

As recentes reformas processuais e as tendências de as intimações dirigidas às partes se tornarem indiretas e fictas

BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES

1. Introdução

O tempo é atualmente um dos principais parâmetros da justiça, “uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional”.¹ A crescente relevância do tempo decorre (I) do progressivo aumento da *quantidade* de demandas, que sufocam o Poder Judiciário e impedem o rápido desenrolar dos processos, e (II) da alteração *qualitativa* dos litígios, ao envolverem direitos que dependem de uma rápida decisão para serem adequadamente tutelados.² Tais transformações motivaram a inserção no art. 5º, inc. LXXXVIII, da Constituição Federal de uma específica garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e, paulatinamente, vêm modulando as reformas do Código de Processo Civil.

Mas ao interpretar um princípio constitucional não se pode perder de vista a sua inserção em um contexto de conuinência com inúmeros outros princípios, que no processo conformam o *due process of law*. Os princípios inter-relacionam-se, moldam-se reciprocamente, e nessa interação cabe ao intérprete ponderar a importância concreta do princípio e buscar uma solução que, na medida do possível, prestigie cada um deles.

¹. DINAMARCO, *A Reforma do Código de Processo Civil*, cap. X, n. 103, p. 140.

². Cf. BRUNO LOPES, *Tutela antecipada sancionatória*, n. 3, pp. 21 ss.

O foco de análise deste trabalho são as intimações dirigidas à parte. Observa-se nas últimas reformas processuais a tendência de tornar tais intimações *indiretas*, à medida que realizadas na pessoa do advogado, e *fictas*, pois se tornou desnecessário comprovar que a pessoa a ser intimada efetivamente recebeu a carta de intimação. Ambas as tendências têm o nítido objetivo de tornar o processo mais rápido e, portanto, prestigiam a tempestividade da tutela jurisdicional. Mas elas promovem a rapidez comprometendo a segurança da informação das partes quanto aos acontecimentos do processo e, nessa medida, restringem a garantia constitucional do contraditório.

A análise a ser empreendida busca identificar em que medida esse sacrifício à garantia do contraditório é admissível e, portanto, compatível com a ordem constitucional.

2. Disciplina da citação

Apesar de o foco da análise deste trabalho ser a intimação dirigida à parte, é necessário tratar de algumas questões pertinentes à *citação*, pois as normas e a *ratio* das construções doutrinárias relacionadas à citação aplicam-se analogicamente à intimação.³

São três as classificações mais importantes na disciplina da citação. A primeira delas tem por critério o *modo como a citação é realizada*: I) correio, (II) mandado (pessoalmente ou com hora certa) e (III) edital. A segunda classificação toma por critério a *segurança de que o réu teve*

³. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.048, p. 435.

conhecimento da citação: I) real e (II) ficta. A última distingue as citações com referência à *pessoa que as recebe*: I) direta e (II) indireta.

Citação por correio. Com exceção das situações descritas no art. 222 do Código de Processo Civil, o modo prioritário para se realizar a citação é o encaminhamento de carta por correio ao demandado. Para que a citação seja válida, a carta deverá ser “registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo” (CPC, art. 223, § único). No caso de o réu ser pessoa jurídica, “será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração” (CPC, art. 223, § único). Ao interpretar as normas pertinentes ao recebimento da carta, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atenua tais exigências na citação de pessoa jurídica. Para a citação de pessoa física exige-se que o próprio demandado assine o aviso de recebimento, mas em se tratando de pessoa jurídica basta que um empregado o assine, não havendo a necessidade de que ele tenha poderes de representação. Aplica-se a teoria da aparência, sob a consideração de ser muito improvável que o empregado não encaminhe a carta ao representante da empresa.⁴

Na versão original do Código de Processo Civil o modo prioritário para citar era a citação por mandado. Somente era admissível a citação por correio no caso de o réu ser comerciante ou industrial, domiciliado no Brasil. Dada a maior praticidade e rapidez da citação por correio, sua utilização foi generalizada na lei n. 8.710, de 24 de setembro de 1993. A mudança foi alvo de críticas e aplausos. Pondera MONIZ DE ARAGÃO que o legislador assumiu uma “grave responsabilidade”, pois com o grande número

⁴. Cf. NEGRÃO-GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, pp. 331-332.

de analfabetos existentes no país não restou adequadamente resguardada “a situação dos que são incapazes de ler e compreender a importância do ato”.⁵ Mas CARMONA aplaudiu a modificação, pela rapidez que proporciona ao ato de citação. Propõe sob esse enfoque uma interpretação mais arrojada do que a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao recebimento da carta. Do mesmo modo que a carta de citação pode ser entregue validamente a qualquer funcionário da empresa que se apresente em seu endereço para recebê-la, na citação de pessoa física seria válida a entrega da carta ao zelador nos edifícios residenciais ou a pessoa que resida com o demandado. Conclui afirmando que “a entrega pessoal da carta citatória e a exigência de recibo devem ser vistos como recomendação ao carteiro e não como condição *sine qua non* para a validade do ato citatório”.⁶

Citação pessoal por mandado. Nos casos em que citação postal é inadmissível (CPC, art. 222) e na hipótese de ela restar infrutífera, a citação é feita por mandado, a ser entregue ao demandado pessoalmente por oficial de justiça (CPC, art. 224).

Citação por mandado com hora certa. Mas a diligência do oficial de justiça pode restar infrutífera. Se houver suspeita de ocultação intencional da pessoa a ser citada e caso o oficial de justiça tente por três vezes citar o réu no endereço onde ele deveria encontrar-se, o oficial de justiça intimará pessoa próxima ao demandado de que no dia seguinte, em hora determinada, tentará citá-lo mais uma vez. A pessoa intimada ficará com o encargo de passar a informação ao demandado e, se no dia seguinte ele não estiver presente no local e na hora combinada, o mandado será entregue à

⁵. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, n. 253, p. 213.

⁶. “A citação e a intimação no Código de Processo Civil: o árduo caminho da modernidade”, p. 73.

pessoa intimada, que ficará com o encargo de entregá-lo ao demandado (CPC, arts. 227 e 228). Para que se repute realizada a citação, faz-se necessária ainda a expedição de carta ao demandado informando a realização da citação com hora certa (CPC, art. 229).

Citação por edital. Na hipótese de ser “desconhecido ou incerto o réu” ou “quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar”, não é possível realizar a citação pessoalmente, mediante alguma das técnicas *supra* referidas e, portanto, ela é realizada por publicação de editais (CPC, art. 231). O edital é afixado na sede do juízo e publicado uma vez no órgão oficial e duas vezes em jornal local (CPC, art. 232).

Citação direta e indireta. Nem sempre a citação é dirigida pessoalmente ao demandado. A citação pode ser feita “pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado” (CPC, art. 215). Quando feita na pessoa do demandado, a citação é *direta*. Caso realizada em pessoa diversa do demandado, legitimada a recebê-la, é *indireta*. Como bem observa DINAMARCO, “a gravidade do ato e das conseqüências do não-atendimento a ele (revelia, efeito da revelia) impõe que as hipóteses de citação indireta sejam sempre encaradas como *extraordinárias* no sistema”. É sempre necessário resguardar “a segurança quanto à sua concreta *aptidão a propiciar a defesa*, sob pena de ineficácia”.⁷ Dada a excepcionalidade das citações indiretas, é em princípio inadmissível utilizá-las para além dos casos expressamente previstos em lei.⁸

⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.030, pp. 405-406.

⁸. Uma hipótese legítima de ampliação de sua utilização é a já referida citação feita na pessoa de funcionário da empresa que não ostente poderes de representação, em aplicação da teoria da aparência. A prática legitima-se em face da dificuldade de entregar a carta de citação ou o mandado

Citação real e ficta. Qualifica-se como *real* a citação feita diretamente ao réu, com a segurança de que ele teve ciência de sua ocorrência. É o caso da citação por correio e da citação por mandado realizada na pessoa do réu. É *ficta* a citação quando não há essa segurança, o que ocorre na citação por mandado com hora certa e na citação por edital. A citação ficta é “extraordinária no sistema do processo civil”⁹ e somente “tem cabimento quando a outra for impossível, salvo algumas hipóteses, que o legislador excepciona”.¹⁰

O enquadramento das diversas modalidades de citação nas categorias *direta - indireta e real – ficta* e a identificação das situações em que se admitem as citações indiretas e fictas revela a preocupação do sistema processual com a citação. Sua regularidade é elemento fundamental para a válida constituição da relação jurídica processual¹¹ e, para ser regular, na medida do praticamente possível ela deve cumprir os escopos de “informar o réu de que foi proposta uma demanda em face dele, informá-lo do conteúdo desta e informá-lo também de que ele tem o ônus de oferecer defesa em tempo oportuno, sob pena de revelia”.¹² Trata-se de dar efetividade à garantia constitucional do contraditório, tema que será abordado em detalhes adiante.

diretamente às pessoas que detenham poderes de representação e de averiguar quem tem esses poderes. Caso a informação acerca da existência da demanda não chegue ao órgão competente, essa deficiência interna deve ser debitada aos *riscos do negócio* e à *culpa in eligendo* da empresa (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.031, pp. 407-409).

⁹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.032, p. 411.

¹⁰. MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, n. 212, p. 183.

¹¹. Cf. ATHOS CARNEIRO, “Citação de réus já falecidos. Nulidade insanável do processo adjudicatório. Caso ‘Barra da Tijuca’”, pp. 203-215; MONIZ DE ARAGÃO, “Citação por edital de pessoas já falecidas – extinção do processo sem julgamento, por falta de pressuposto necessário à sua constituição”, pp. 119-124.

¹². DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.032, p. 410.

3. Disciplina da intimação dirigida à parte

Conforme definição legal, “intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa” (CPC, art. 234). Para a identificação do destinatário da intimação, distingue-se quem deve ser intimado, se a *parte* pessoalmente ou seu *advogado*, com referência à pessoa a quem cabe desempenhar o ônus ou dever veiculado com a intimação. Para a prática de atos postulatórios, a intimação deve ser dirigida ao advogado, mas quando se tratar da prática de um ato pessoal da parte, ela deve ser intimada pessoalmente.¹³ Nessa linha, deve a parte ser intimada pessoalmente para o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, para se submeter a perícia médica, para prestar depoimento pessoal, dentre outras situações em que se exige que ela faça pessoalmente alguma coisa.

Essa distinção é clara no sistema do Código de Processo Civil, pois há a previsão de técnicas para intimar o advogado (CPC, art. 237) ou a parte pessoalmente (CPC, art. 238). Caso não se exigisse a intimação pessoal da parte nas hipóteses em que ela deve atender pessoalmente o comando veiculado com a intimação, não haveria sentido na previsão de uma técnica específica para a intimação pessoal. Trata-se, ademais, de aplicar às intimações a mesma lógica aplicável às citações no que pertine ao destinatário. As *intimações indiretas*, realizadas em pessoa distinta daquela a quem o

¹³. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.044, pp. 430-431; MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, n. 315, p. 264.

comando judicial se dirige, são excepcionais no sistema, e somente podem ser admitidas quando previstas em lei.

Como já referido, o Código de Processo Civil não traz uma disciplina sistemática do modo como deve ser realizada a intimação dirigida à parte e, por esse motivo, aplicam-se subsidiariamente as regras previstas para a citação. Nesse contexto, a partir da interpretação de normas esparsas do Código (arts. 39, par., 237, incs. II e III, 412, 883), pondera DINAMARCO ser “lícito entender que *sempre* as cartas expedidas para intimar alguém sejam registradas e acompanhadas do *recibo de volta* e que, ao entregá-las, o carteiro tem o dever de colher a assinatura de quem as recebe. Esses cuidados, que são até corriqueiros, concorrem para a segurança quanto à entrega e sua data, sem o que não seria lícito contar prazos, fiscalizar sua observância ou impor conseqüências pelo não-atendimento à intimação”.¹⁴

Construiu-se, desse modo, em atenção aos mesmos princípios que regem a citação, um modo de intimar a parte que privilegia a *intimação real*. Somente nas situações em que a intimação real revela-se inviável é que se pode lançar mão de algum instrumento de intimação ficta.

Mas esse panorama foi posto *em xeque* pelas recentes leis que modificaram o Código de Processo Civil, ao priorizarem um modo ficto de intimação e generalizarem as intimações indiretas.

4. Generalização das intimações indiretas

¹⁴. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.051, pp. 438-439.

Para tornar o processo mais rápido, as reformas do Código de Processo Civil vêm generalizando as hipóteses em que se admite a intimação da parte na pessoa de seu advogado, mesmo nas situações em que o comando veiculado com a intimação seja dirigido à parte. Nessa linha, ao tratar da fase de liquidação da sentença o art. 475-A, § 1º dispõe que “do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado” (red. da lei 11.232, 22.12.05). Na execução, admite-se que a intimação da penhora seja feita na pessoa do advogado (art. 475-J, § 1º, na red. da lei 11.232, de 22.12.05 e art. 652, § 4º, na red. da lei 11.382, de 6.12.06), o que vale igualmente para a intimação acerca do dia, hora e local da alienação judicial (art. 687, § 5º, na red. da lei 11.382, de 6.12.06).

Para além das situações em que a lei expressamente admite a intimação indireta, a tendência de ampliar sua utilização vem seduzindo a doutrina. O art. 475-J do Código de Processo Civil, introduzido com a lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, trata do início da fase de execução da sentença e da intimação do devedor para o pagamento de quantia certa em dez dias, sob pena de multa. Pagar é evidentemente um ato a ser praticado pessoalmente pela parte, não pelo advogado, e não há disposição específica autorizando que essa intimação seja realizada na pessoa do advogado. No entanto, as grandes divergências quanto à interpretação da norma dizem respeito ao termo *a quo* do prazo para pagamento em dez dias, pois há praticamente um consenso quanto à admissibilidade de a intimação ser dirigida ao advogado. Nesse sentido, defende-se que o prazo flui (I) automaticamente a partir do momento em que a sentença se torna exequível,¹⁵ (II) automaticamente

¹⁵. Cf. ATHOS CARNEIRO, *Cumprimento da sentença civil*, n. 17, pp. 53-54; BONDIOLI, *O novo CPC – a terceira etapa da reforma*, n. 21, pp. 88-89.

a partir do trânsito em julgado,¹⁶ (III) da intimação do advogado acerca da decisão que determinar o cumprimento do acórdão¹⁷ ou (IV) da intimação do advogado acerca da memória de cálculo apresentada pelo credor.¹⁸

Mas há quem defenda a necessidade de intimação pessoal da parte para o cumprimento da obrigação, justamente em razão de se tratar de um ato a ser praticado pela parte e inexistir autorização expressa para que a intimação seja realizada na pessoa do advogado.¹⁹

Ao justificar a possibilidade de a intimação ser realizada na pessoa do advogado, mesmo na ausência de autorização legal, a doutrina aponta para a necessidade de tornar mais rápida a execução da sentença. Caso houvesse a necessidade de intimação da parte, a reforma da execução da sentença e a sua transformação em uma fase do processo de conhecimento contribuiriam com muito pouco para acelerar a satisfação do crédito. Nesse sentido a manifestação de ATHOS CARNEIRO: “não assiste razão, seja-nos permitido reiterar, àqueles que sustentam que o prazo de quinze dias para o pagamento – e para a incidência da multa no caso de não-pagamento, deva transcorrer somente após *pessoalmente intimado o réu* da ordem contida na sentença condenatória. No plano teórico, a intimação da sentença condenatória ao advogado do réu é o que basta a que o réu seja considerado como plenamente ciente da ‘ordem’ de pagamento. No plano pragmático, a exigência

¹⁶. Cf. THEODORO JR., *As novas reformas do Código de Processo Civil*, pp. 143-144.

¹⁷. Cf. SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. I, pp. 72-74.

¹⁸. Cf. TJSP, 28ª Câmara. D. Priv., Ag. n. 1081610, rel. Des. NEVES AMORIM, v.u., j. 12.12.06.

¹⁹. Cf. WAMBIER – TERESA WAMBIER – MEDINA, “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”, pp. 71-76.

representará uma ‘ressurreição’, sob outra roupagem, dos formalismos, demoras e percalços que a nova sistemática quis eliminar do mundo processual”.²⁰

No entanto, se o referido posicionamento estiver correto e, em nome da rapidez na prestação da tutela jurisdicional, for possível dirigir validamente ao advogado a intimação para o cumprimento da sentença, a mesma regra deve valer para todas as intimações. Se nessa situação a necessidade de prestar tempestivamente a tutela jurisdicional autoriza a intimação da parte na pessoa do advogado, por que nas demais situações em que se dirige um comando pessoalmente à parte não seria possível a intimação indireta? Partindo-se dessa premissa, invertem-se os termos da regra que permeia a distinção entre intimações diretas e indiretas - estas se tornam a regra e somente nas situações em que a lei expressamente exigir realiza-se a intimação pessoal da parte.

5. Utilização em caráter prioritário de um modo de intimação ficto

Também com o objetivo de acelerar o andamento do processo, as recentes modificações do Código priorizaram a intimação ficta em detrimento da intimação real.

Em realidade, o movimento teve início com a lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que trata dos juizados especiais. Ao disciplinar a citação, a lei institui a citação por correspondência como o meio prioritário para realizá-la e exige que a carta seja acompanhada de aviso de recebimento. Em se tratando de pessoa física, a citação só é válida se ela própria assinar o

²⁰. *Cumprimento da sentença civil*, n. 17, pp. 53-54.

aviso de recebimento (art. 18, inc. I), no caso de pessoa jurídica basta a entrega da carta ao encarregado da recepção (art. 18, inc. II). Ao disciplinar as intimações, dispõe o art. 19 que elas “serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação”, mas o § 2º traz uma regra específica: “as partes comunicarão ao juízo as mudanças de endereço ocorridas no curso do processo, reputando-se eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado, na ausência da comunicação”.

A norma impõe às partes o ônus de informar nos autos seus endereços e mantê-los sempre atualizados. Caso a parte mude sua residência ou sua sede para outro endereço e não informe nos autos essa mudança, bastará encaminhar a carta de intimação ao endereço antigo para que se repute realizada a intimação, sem importar se ela foi entregue ao seu destinatário. Nesse contexto, torna-se despiciendo o retorno do aviso de recebimento assinado pelo destinatário; basta um comprovante de que a carta foi entregue no endereço indicado, pois essa entrega é suficiente para a validade da intimação.

É facilmente perceptível dessa disciplina que a lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, promoveu no sistema dos juizados especiais uma ruptura com a regra da excepcionalidade e subsidiariedade das intimações fictas, pois não é tentada uma intimação com segurança para, somente na hipótese de não ser possível realizá-la, lançar-se mão de algum instrumento de intimação ficta.

Essa regra foi repetida e ampliada ulteriormente com a lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, que alterou o art. 149 da Lei das Sociedades Anônimas. Consta do *caput* do art. 149 que “os conselheiros e

diretores serão investidos nos seus cargos mediante assinatura de termo de posse no livro de atas do conselho de administração ou da diretoria, conforme o caso”. Adiante, o § 2º dispõe que “o termo de posse deverá conter, sob pena de nulidade, a indicação de pelo menos um domicílio no qual o administrador receberá citações e intimações em processos administrativos e judiciais relativos a atos de sua gestão, as quais reputar-se-ão cumpridas mediante entrega no domicílio indicado, o qual somente poderá ser alterado mediante comunicação por escrito à companhia”. O dispositivo faz menção a um endereço indicado à companhia, extrajudicialmente, considerando-se válida a citação ou a intimação dirigida aos conselheiros e diretores nesse endereço, ainda que eles não mais residam no local. Dada a subversão que a norma trouxe na disciplina da citação e da intimação, priorizando, em detrimento da garantia constitucional do contraditório, um instrumento de citação e intimação ficto, a doutrina que se debruçou sobre o tema afirmou sua inconstitucionalidade.²¹

Mas a grande modificação no sistema, dada a sua generalidade, foi a introduzida no § único do art. 238 do Código de Processo Civil pela lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006. O *caput* do dispositivo não foi alterado: “não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria”. O novo § único complementa: “presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva”. A norma

²¹. Cf. CARVALHOSA-EIZIRIK, *A nova Lei das S/A*, pp. 319-321.

não vai tão longe quanto a Lei das Sociedades Anônimas, pois trata exclusivamente das intimações, e insere no sistema do Código de Processo Civil a mesma regra já prevista para o sistema dos juizados.

A novidade foi aplaudida por THEODORO JR., pois evita que a parte a ser intimada furte-se a receber a intimação e, com isso, procrastine o andamento do processo. Observa sobre a sua interpretação que “não há mais necessidade, portanto, de contar com o retorno do aviso de recepção assinado pelo destinatário”, “basta o comprovante de que ocorreu a entrega da carta no endereço fornecido pela parte nos autos”. E conclui: “para contornar as dificuldades derivadas de mudança de endereço, no curso do processo, a lei impõe aos litigantes o ônus de manter atualizado o informe a seu respeito, sob pena de presumir-se realizada a intimação pelo simples fato de a correspondência ter sido endereçada segundo o dado constante do processo. Se a carta não chegar às mãos da parte, por mudança de endereço não participada em juízo, mesmo assim o ato intimatório será havido como consumado. O desencontro será debitado à sua própria desídia”.²²

Traçados os princípios pertinentes às intimações dirigidas à parte e delineadas as tendências da lei e da doutrina de prestigiar, em nome da aceleração do processo, as intimações fictas e indiretas, é necessário avaliar se tais tendências são compatíveis com a garantia constitucional do contraditório.

6. Garantia constitucional do contraditório

Em reconstrução histórica do princípio do contraditório, PICARDI aponta que no direito comum seu *status* era o de um princípio de

²². *A reforma da execução do título extrajudicial – lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006*, pp. 8-9.

direito natural - relacionavam-no à natureza das coisas e era apontado como imanente ao processo. Com a emergência do “espírito positivista”, o princípio perdeu prestígio. Foi apontado como um aspecto secundário do processo, que poderia inclusive atrapalhar o escopo de produzir uma decisão justa. Mas após a Segunda Guerra, o prestígio do contraditório foi revigorado, passando novamente a integrar o momento central da experiência processual.²³

Atualmente é inegável a relevância técnica e política do contraditório no processo,²⁴ o que confere prestígio à idéia de processo como procedimento em contraditório.²⁵ A observância do princípio é fundamental à legitimação do atos de poder, para a qual não basta “a mera e formal observância dos procedimentos”,²⁶ e consiste no melhor método para julgar a causa com justiça.²⁷

Na técnica processual, o princípio do contraditório é tradicionalmente decomposto no binômio *informação-reação*. As partes devem ser informadas de todos os termos e atos do processo e deve lhes ser franqueada a possibilidade de contrariá-los.²⁸ Modernamente a doutrina vem ampliando o espectro do princípio, exigindo uma maior participação do juiz no

²³. “Il principio del contraddittorio”, pp. 673-679.

²⁴. Cf. COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, p. 68.

²⁵. Cf. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, pp. 82 ss.

²⁶. DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, n. 44, p. 125.

²⁷. Ao decidir uma causa, “cio che deve farei il giudice è una scelta. Basta l’affermazione di una parte a metterlo di fronte a um bivio: ragione o torto. Per una buona scelta ocorre che siano esplorate, fino a dove è possibile, ambo le strade. Ma ciascuna parte ha interesse a esplorarne una sola; quella che conduce al suo successo. Ecco perchè solo l’attività di entrambe costituisce quella collaborazione, della quale il giudice ha bisogno. Ocorre che una selce batta contro l’altra affinché ne sprizzi la scintilla della verità” (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 59, p. 100).

²⁸. Cf. BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.2.1, p. 20; DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, n. 46, pp. 127-128; NERY JR., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, n. 21, p. 137.

desenvolvimento da relação processual²⁹ e condicionando a legitimidade dos provimentos jurisdicionais à efetiva participação das partes em sua formação.³⁰ Nessa linha, defende-se a impossibilidade de o juiz fundamentar sua decisão em pontos que não foram objeto de discussão pelas partes.³¹

Mas para a análise a ser empreendida neste trabalho basta nos atermos à concepção tradicional do contraditório, mais especificamente ao momento da *informação* das partes acerca dos termos e atos do processo.

A informação é elemento que participa sem exceção de todas as definições do princípio.³² É o primeiro momento do contraditório, um elemento mínimo sem o qual ele não se realiza. Para tornar efetiva a informação, a técnica do processo estabelece instrumentos para as partes serem comunicadas da existência do processo (citação) e de todos os demais termos e atos (intimação). Mas a garantia não se restringe à comunicação. A garantia integra a necessidade de a informação ser prestada de forma idônea. O contraditório baliza a validade dos atos de comunicação processual³³ e não se pode reputar válida a comunicação que não seja apta a transmitir a informação.

7. À guisa de conclusão

²⁹. Cf. BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.2.1, p. 22.

³⁰. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, “Garantia do contraditório”, p. 144.

³¹. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, “Garantia do contraditório”, pp. 132-148; BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.6, pp. 38-42; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, pp. 73-75; MONTESANO, “La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’”, pp. 929 ss. Em sentido contrário, cf. RICCI, “Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício”, pp. 495-499.

³². Cf. BRAGHITTONI, *O princípio do contraditório no processo*, pp. 11 e 159.

³³. Cf. NASI, “Contraddittorio”, pp. 720-721.

Analisemos em conjunto as duas tendências delineadas anteriormente. A primeira traz a regra de as intimações pertinentes a atos que devam ser realizados pessoalmente pela parte poderem ser realizadas na pessoa do advogado. Somente se intima a parte pessoalmente na hipótese de a lei trazer expressamente essa exigência. Para essas situações em que a lei exige a intimação pessoal da parte, basta para intimá-la encaminhar uma carta ao endereço constante dos autos, sendo irrelevante o efetivo recebimento pelo destinatário.

Há somente duas situações em que a lei exige expressamente a intimação pessoal da parte. A primeira delas é a prevista no art. 267, § 1º do Código de Processo Civil. Dispõe o art. 267 que o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito “quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes” (inc. II) ou “quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias” (inc. III). Antes de o processo ser extinto, para evitar que a parte seja prejudicada em decorrência da negligência de seu advogado, reza o § 1º que “o juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas”.

Nessa situação, o processo foi abandonado pelo advogado da parte destinatária da intimação. Caso haja alguma mudança no endereço em que recebe sua correspondência e a parte aja diligentemente e informe seu advogado, com o abandono do processo muito provavelmente essa mudança de endereço não será informada nos autos. Nessas circunstâncias, lançar mão de

uma técnica de intimação que não garante segurança alguma quanto ao seu recebimento é totalmente inadequado.

A outra situação em que se exige a intimação pessoal é a prevista no art. 343, § 1º do Código de Processo Civil, que traz expressa a necessidade de intimação pessoal da parte para prestar depoimento pessoal em audiência, a qual deverá comparecer sob pena de a causa ser julgada tal “como se a parte tivesse comparecido e confessado os fatos alegados por seu adversário”.³⁴

Parece claro que, dada gravidade das conseqüências do não comparecimento da parte, revela-se desarrazoado utilizar em caráter prioritário técnica de intimação ficta para comunicá-la da audiência.

Interpretadas em conjunto as duas tendências, o sistema produz resultados insatisfatórios, pois nas únicas duas situações em que a intimação pessoal da parte seria necessária, intimá-la pela técnica do art. 238, § único do Código de Processo Civil será inadequado. Essa conclusão aponta para a necessidade de redefinição das premissas, adequando-as à garantia do contraditório.

No que pertinte à intimação na pessoa do advogado para a prática de atos pela parte, sua admissibilidade deve ficar restrita às hipóteses em que a lei expressamente a admite. Nessas situações fica claro para a parte e para seu advogado que a intimação será indireta, evitando-se com isso a criação de uma armadilha.

³⁴. ARAÚJO CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, n. 36, p. 50.

Nas demais situações, em que a lei não prevê expressamente a possibilidade de a intimação ser realizada na pessoa do advogado, não é possível realizá-la indiretamente. Inserem-se nesse contexto as intimações em que o não atendimento traz as conseqüências mais graves. É o caso da intimação para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer, que tem por conseqüência a incidência de multa diária (CPC, art. 461), da intimação para o pagamento de condenação por quantia certa imposta em sentença, pois se não houver o pagamento em dez dias incide multa de dez por cento do valor do crédito (CPC, art. 475-J) e da intimação da parte para se submeter a perícia médica, visto que o não comparecimento “supre a prova que se pretendia obter com o exame” (CC, art. 232).

No que pertine ao art. 238, § único do Código de Processo Civil, a norma deve ser interpretada *cum grano salis* para escapar da inconstitucionalidade.

Regra semelhante foi reputada inconstitucional pela Corte Constitucional italiana (*sentenza 23 settembre 1998, n. 346*). Tal como no Brasil, na Itália as intimações dirigidas às partes são em regra encaminhadas por correio. De acordo com a disciplina prevista no art. 8º da *legge 20 novembre 1982, n. 890*, em caso de ausência ou recusa do destinatário, o carteiro deverá deixar um aviso a respeito do ocorrido afixado na porta de entrada do local ou na caixa de correspondência e entregar a carta de intimação ao correio, juntamente com o aviso de recebimento, o qual deverá ser assinado pelo carteiro com a descrição de todo o ocorrido. Passados dez dias da entrega da carta de intimação ao correio, na hipótese de não ser retirada pelo destinatário, ela deve ser encaminhada aos autos e a intimação é dada por

realizada depois de transcorridos dez dias. Considerou a Corte Constitucional italiana que a norma é inconstitucional por ofender as garantias do contraditório e da defesa, já que não é garantida a efetiva ciência acerca do teor da intimação. Destacou-se na decisão a exigüidade do prazo de dez dias, dada a não rara possibilidade de a pessoa a ser intimada ficar ausente de sua residência por prazo superior, e o procedimento foi comparado com a citação por mandado, em que, realizado procedimento análogo, a intimação apenas se torna perfeita após a expedição de carta com aviso de recebimento informando o ocorrido, desde que o aviso seja assinado pelo destinatário.

Para salvar o art. 238, § único, da inconstitucionalidade é necessário identificar seus problemas e procurar uma alternativa que os contorne. O primeiro problema refere-se ao ônus da parte de informar o novo endereço no processo. Para uma pessoa que tenha poucos processos, é simples desempenhar eficazmente esse ônus. No entanto, para grandes empresas que figuram como parte em milhares de processos, é plenamente plausível que, apesar de agirem com diligência, uma mudança de sede não seja informada em alguns processos. Nesses casos, por que utilizar de imediato um instrumento ficto de intimação se em uma breve consulta à *internet* é provável que se descubra o novo endereço?

Mas o principal problema pertine ao ônus que a norma impõe de a parte ficar à disposição do processo durante todo o seu transcurso. Como é desnecessária a certificação de que o destinatário da intimação efetivamente a recebeu, por mais que o endereço constante dos autos esteja correto é plenamente possível que a parte esteja viajando em férias ou a trabalho e, de boa-fé, não tome conhecimento da intimação que lhe foi dirigida.

Tal problema já fora identificado no trato das intimações eletrônicas, que por sua essência geram uma ciência presumida. Pondera-se a esse respeito que, “entre as intimações, somente se pode pensar em fazê-las de modo presumido àqueles que tenham o dever de acompanhar o modo pelo qual tais intimações serão efetuadas e de não se ausentar durante os momentos em que podem ser feitas. Não se pode obrigar que a parte só tenha compromissos pessoais ou profissionais, ou saís em viagens, durante as férias forenses”.³⁵

Uma interpretação possível para o dispositivo, que contribui para a rapidez do processo e não compromete de modo irremediável a garantia do contraditório, é admitir como válida a intimação dirigida ao endereço informado no processo, desde que alguém, algum funcionário da empresa, o porteiro do edifício residencial ou alguém que resida junto com o destinatário da intimação, receba a carta e assine o aviso de recebimento. Como visto, a jurisprudência já admitia essa solução para as pessoas jurídicas e a novidade legislativa teria o mérito de estender a aplicação da regra também às pessoas físicas. Adotada essa precaução, muito dificilmente a informação não chegará ao destinatário da intimação. Proporciona-se rapidez e a segurança na realização das intimações é resguardada. Excepcionalmente, caso a informação não chegue ao destinatário da intimação, caberá a ele provar que não a recebeu e a presunção será afastada.

No entanto, ao contrário do que transparece de uma interpretação literal da norma, encaminhada a carta ao endereço constante dos autos, caso o aviso de recebimento retorne com a informação de que o destinatário não mais reside no endereço informado, cabe à parte adversa

³⁵. MARCACINI, “Intimações judiciais por via eletrônica: riscos e alternativas”, pp. 481-482.

diligenciar para descobrir o novo endereço e, desconhecido o paradeiro da pessoa a ser intimada, o problema deverá ser contornado utilizando-se a intimação por edital.

Bibliografia

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Garantia do contraditório”, in José Rogério Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, RT, 1999, pp. 132-150.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, in José Rogério Cruz e Tucci – José Roberto dos Santos Bedaque (org.), *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo, RT, 2002, pp. 13-52.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC – a terceira etapa da reforma*, São Paulo, Saraiva, 2006.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O princípio do contraditório no processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. “A citação e a intimação no Código de Processo Civil: o árduo caminho da modernidade”, in *IOB - Repertorio de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial* n. 4, 1994, pp. 74-72.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Citação de réus já falecidos. Nulidade insanável do processo adjudicatório. Caso ‘Barra da Tijuca’”, in *Revista Forense* n. 368, pp. 203-215.

_____ *Cumprimento da sentença civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1953-1958.

CARVALHOSA, Modesto. *A nova Lei das S/A*, São Paulo, Saraiva, 2002 (em coop. com Nelson Eizirik).

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1998 (em coop. com Corrado Ferri e Michele Taruffo).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____ *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*, São Paulo, Saraiva, 2002 (em coop. com Modesto Carvalhosa).

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996.

FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1998 (em coop. com Luigi Paolo Comoglio e Michele Taruffo).

GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007 (em coop. com Theotônio Negrão).

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*, São Paulo, Malheiros, 2006.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. “Intimações judiciais por via eletrônica: riscos e alternativas”, in *Boletim de Doutrina ADCOAS* n. 24, pp. 480-488.

MEDINA, José Miguel Garcia. “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”, in *Revista IOB de direito civil e processual civil* n. 42, pp. 71-76 (em coop. com Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier).

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Citação por edital de pessoas já falecidas – extinção do processo sem julgamento, por falta de pressuposto necessário à sua constituição”, in *Revista Forense* n. 325, pp. 119-124.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

MONTESANO, Luigi. “La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’”, in *Rivista di Diritto Processuale* n. 55, 2000, pp. 929-947.

NASI, Antonio. “Contraddittorio”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, pp. 720-728.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007 (em coop. com José Roberto Ferreira Gouvêa).

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2002.

PICARDI, Nicola. “Il principio del contraddittorio”, in *Rivista di Diritto Processuale* n. 53, 2003, pp. 673-681.

RICCI, Edoardo. “Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício”, in Luiz Fux - Nelson Nery Jr. - Teresa Arruda Alvim Wambier (org.), *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, pp. 495-499.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2006.

TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1998 (em coop. com Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri).

THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial – lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006*, Rio, Forense, 2007.

_____ *As novas reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”, in *Revista IOB de direito civil e processual civil* n. 42, pp. 71-76 (em coop. com José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”, in *Revista IOB de direito civil e processual civil* n. 42, pp. 71-76 (em coop. com José Miguel Garcia Medina e Luiz Rodrigues Wambier).