interesse público, o julgador poderá analisar o conteúdo da cláusula independentemente da provocação das partes. O problema torna-se complexo diante da circunstância de que a tradicional divisão entre o direito público e o direito privado tem se tornado cada vez mais tênue, com o estabelecimento de regras de interesse público a regular o direito privado, a exemplo do que dispõe o art. 421, do Código Civil, que estatui que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Verificando que o contrato é de adesão, o julgador precisará analisar, ainda no âmbito do direito material, se existe autorização legislativa para a decretação da nulidade da cláusula que fixa o foro independentemente da provocação do réu, e isso só será possível se a situação estiver regulada como de interesse público, mesmo no âmbito do direito privado, a exemplo dos casos de direito do consumidor ou nas causas cíveis comuns (não consumeristas) em que o contrato de adesão foi elaborado por detentor de monopólio, minimizando a autonomia da vontade do aderente.

⁷ José Carlos Barbosa Moreira (1994b, p. 04-05) afirma que a expressão “princípio dispositivo” “denota o predomínio da vontade das partes e uma correlata inibição do juiz”.

Rosa Maria B. B. de Andrade Nery (1994, p. 48) chega a dizer expressamente que “a competência relativa, sendo determinado por conta e causa do interesse meramente privado, é informada pelo princípio dispositivo”.

Entre os doutrinadores que admitiam, antes mesmo da Lei n.º 11.280/2006, a declaração *ex officio* da incompetência relativa em que casos que tais, já se assentava o entendimento de não poder o juiz considerar a nulidade da cláusula de eleição de foro somente porque inserta em contrato de adesão, sendo necessário analisar a existência de interesse público, autorizando a verificação da nulidade independentemente de provocação das partes. Antônio Carlos Marcato (2006) afirma ser “imperativo, no entanto, que o julgador não se deixe levar pela tentação de considerar toda e qualquer cláusula eletiva de foro sempre abusiva e ilegal; antes, deve ter em mente que o reconhecimento e a proclamação da afronta a preceitos constitucionais demandam o exame, caso a caso, das circunstâncias que envolvem o contrato contendo a cláusula em questão, não sendo lícita, nem jurídica, a pura e simples generalização”. Rosa Maria B. B. de Andrade Nery (1994, p. 49) também entende que o juiz só pode declinar de ofício quando “verificar que a cláusula de eleição de foro é realmente abusiva, pois em casos de contratação *gré à gré* (não de adesão), em igualdade de condições entre as partes contratantes, a cláusula é válida e eficaz”.

A jurisprudência também já caminhava neste sentido:

A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão somente não prevalece se ‘abusiva’, o que se verifica quando constatado: a) que, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e os efeitos da estipulação contratual; b) que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) que se trata de contrato de obrigatoria adesão, assim considerado o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. Entendimento que se considera aplicável mesmo quando em causa de relação de consumo regida pela Lei 8.078/90 (RSTJ 62/446)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. Não se configura a abusividade da cláusula de foro de eleição quando a aderente é empresa de considerável porte, dispondo presumivelmente de condições para exercer sua defesa no foro indicado no contrato. Nesse caso, não cabe ao juiz suscitar de ofício a sua incompetência (Súmula 33) (STJ - CC 0013632, 2ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.08.95).

De outro lado, a legislação já dava prerrogativas de foro para o autor hipossuficiente quando o contrato de adesão fosse da lavra do réu, em razão do interesse público e excepcionando a regra geral do foro do domicílio do acionado, a exemplo do que ocorre

nas causas movidas pelo consumidor, em que se aplica o art. 101, I, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)⁸. Se antes o legislador preocupou-se em dar prerrogativa ao acionante que estava em situação de presumida desigualdade, agora ela protege o acionado que se encontra na posição de desvantagem.

Na hipótese do art. 94 do CPC, encontramos-nos diante da *competência territorial*, que apresenta foro geral – o do art. 94 – e foros especiais – os dos arts. 96 a 100 do CPC. Em princípio, deve a demanda ser proposta perante o foro do domicílio do réu, admitindo-se o afastamento dessa regra para permitir o ingresso do feito perante o *foro especial*, em benefício do autor do processo, que se encontra posicionado na lide em situação desprivilegiada, se comparada à do réu.

Melhor explicando, percebe-se que a demanda, em sendo de direito pessoal, deve ser proposta perante o foro do domicílio do réu, concedendo-se a esta a prerrogativa de não ter de se deslocar para apresentar a sua defesa. Essa atenção deferida ao réu é afastada quando o autor merece especial tratamento, por se qualificar como *hipossuficiente*, ou seja, mais fraco do ponto de vista econômico e/ou processual.

(...)

Na hipótese de a ação indenizatória se apoiar em relação de consumo, observe-se que o art. 101, inciso I, do CDC, em nítida proteção ao consumidor hipossuficiente, confere a ele a prerrogativa de propor a ação de indenização dirigida contra profissional liberal perante o foro do seu domicílio – o do consumidor (MONTENEGRO FILHO, 2006, p. 101-103).

⁸ Confirma-se a lição de Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano (2003, p. 247) sobre o assunto:

Estabelece o inciso I como competente para a lide tratada no *caput* o foro do domicílio do autor. A regra se coaduna com o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Facilitando-se o seu acesso à justiça, propicia-se a implementação de maior igualdade material entre as partes, incrementando-se, ainda uma vez, o princípio da vulnerabilidade.

A regra, contudo, não é de observância obrigatória. Foge das disposições do diploma processual (arts. 100 e s. do CPC), ma não quanto ao conceito de relatividade da competência territorial. Cuida-se, pois, de prerrogativa ofertada ao autor.

Kazuo Watanabe (GRINOVER *et al*, 2004, p. 898) tem entendimento similar, explicando cuidar-se “de opção dada ao consumidor, que dela poderá abrir mão para, em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado (art. 94, CPC)”.

Comentando o art. 101, Vicente Greco Filho também afirma, na obra coordenada por Juarez de Oliveira (1991, p. 353):

O inciso I do artigo comentado prevê regra de competência territorial ou de foro, admitindo, facultativamente, a propositura da ação no domicílio do autor, com derrogação do foro comum que é o do domicílio do réu. A escolha é do autor, não se excluindo, em caráter concorrente, as hipóteses do art. 100 do Código de Processo Civil aplicáveis, como o local do ato ou o fato ou o local do cumprimento da obrigação. Escolhido um desses foros pelo autor, não terá procedência exceção declinatória.

Tanto os comandos legais pré-existentes como o recém-criado parágrafo único do art. 112 têm a mesma matriz: preservam a igualdade material, em observância ao preceito da isonomia, contido no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, e o direito ao acesso ao Judiciário, positivado pelo inc. XXXV do mesmo comando constitucional, que deve atender às duas partes, e não a uma só delas.

Sem embargos, a própria codificação processual civil cria regras especiais de competência territorial, como nas hipóteses do art. 100, que levam em conta situação peculiar do demandante e têm por escopo suprir presumida desigualdade entre os litigantes, em respeito ao princípio insculpido no art. 5º, *caput*, da Carta Magna (SOUZA, 2003, p. 76).

É que, em linha de princípio, o foro de eleição não pode constituir um ônus para a parte, mas um privilégio. Se a diminuição da autonomia da vontade na escolha do foro puder causar prejuízo ao aderente, a respectiva cláusula será passível de nulidade.

(...) o foro de eleição, salvo condições especiais do contrato, é um privilégio e não um ônus para a parte. Dessa forma, é lícito ao proponente da ação abrir mão do privilégio e optar pelo foro comum, isto é, pelo do domicílio do réu, sem que este possa impugnar a escolha, visto que lhe faltaria interesse para tanto, pois da opção não lhe advém prejuízo, mas sim benefício ou vantagem (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 210).

Antes mesmo da inovação legislativa, a doutrina e a jurisprudência já vinham imprimindo forte crítica ao “abuso de foros de eleição criados por meio de contratos de adesão, com o nítido propósito da parte mais forte de dificultar ou inviabilizar a ação da parte economicamente mais fraca, declarando ditas cláusulas como ineficazes” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 211), admitindo inclusive que o juiz, de ofício, declinasse da competência, circunstância que, aliás, foi expressamente reconhecida na exposição de motivos da Lei n.º 11.280/2006:

As mudanças empreendidas nos arts. 112, parágrafo único, e 114 do Código de Processo Civil transpõem, para o direito positivo, entendimento já consolidado na jurisprudência. Permite-se, assim, que a nulidade da cláusula de eleição de foro, embora consubstancie competência territorial e, pois, relativa, possa ser declarada de ofício pelo juiz quando firmada em contrato de adesão, com declinação da competência para o juízo do domicílio do réu.

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente afastando a aplicação da Súmula 33 da sua jurisprudência quando a causa envolve eleição de foro em contrato de adesão. (...)

Assim vinha se posicionado o STJ anteriormente à referida Lei:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ADESÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO (ART. 51, I, DA LEI 8.078/90 - "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR"). FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA CONSIDERADA ABUSIVA. - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 33/STJ - PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO.

I - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se "abusiva", o que se verifica quando constatado que a prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário.

II - Pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação da cláusula de eleição de foro dificultar gravemente a defesa do réu em Juízo.

Precedentes da Segunda Seção.

III - Recurso conhecido e provido (REsp 142936/SP, Rel. MIN. WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.11.1998, DJ 01.02.1999 p. 185).

COMPETÊNCIA RELATIVA. Foro de eleição. Contrato de adesão. Suscitação de ofício.

A segunda Seção deste Tribunal admite a suscitação de ofício da incompetência relativa (CC nº 17.735/CE) quando proposta a ação com base em contrato de adesão e a cláusula de eleição de foro se apresenta como abusiva.

Divergência indemonstrada. Recurso não conhecido (REsp 192312/MG, Rel. MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01.12.1998, DJ 29.03.1999 p. 185).

O contrato de adesão é requisito necessário, mas não suficiente para a incidência do novo parágrafo único, do art. 112, do CPC, sendo indispensável a verificação da existência de interesse público, no direito material, para a proteção do réu no que tange à igualdade e ao seu acesso ao Judiciário.

Ultrapassada a análise na seara do direito material, o magistrado passará a verificação de cunho processual, devendo declinar, de ofício, da competência territorial para o foro do domicílio do acionado.

A aplicação da norma pressupõe que o réu tenha domicílio certo e conhecido. O dispositivo foi criado para resguardar o direito de defesa do acionado que está em situação de presumida desvantagem quando a cláusula de eleição de foro for abusiva, fazendo prevalecer o texto legal, isto é, a regra geral contida no art. 94, do CPC.

A situação é realmente simples se existir apenas um réu e ele tiver domicílio certo e conhecido. Tratando-se de direito obrigacional, e sendo nula a cláusula de eleição do

foro no contrato de adesão, o juiz deverá declinar de ofício da competência, remetendo os autos para o local do domicílio do acionado. Com isso, a regra constante no *caput*, do art. 94, do CPC, sobrepõe-se à disposição contratual abusiva.

E se a demanda tiver dois ou mais réus com diferentes domicílios, poderá o juiz aplicar o novo dispositivo de ofício? Parece-nos haver certas restrições neste caso. Cuida-se de situação em que o autor ajuizou ação no foro de eleição, baseado em cláusula constante no contrato de adesão, em que figuram no outro pólo duas ou mais pessoas, com domicílios distintos. O art. 94, § 4º, do CPC, diz que a ação deverá ser ajuizada no foro do domicílio de qualquer dos demandados, à escolha do autor. Nesta situação, o juiz não poderá, de ofício, remeter os autos ao foro de domicílio de um dos réus. Primeiramente, porque o autor tem o direito de escolha, que só lhe será possível exercer depois de decretada a nulidade. Não tendo sido declarada a nulidade da cláusula antes do ajuizamento da demanda, mas somente depois de tal evento, o acionante não poderia considerar, antes da propositura da ação, a existência de tal vício, razão pela qual não lhe era lícito realizar a opção naquele momento, em face da própria existência da cláusula, que deve ser considerada válida até que haja determinação judicial em sentido contrário. Portanto, determinada a nulidade de ofício, o juiz deve intimar o autor para que ele escolha para que foro devem ser remetidos os autos, entre aqueles em que estão domiciliados os diferentes réus⁹. Ademais, mesmo sendo nula a cláusula de eleição do foro, o magistrado não poderá escolher o local do domicílio de um dos réus, preterindo o outro, dada a isonomia existente entre eles.

E se o autor, intimado, nada manifestar? Entendemos que o processo ficará aguardando a manifestação do ocupante do pólo ativo, caso em que a demora da citação será imputável à parte e não exclusivamente ao Judiciário, não retroagindo a interrupção da

⁹ No sentido de que o direito de escolha é do autor, confira-se o julgado abaixo transcrito:

PROCESSO CIVIL - COMPETÊNCIA DE FORO - RÉUS EM LITISCONSÓRCIO COM DOMICÍLIOS DISTINTOS (ART. 94, § 4º DO CPC).

1. Sem indagar-se do mérito da ação, nem das condições da mesma, é competente, como regra geral, o foro do domicílio do réu.
2. Dentre as normas de exceção está a regra para réus com domicílios distintos, em que se devolve a opção ao autor.
3. Recursos especiais não conhecidos. (REsp 59.705/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.06.2000, DJ 02.10.2000 p. 155)

prescrição à data de propositura da ação, conforme se depreende da interpretação sistemática dos §§ 1º a 4º, do art. 219, do CPC, além de poder ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito nos moldes do art. 267, III, do mesmo Diploma.

Em que pese o silêncio do acionante pudesse ser considerado em seu desfavor, como renúncia ao direito de escolha, o magistrado não pode favorecer um dos réus, prejudicando o(s) outro(s), dada a isonomia existente entre os acionados.

Situação distinta ocorrerá se a demanda for promovida em face de um único réu com mais de um domicílio. Diz o art. 94, § 1º, que ele será acionado no foro de qualquer dos referidos domicílios¹⁰. Embora o comando não seja expresso, a escolha sobre o local onde deve ser ajuizada a demanda pertence inicialmente ao acionante. É ele quem determina em qual dos domicílios do único réu a ação será proposta, processada e julgada. Assim como na situação anterior, o demandante ajuizou a ação no foro de eleição, tendo em vista a validade da respectiva cláusula até que haja a declaração judicial em sentido contrário, evento superveniente à propositura da demanda. Por conseguinte, não se pode retirar do autor o direito de optar pelo foro de um dos domicílios do réu, devendo ele ser intimado para indicar para onde os fólios devem ser remetidos, entre os domicílios do demandado. A diferença em relação à hipótese precedente está no aspecto de que, havendo apenas um réu, não se faz necessário ponderar sobre a isonomia entre os demandados, que é elemento relevante para o § 4º, do art. 94. Silente o autor depois de intimado, terá ele renunciado ao direito de opção, autorizando o juiz a remeter os autos para qualquer dos domicílios do réu. Não haverá prejuízo para o demandado, vez que o feito correrá no foro de um de seus domicílios e a pluralidade de domicílios decorre da vontade do próprio acionado.

¹⁰ Confira-se o seguinte julgado do STJ:

COMPETÊNCIA. PLURALIDADE DE DOMICÍLIOS. RÉU QUE POSSUI DIVERSAS RESIDÊNCIAS E MANTÉM OCUPAÇÕES HABITUAIS EM VÁRIOS CENTROS.

– Tendo o réu mais de um domicílio, será demandado no foro de qualquer deles (art. 94, § 1º, do CPC).

– Não enseja o recurso especial a pretensão de reexaminar-se matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

Recurso especial não conhecido (REsp 193.959/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 20.04.2004, DJ 01.07.2004 p. 197)

Como dissemos antes, a aplicação do novel parágrafo único pressupõe que o réu tenha domicílio certo e conhecido. De acordo com o art. 94, § 2º, do CPC, a regra incidente para a hipótese em que o domicílio do acionado não seja certo e conhecido será o ajuizamento no local onde o demandado for encontrado ou no foro do domicílio do autor, cabendo a escolha a este último no momento de ajuizar a ação. Ocorre que esta última norma legal visa resguardar o interesse do autor, não tendo sido criada para proteger o acionado, como fazem os §§ 1º e 4º, do art. 94, do CPC. Mas, se o autor ajuíza a demanda no foro convencionado, ele já fez sua escolha, em atenção ao seu próprio interesse, máxime quando o contrato de adesão tiver sido elaborado por si mesmo¹¹. O juiz não poderá, de ofício, reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro em casos que tais.

Também será inaplicável o novo parágrafo único, do art. 112, se o réu não tiver domicílio, nem residência no Brasil. Prevalecerá a convenção das partes sobre o art. 94, § 3º, primeira parte, do CPC, que determina que a ação seja ajuizada no local onde está domiciliado o autor. Assim como o dispositivo que lhe antecede, o § 3º visa proteger o interesse do demandante, e não o do acionado.

Ao juiz será vedado atuar de ofício se, além do acionado, o autor também não residir no País. Vigerá a cláusula de eleição de foro em detrimento do art. 94, § 3º, segunda parte, da Lei Adjetiva Civil, que afirma que a demanda poderia ser proposta em qualquer foro, visto que esta disposição não tem a finalidade de proteger o direito de defesa do acionado.

Em síntese, o parágrafo único, do art. 112, do CPC, busca proteger o direito de defesa do acionado que se encontra em situação de desigualdade, tendo sua vontade reduzida na celebração de contrato de adesão. Sua aplicação pressupõe quatro requisitos: (i) a existência de contrato de adesão com cláusula de eleição de foro, não sendo possível a incidência do comando se o contrato não for desta espécie ou se inexistir tal cláusula; (ii) a nulidade da cláusula, o que será aferido de acordo com os preceitos de direito

¹¹ Relembremos que, se o contrato de adesão tiver sido elaborado pelo réu, minimizando a vontade do autor-aderente, aplicam-se os diversos comandos legais que já existiam no ordenamento jurídico, a exemplo do art. 101, I, do CDC.

material incidentes em cada caso; (iii) o interesse público, a autorizar a atuação *ex officio* do juiz; e (iv) a existência de domicílio certo e conhecido do réu.

3. A nova redação do art. 114 e a definição da espécie de competência estatuída pelo parágrafo único, do art. 112, do CPC.

Ao afirmar que o juiz só pode declinar da competência quando houver interesse público que o autorize a decretar, de ofício, a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, o parágrafo único do art. 112 pode causar dúvidas acerca da espécie de competência. Teria o legislador dado um tratamento de competência absoluta à referida situação de competência territorial, como ocorre nos conflitos que dizem respeito a direitos reais sobre imóveis (art. 95, do CPC)? Ou teria ele criado uma hipótese ímpar em que o juiz pode, excepcionalmente, declinar de ofício da competência relativa?

Até a inserção do comando no CPC, o direito positivo só autorizava o magistrado a declarar-se incompetente, de ofício, nos casos de competência absoluta, ficando adstrito à provocação das partes quando a competência fosse relativa. Tentando adequar a situação agora enfocada pelo parágrafo único do art. 112 à dogmática vigente antes da Lei n.º 10.280/2006, a jurisprudência a enquadrava como sendo de competência absoluta.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU. CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA QUE INSTITUI O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA/STJ.

- Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, **torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu**, afastando a incidência do enunciado nº 33 da súmula/STJ em tais casos. (CC 20826/RS, Rel. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13.05.1998, DJ 24.05.1999 p. 89) (grifou-se).

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 do foro do domicílio do réu**, não se exigindo,

pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido. (CC 17735/CE, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão MIN. COSTA LEITE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13.05.1998, DJ 16.11.1998 p. 4) (grifo aduzido).

Apesar da sua confusa e contraditória redação¹², a exposição de motivos da Lei n.º 11.280/2006 parece tê-la considerado como competência absoluta, afirmando tratar-se de “exceção à regra de que a competência relativa não pode ser conhecida de ofício, transmutando-se em absoluta”.

Embora a situação enfocada pelo comando pareça ter contornos de competência absoluta, inclusive pela necessidade de existir interesse público para sua aplicação ao caso concreto, superamos essa primeira impressão, entendendo tratar-se de competência relativa, como ocorre, de regra, no que tange ao território, tendo a nova redação do art. 114 importância fundamental para desvendar tal aspecto.

O conteúdo deste dispositivo vem integrar o teor do parágrafo único do art. 112. Enquanto o texto originário do art. 114 afirmava que a prorrogação da competência ocorria se o réu não opusesse exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais, a nova dicção afirma que a competência se prorrogará “se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112” ou se “o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”. Como se vê, a alteração do art. 114 decorre exclusivamente do acréscimo feito ao art. 112.

Tanto a redação anterior como a atual não dão margem a questionamentos. Elas definem como e quando acontece a prorrogação, que é uma das formas de modificação da competência. Ocorre que a alteração da competência é fenômeno atinente à competência relativa, não podendo ser aplicado à absoluta, cuja ofensa pode ser reconhecida em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição.

¹² Dizemos que a redação da exposição de motivos é confusa e contraditória, já que ela afirma que se trata de uma “exceção à regra de que a competência relativa não pode ser conhecida de ofício” (qualificando-a, portanto, como competência relativa, e não absoluta), mas, simultaneamente, afirma tratar-se de uma transmutação para a competência absoluta (cuidando, pois, de competência absoluta, e não relativa). Ou é exceção à competência relativa (pertencendo a esta espécie), ou é competência absoluta! Não pode é ser as duas ao mesmo tempo! Melhor teria sido se a redação fosse “exceção à regra de que a competência **territorial** não pode ser conhecida de ofício, transmutando-se em absoluta”.

Conforme a possibilidade de sofrer ou não alterações, a competência interna classifica-se em *absoluta* e *relativa*.

Absoluta é a competência insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas).

Relativa, ao contrário, é a competência passível de modificação por vontade das partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência de causas.

(...)

A prorrogação (...) pressupõe competência *relativa*, visto que juiz absolutamente incompetente nunca se legitima para a causa, ainda que haja conexão ou continência, ou mesmo acordo expresso entre os interessados. Em qualquer fase do procedimento, o réu pode invocar a incompetência absoluta do juízo, e o próprio juiz, *ex officio*, tem poder para reconhecê-la. Até mesmo depois do trânsito em julgado da sentença ainda será possível usar a ação rescisória para anular o processo encerrado com tal vício (art. 485, n.º II) (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 204-205).

A única diferença é que, antes da Lei n.º 11.280/2006, a competência se prorrogava somente se o réu não apresentasse a respectiva exceção; agora, com a possibilidade de o juiz declinar, de ofício, da competência territorial na situação prevista pelo parágrafo único do art. 112, o legislador teve que ampliar a definição do instituto da prorrogação também para a nova hipótese legal. Não obstante, continua dizendo respeito à modificação da competência, razão pela qual está no âmbito da competência relativa.

A análise do problema passa pela imprescindível distinção entre o interesse público necessário para a aplicação do parágrafo único do art. 112 e o interesse público que define os critérios de competência absoluta. Na primeira situação, o juiz é competente quanto aos critérios de competência absoluta, e teria, em tese, todas as atribuições dadas pelo sistema para processar e julgar a causa; ele não o fará, em particular caso concreto, para garantir o acesso à justiça do réu vulnerável, do acionado que se encontra em situação de desigualdade que lhe tolhe o acesso ao Judiciário; na situação da incompetência absoluta, o legislador afasta o órgão judiciário em prol de um juízo mais especializado, definido em lei, por existir alguma peculiaridade na espécie de causa (hierarquia, pessoa, matéria etc.), considerada em abstrato. O primeiro interesse público está voltado à relação jurídico-material (negocial) havida entre as partes, dirige-se à possibilidade de reconhecer, ou não, a nulidade da cláusula, apresentando, por consequência, efeitos sobre a competência territorial, que é o conteúdo da cláusula

contratual¹³. Nesta situação, o interesse público está voltado para a proteção do réu que se encontra em situação de desvantagem, que é hipossuficiente. Dá-se uma prerrogativa a ele, buscando garantir o seu acesso à justiça.

A despeito das premissas levantadas, e com fundamento na circunstância de serem de ordem pública as normas relacionadas à proteção do consumidor (art. 1º, CDC), tem-se admitido que, reconhecendo o magistrado a ineficácia da cláusula de foro de eleição, poderia ele remeter os autos ao juízo competente. É como afirmam NELSON NERY JR. e ARAKEN DE ASSIS: embora se trate (a escolha de foro) de conduta lícita, prevista na legislação processual, a questão deve ser analisada à luz do direito material, porque objeto de disposição contratual em relação de consumo (DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 130).

O último interesse público tem caráter eminentemente processual, voltando-se para a definição das espécies de causas e das atribuições dos órgãos jurisdicionais, em abstrato. O interesse público na primeira situação concede à parte uma prerrogativa, cuja inobservância não provocará nulidade processual, assim como ocorre nas situações em que o consumidor promove ação no domicílio do fornecedor/produzidor, deixando de aplicar o art. 101, I, da Lei n.º 8.078/90, de maneira análoga ao que também se dá nos

¹³ Rosa Maria B. B. de Andrade Nery (1994, p. 47) afirmava que o problema não podia ser resolvido somente na seara do direito processual, reclamando análise do aspecto material. A referida doutrinadora entendia tratar-se de ordem pública tanto no que tange ao direito material, como ao processual, qualificando-a como competência absoluta.

Parece-nos que a questão não é apenas de direito processual, tendo gênese em fato jurídico mais complexo e abrangente que resvala para o campo do direito processual como mera consequência de um fenômeno jurídico mais grave, pelo que se nos apresenta legítimo o enfoque da matéria por este outro ângulo, que não meramente processual.

(...)

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 apequamento de uma das partes, em detrimento do próprio direito material que o contrato resguarda, não nos parece estar o Juiz preso à análise da competência relativa do foro, tão-somente. Afinal, o Código de Defesa do Consumidor consagra serem as normas do código, todas elas, quer as de direito material, quer as de direito formal, de ordem pública (art. 1º do CDC). Com base tão-somente nesta circunstância, pode o Magistrado de ofício e a qualquer tempo determinar o que entende mais consentâneo com o interesse que a norma visa a resguardar.

Para ela (1994, p. 49), tratar-se-ia de competência absoluta, podendo ser corrigida a qualquer momento do processo.

Como se vê, o entendimento da jurista não foi acatado pelo legislador, que estabeleceu o momento em que o juiz deve declinar, de ofício, da competência territorial, ensejando a prorrogação, caso não o magistrado não o faça e nem o réu oponha exceção de incompetência.

casos em que o alimentando ajuíza demanda no foro do alimentante, deixando de utilizar a prerrogativa dada pelo art. 100, II, do CPC.

Como regra específica está previsto que a ação de responsabilidade civil pode ser proposta no domicílio do autor (consumidor, vítima ou sucessor), que se afirma lesado e que busca a responsabilidade civil. Não é esta regra de ordem pública, no sentido de que, querendo esse autor, poderá propor a ação no domicílio do fornecedor de produtos ou de serviços. Mas é de ordem pública para o fim de inadmitir-se que a seu respeito haja eleição de foro, inaplicável o art. 111, segunda parte, do Código de Processo Civil (ALVIM; ALVIM; ALVIM; SOUZA, 1991, p. 216).

Na situação enfocada pelo parágrafo único do art. 112, não haverá nulidade se o juiz não declinar, de ofício, de sua competência e se o acionado não opuser exceção de incompetência. Tanto é assim que ocorre a prorrogação, atribuindo a competência ao juízo ao qual a lei não a tinha imputado originariamente.

Na segunda situação, o interesse público é de aplicação obrigatória, não sendo possível a nenhuma das partes, nem ao juiz, deixar de fazê-la valer. A inobservância das regras de competência absoluta leva à nulidade dos atos decisórios praticados pelo juiz incompetente, como determina o art. 113, § 2º, do CPC. Assim explicava Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 212) antes da vigência da Lei n.º 11.280/2006:

Qualquer que seja (...) a forma com que a lei de ordem pública, no campo dos contratos, disponha sobre competência, não se deve tê-la como instituidora de competência *absoluta*, mas de competência territorial, por isso *relativa*. O que não vale é a cláusula negocial previamente derogadora da competência legal. Sem embargo disso, no caso concreto de demanda, a parte beneficiária da tutela pode aceitar litigar em foro diverso, prorrogando, assim, a competência, seja como autor, propondo a ação no foro do réu, seja como réu, aceitando a escolha da parte contrária, sem oportuna oposição de exceção de incompetência.

Não podemos esquecer, ainda, que, segundo as regras de interpretação, os parágrafos devem ser lidos conforme a cabeça do artigo, complementando-lhe o conteúdo ou estabelecendo-lhe exceções. Numa ou noutra hipótese, a hermenêutica determina que o teor do parágrafo não pode dissociar-se do que dispõe o *caput*, como se fosse dele independente. O parágrafo único, portanto, liga-se ao que dispõe a cabeça do art. 112, que cuida da incompetência relativa¹⁴, afirmando que ela deve ser argüida por meio de

¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 75) afirma que “dos dispositivos que a compõem [a Seção V do Capítulo III do Título IV do Livro I, dedicada à “declaração de incompetência”], interessam-nos de modo precípua os arts. 112 a 114. Os arts. 112 e 113 cuidam, separadamente, da incompetência relativa e da

exceção. Impende dizer que, assim como o *caput*, o parágrafo cuida da incompetência relativa, trazendo um novo modo de seu reconhecimento.

4. A nova redação do art. 114 e a definição do momento de aplicação *ex officio* do parágrafo único, do art. 112, do CPC.

Ao estabelecer que ocorrerá a prorrogação, o legislador foi além da demonstração do caráter relativo da competência (já que a absoluta pode ser examinada de ofício em qualquer momento e grau de jurisdição), definindo também o momento em que o juiz perde a possibilidade de declinar, de ofício, da competência nos termos do parágrafo único do art. 112. Em outras palavras, estabeleceu o momento preclusivo para a prática de tal ato.

Em se tratando de competência relativa, ela está sujeita à prorrogação, caso em que o juiz originariamente incompetente tem seu âmbito de atuação ampliado para conhecer daquela causa específica. Cuida-se de fenômeno intimamente ligado à preclusão, à extinção de uma faculdade processual, porque excedidos os limites do seu exercício, tal como conceitua Giuseppe Chiovenda (1965, p. 372): “A preclusão é um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consiste na *perda* duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo”. Eduardo J. Couture (1974, p. 194) explica que a preclusão se dá “mediante o fechamento definitivo de cada uma delas [das fases do processo], impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados”. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 278) afirma que o instituto da preclusão cumpre a função de encerrar as etapas processuais, impedindo que atos se repitam, levando adiante a marcha processual de maneira ordenada, além de também evitar um seu desenrolar arbitrário.

Ao afirmar que a competência será prorrogada se o juiz não declinar de ofício na forma do parágrafo único do art. 112 e se o acionado não opuser exceção, fica evidente que o magistrado não poderá fazê-lo após decorrido o prazo para o oferecimento da exceção. A norma careceria de sentido se o juiz pudesse assim proceder depois de o réu ter a

incompetência absoluta; o art. 114 também respeita à primeira, e apenas a ela, motivo pelo qual se afigura procedente a crítica feita à respectiva localização: melhor se situaria ele logo após o art. 112”.

chance de se manifestar, seja (i) porque a não insurgência do acionado significa uma sua aceitação tácita; e (ii) porque deixaria de existir uma definição legal acerca do momento em que o magistrado pudesse atuar de ofício em tal caso, o que levaria à incongruência de estabelecer a prorrogação, sem, no entanto, dizer quando ela acontece, traduzindo-se na seguinte indagação: se o juiz pudesse declinar de ofício mesmo após o escoamento do prazo para oferecimento da exceção de incompetência, qual seria o termo *ad quem* para que ele pudesse fazê-lo já que o legislador não definiu qualquer outro prazo? Se admitíssemos a absurda possibilidade de inexistência de um prazo (o que implicaria dizer que a matéria seria argüível em qualquer fase e grau de jurisdição), teríamos uma competência absoluta e não se poderia cogitar em prorrogação. A nova redação do art. 114 perderia toda sua razão de ser, quedando-se sem significação alguma.

Estabelecido que o juiz não pode reconhecer a incompetência de ofício na hipótese do parágrafo único do art. 112 após o decurso do prazo para a apresentação da exceção pelo réu, precisamos analisar se ele pode fazer entre o despacho da petição inicial e o fim do mencionado prazo. A nosso ver, a resposta é negativa. Primeiramente, porque, ao despachar a vestibular, o magistrado está afirmando, *a contrario sensu*, que não vislumbrou tratar-se da hipótese regulada pelo parágrafo único do art. 112 (por não haver contrato de adesão, interesse público etc.), ocorrendo a preclusão *pro judicato*. Em segundo lugar, porque tal atuação após o despacho da exordial causaria tumulto processual e ofensa ao princípio da ampla defesa. Imagine-se que, expedido o mandado citatório logo após o despacho inicial, o magistrado decline da competência. O ato de comunicação processual perderia sua finalidade de dar a precisa informação ao réu de todos os elementos da demanda que contra ele foi movida, reputando-se nulo, vez que o mandado de citação deve conter a individualização do juízo e do cartório, com o respectivo endereço, como determina o art. 223, da Lei Adjetiva. Ao declinar da competência, o juiz remeterá os fólios para o juízo que ele entendeu ser competente. Ocorre que, realizada a citação, o demandado dirigirá sua resposta para o primeiro juízo, aquele que determinou a citação, que é o que consta no mandado. Qual não será o tumulto processual se a causa já estiver correndo perante um outro órgão jurisdicional, por força da atuação *ex officio* do magistrado após a realização da citação, provocando prejuízos para o autor, que, em regra, quer ver o andamento mais célere possível do feito, e para o acionado, que tem o direito à ampla defesa?

Antes da inovação legislativa de que tratamos aqui, José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 74) explicava o posicionamento doutrinário:

Construir o poder [de declinar de ofício da competência relativa] como dever exercitável a qualquer tempo importa equiparar por completo, desse ponto de vista, o regime da incompetência relativa ao da absoluta. A consequência é tão extremada, tão evidentemente contrária ao sistema da lei, que nenhum autor, ao que nos consta, chega até aí. (...)

O que se tem sustentado, entre nós, é a existência de um poder-dever ou de um poder-faculdade temporalmente limitado: relativa a incompetência, o juiz estaria obrigado ou autorizado a declarar-se incompetente de ofício, mas apenas ao despachar a petição inicial. Não o fazendo nessa ocasião, teria de aguardar a iniciativa do réu; e, se este não oferecesse a exceção, a competência inexoravelmente se prorrogaria.

E afirmava que, quisesse o legislador que a incompetência relativa fosse reconhecida de ofício pelo juiz, seria “facílimo limitá-la, fazê-la depender da abstenção do órgão judicial por ocasião do despacho liminar, mediante o acréscimo de uma cláusula ao art. 112: ‘Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa, *quando o juiz não a declare ao despachar a inicial*’ (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 75). Embora o legislador não tenha dado a mencionada redação ao *caput* do art. 112, adotou tal entendimento ao modificar a redação do art. 114.

Como se vê, este último comando é importante para definir a espécie de competência sobre que cuida o parágrafo único do art. 112, estipulando também em que momento processual ocorre a preclusão *pro judicato*, ou seja, até que instante o juiz poderá declinar de ofício da competência territorial, nos termos do mencionado dispositivo.

5. Conclusão.

Na esteira das reformas empreendidas no CPC, o legislador acresceu o parágrafo único ao art. 112, alterando, por consequência, o art. 114, o que resultou no estabelecimento de nova hipótese de reconhecimento de incompetência relativa e de ampliação da situação ensejadora da prorrogação.

A aplicação do parágrafo único, do art. 112, busca viabilizar o acesso do acionado hipossuficiente ao Judiciário, viabilizando-lhe o direito de defesa, nos casos em que (i) existe contrato de adesão com cláusula de eleição de foro; (ii) que seja reputada nula,

nos termos preceituados pelo direito material incidentes em cada caso; (iii) podendo o magistrado atuar de ofício se houver interesse público; (iv) desde que o réu tenha domicílio certo e conhecido.

Se a demanda tiver dois ou mais réus com diferentes domicílios, poderá o juiz determinar a nulidade de ofício, intimando o autor para que ele escolha para que foro devem ser remetidos os autos, entre aqueles em que estão domiciliados os diferentes réus. Enquanto o autor, intimado, não se manifestar, o processo deverá ficar sobrestado, caso em que a demora da citação será imputável à parte e não exclusivamente ao Judiciário, caso em que a interrupção da prescrição não retroagirá à data de propositura da ação, além de provocar a eventual extinção do processo sem resolução do mérito, nos moldes do art. 267, III, do CPC. O juiz não pode remeter os fólios para o domicílio de um dos réus, de ofício, sob pena de prejudicar o outro acionado, ofendendo o princípio da isonomia entre eles.

Se a demanda for promovida em face de um único réu com mais de um domicílio, o juiz poderá decretar a nulidade da cláusula, intimando o autor para indicar para onde os fólios devem ser remetidos, entre os domicílios do demandado. Caso o autor silencie depois de intimado, ele terá renunciado ao direito de opção, autorizando o juiz a remeter os autos para qualquer dos domicílios do réu.

Caso o acionado não tenha domicílio certo e conhecido, ou se não tiver domicílio, nem residência no Brasil, será inaplicável o parágrafo único do art. 112, prevalecendo a convenção das partes sobre as regras constantes no art. 94, §§ 2º e 3º, do CPC.

Além disso, é necessário ressaltar que a situação enfocada pelo comando versa sobre competência relativa, o que pode ser aferido pela leitura da nova redação do art. 114. Este dispositivo afirma que a competência se prorrogará “se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112” ou se “o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”, definindo como e quando acontece a modificação da competência por inércia do réu, denotando o seu caráter relativo, já que a prorrogação é fenômeno atinente a esta espécie de competência, não se aplicando à absoluta.

A distinção no que toca à redação anterior é que, antes da Lei n.º 11.280/2006, a competência se prorrogava somente se o réu não apresentasse a respectiva exceção; agora, o legislador teve que ampliar a definição da prorrogação também para a nova hipótese de o juiz declinar, de ofício, nos termos dispostos pelo parágrafo único do art. 112.

O art. 114 também é relevante por definir quando ocorre a preclusão *pro judicato* no que tange à aplicação do parágrafo único do art. 112, não podendo o juiz fazê-lo após o despacho da exordial.

6. Referências.

ALVIM, Arruda. A “*perpetuatio iurisdictionis*” no código de processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. Ano I, n. 4. São Paulo, RT, outubro/dezembro 1976. p. 13-37.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; SOUZA, James J. Marins de. *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo, RT, 1991.

ASSIS, Araken. *Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão*. Porto Alegre, PUC-RS, 1989.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?* In: Temas de direito processual: quinta série. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 63-76.

_____. *O processo civil brasileiro: uma apresentação* In: Temas de direito processual: quinta série. São Paulo, Saraiva, 1994b. p. 01-24.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. III. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Depalma, 1974.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador, JusPodivm, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. Vol. IV. Tomo 1. São Paulo, Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

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: 19 abr. 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, RT, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2006.

NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. *Competência relativa e de foro e a ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete n.º 33 da súmula do STJ*. In: *Justitia – Revista do Ministério Público de São Paulo*. a. 56. vol. 167. São Paulo, Julho/Setembro 1994. p. 46-50.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo, Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991.

ROCHA, José de Moura. *A competência e o novo código de processo civil*. In: *Revista de Processo*. Ano I, n. 4. São Paulo, RT, outubro/dezembro 1976. p. 38-67.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública*. São Paulo, Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 43. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários a Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo, RT, 1974.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. *A possível desconsideração do foro de eleição nos contratos de adesão*. In: *Revista de Processo*. Ano 14. n. 56. São Paulo, RT, outubro/dezembro 1989. p. 220-222.