

A ASTREINTE COMO MODALIDADE DE EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL E SUA INCORPORAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

André Bragança Brant Vilanova¹

RESUMO

Neste artigo se observarão alguns apontamentos de como se verificou a inserção de uma modalidade de efetivação da decisão jurisdicional, as *astreintes* de origem teórica francesa, ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi analisado o Código de Processo Civil de 1939, no que diz respeito à iniciação da aplicação do instituto em comento e o seu desenvolvimento até o que percebemos atualmente no Código de Processo Civil de 1973, passando pelos Códigos de Processo estaduais, que já o previam. Além disso, foi feito um estudo comparativo entre o ordenamento jurídico francês e o brasileiro, com o objetivo de demonstrar a desvirtuação de sua aplicação. Isto porque, como se verificará no texto, a imposição das *astreintes* na França é precedida de momentos procedimentais que possibilitam a participação das partes na construção da decisão que as fixa, muito embora alguns autores insistam em defender que tais momentos, quais sejam, liquidação provisória e liquidação definitiva das *astreintes*, na verdade servem para que haja uma maior intimidação do réu na realização da obrigação requerida pelo autor no procedimento principal. Tal análise, como se verificará, deve ser atrelada há uma perspectiva democrática do direito processual, na qual o juiz francês está inserido (haja vista que este está adstrito ao contraditório) e o magistrado brasileiro afastado.

Palavras-chave: *Astreintes*. Sanção. Modalidade coercitiva. Multa periódica. Multa diária.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo se observará como se iniciou a inserção das *astreintes*, considerada como uma das principais modalidades francesas de efetivação da decisão jurisdicional, no ordenamento jurídico brasileiro.

Para este fim, analisar-se-á as legislações do império, o Código de Processo Civil de 1939, sob o olhar de Moacyr Amaral Santos, neste particular, os Códigos de Processo Civil estaduais e, finalmente, o desenvolvimento das *astreintes* no Código de Processo Civil de 1973.

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Além disso, se fará um breve comparativo entre o ordenamento jurídico francês e o brasileiro, com fins a demonstrar a desvirtuação da aplicação do instituto em comento na atividade técnica do Judiciário no Brasil.

2 A ASTREINTE COMO MODALIDADE DE EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL E SUA INCORPORAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A *astreinte* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro de forma definitiva pelo Código de Processo Civil de 1939², apesar de previsão de medidas coercitivas nas Ordenações do Reino³ (elaboração da Idade Moderna, ver subitem 1.3), que admitiam a coerção como meio de se obter a abstenção pretendida. (ARENHART, 2003, 213).

As Ordenações Afonsinas (1446 ou 1447), em seu Livro III, Título LXXX, § 6º, como registra Sérgio Cruz Arenhart, tratavam das chamadas ações cominatórias⁴, dizendo que “a parte, que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos juizes da terra, *improrando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal agravo*”. Na orientação dessa lei estava prevista a possibilidade de punição severa ao desrespeito à autoridade do juiz (§ 9º). Conforme expõe Sérgio Cruz Arenhart, “em todos estes casos [...] o pressuposto para admissão do pedido era a demonstração de uma causa verossímil, justa e razoável (§§ 8º e 9º)”⁵. E complementa que tais previsões “também fizeram parte das Ordenações

² “Previo o art. 23 do antigo Código que ‘Salvo disposição em contrário, os atos judiciais serão executados no prazo de 48 horas pelo serventuário a quem incumbirem’; e seu § 2º assim dispunha: ‘o não-cumprimento desse dever sujeitará, de pleno direito, os serventuários à multa de cinquenta mil réis (50\$000) por dia de retardamento’” (AMARAL, 2010, p. 47).

³ Sobre o tema, vale realçar, como já informado, a didática obra de Dheniz Cruz Madeira. “Na Idade Moderna, com a racionalidade trazida pelo Renascimento e o resgate contextualizado do direito romano, a atividade legislativa ganhou força, vez que o Direito, diferentemente do que ocorria na Idade Média (especialmente a Alta Idade Média), deixou de ser uma realidade imutável e impassível de interpretação. As várias ordenações dos monarcas acabaram por impingir o Direito comum esculpido pelos estudiosos. O processo comum luso-brasileiro, esculpido pelas Ordenações Afonsinas (1446 ou 1447), Manuelinas (1512 ou 1514) e Filipinas (1595 ou 1603), nada mais foi do que a difusão desse Direito”. (MADEIRA, 2009, p. 89). Ver também sobre o tema: (OLIVEIRA, 1997, p. 33, 39-43).

⁴ Eram ainda chamadas de processos de preceitação, ações de preceito cominatório. Sobre o tema, ver: (SANTOS, 1962, t.1).

⁵ “[...] e mais procederá contra aquelle que a quebrantou, e menos prezou seu mandado, como achar por Dereito” (§ 6º); “[...] e se lhe for feita ofensa na pessoa, procederá contra elle asperamente, assim como contra aquelle, que cometteo cousa grave, e desprezou o requerimento que lhe foi feito por parte da Justiça” (§ 7º). Ver sobre o tema: (ARENHART, 2003, p. 214; SANTOS, 1962, t.1).

Manuelinas, em seu Livro III, Título LXII, §§ 5º a 7º; e, de maneira mais resumida, nas Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título LXXVIII, §§ 5º e 6º⁶. Por esta razão, vale informar, ainda, que o direito luso-brasileiro manteve intactos o conceito de interdito e a mentalidade do *imperium* romano, típicos da Idade Média (ver subitem 1.3), “prossequindo com a tradição de fundar na autoridade do magistrado o caráter cogente da ordem por ele dada”. (ARENHART, 2003, p.215).

Importante salientar, no incomparável estudo de Moacyr Amaral Santos sobre as ações cominatórias, também presente no trabalho de Sérgio Cruz Arenhart, que houve uma fusão nas Ordenações do Reino que, aprioristicamente, tinham duas naturezas, quais sejam, possessórias, calcadas no interdito proibitório, e pessoal, amparada pelas ações de preceito cominatório.

Essa reunião ocasionou o maior relevo das questões atinentes ao campo possessório, em detrimento da utilização das ações cominatórias, para dar eficácia à sentença das obrigações de fazer e não fazer. (SANTOS, 1962, t.1, p.111).

Os Códigos de Processo Civil estaduais mantiveram o desprestígio às ações cominatórias de natureza pessoal, iniciado com o Regulamento 737, de 1850, que deixou de prever a ação de preceito cominatório para questões comerciais e acabou por restringir sua aplicação (ARENHART, 2003, p.215) (determinação do art. 1º, parágrafo único, do Decreto 763, de 19/09/1890).

Apesar disto, o Código Judiciário do estado do Rio de Janeiro, de 1912, fazia a distinção entre a ação pessoal de preceito cominatório e a ação possessória (interdito proibitório), outorgando proteção “àquele que se julgar no direito de exigir de outrem, dentro do prazo marcado, que pratique algum ato ou preste algum fato ou serviço ou se abstenha de praticá-lo, impondo as cominações que julgar convenientes”. Conforme Sérgio Cruz Arenhart, “semelhante orientação foi dada pelos códigos processuais do Distrito Federal (art. 573), de São Paulo (art. 796) e do Espírito Santo”. (ARENHART, 2003, p.216).

⁶ “E quanto aos autos extrajudiciais, que não são começados, mas cominatórios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser agravada per a outra parte, pode recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Offício, que o provejam, como lhe não seja feito agravo. E poderá ainda fóra do Juízo apellar de tal comminação, pondo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte áquelle, de que se teme ser aggravado, que tal agravo lhe não faça. E se depois do dito requerimento e protestaçoão assi feita, fôr alguma novidade commettida, ou tentada, mandará o Juiz (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado [...] e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar per Direito”. Ver sobre o tema: (ARENHART, 2003, p. 214; SANTOS, 1962, t.1).

O Código de Processo Civil de 1939 procurou dar fim à controvérsia e, em seu texto, descrevia os dois mecanismos separadamente, quais sejam, uma ação cominatória para as obrigações de fazer e não fazer e outra ação possessória, de interdito proibitório, (SANTOS, 1962, t.1, p.111), como se verá a seguir.

Apesar de seu caráter eminentemente pautado no sistema francês, há, na sua introdução ao ordenamento jurídico brasileiro, um *tertium genus*, um hibridismo entre a modalidade coercitiva alemã *zwangsgeld* e o próprio modelo coercitivo francês. (ARENHART, 2003, p.351-352).

Explica Sérgio Cruz Arenhart que esse hibridismo, típico do sistema nacional, ocorre em relação às *astreintes* aplicadas ao ordenamento jurídico brasileiro, em razão da conjugação de elementos característicos do sistema alemão e do sistema francês. (ARENHART, 2003, p.351). Da *zwangsgeld* alemã, como visto no subitem 1.3, considera-se aproveitado o fato de que há punição ao desrespeito à ordem estatal, razão pela qual a destinação da multa tem como fim o próprio Estado – elemento este, como já dito, não integrado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se de ampla discussão, haja vista que é defendido no direito italiano que a execução indireta (subitem 1.3) não é cabível quando é viável a execução por sub-rogação. (BORRE, 1966, p.15-16). Observa Sérgio Chiarloni, sinteticamente, que, embora haja fundamento histórico – observado no subitem 1.3 – que permita a conclusão de que as execuções indiretas deveriam perpassar tão somente pelas obrigações que não suportam a execução por sub-rogação (realizada por outrem à custa do devedor), como ocorre no direito alemão, esse argumento cai por terra na medida em que se depara com o ordenamento francês, que é o que serve de parâmetro às investigações teóricas preocupadas com a aplicação das *astreintes*. Nesse ordenamento, admite-se a coexistência pacífica da execução indireta tanto naquelas hipóteses de possibilidade de sub-rogação, quanto naquelas obrigações infungíveis. (CHIARLONI, 1980, p.15-16).

As *astreintes*, assim, “não visam a tutelar, especificamente, certas categorias de prestações, mas, ao contrário, têm caráter genérico, cabendo em qualquer espécie de prestação e para todas as circunstâncias” (ARENHART, 2003, p.351), questão aproveitada à *astreinte* pátria.

Há que se frisar que, como já dito aqui, é defendido por alguns autores que tratam do tema, como Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.212) e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p.351), que a destinação da multa deveria ser atribuída ao Estado, o que aproximaria a modalidade de efetividade da decisão jurisdicional brasileira à alemã (*zwangsgeld*). Conforme afirma Arenhart, ao analisar o instituto, “a origem da *astreinte* francesa está em deformação do conceito de perdas e danos [...] ainda que com função cominatória” (ARENHART, 2003, p.351).

Antes de aprofundar em tais circunstâncias, vale retornar à introdução do objeto do trabalho ao ordenamento jurídico brasileiro que, conforme pontua Moacyr Amaral Santos em obra imprescindível sobre o tema: para a imposição da multa no Código de Processo Civil de 1939, deveria haver pedido específico do autor e, no caso de o pedido não ser decidido inicialmente (junto à determinação para citação), o “processo” seguiria o “rito” ordinário. (SANTOS, 1962, t.2, p.765).

Assim, o Livro IV (Dos Processos Especiais), Título II, em seu art. 303, previa a “citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob pena contratual ou a pedido do autor, se nenhuma tiver sido cominada”. E, ainda, havia o art. 1.005 do CPC de 1939, que dispunha: “Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária que não exceda o valor da prestação”. Mostrase, neste último caso, que a imposição era direcionada para as prestações infungíveis.

Moacyr Amaral informa, ao analisar a estrutura da ação cominatória no Código de 1939, que, [...] “nos limites do possível, o interesse do credor de obter o cumprimento da obrigação assumida, a execução das obrigações de fazer ou não fazer (arts. 998-1.007), se acha convenientemente aparelhada de meios coercitivos indiretos” (SANTOS, 1962, t.2, p.764).

Nesse íterim, cita-se Guilherme Rizzo Amaral, que faz interessante síntese do momento: “em tais dispositivos encontrava-se multa equiparável à *astreinte* francesa. Ocorre que havia uma série de restrições à sua força coercitiva, a começar pela impossibilidade de fixação de ofício” (AMARAL, 2010, p.48).

Outra questão importante reside no fato de que a coerção indireta era suspensa pela contestação do réu. Assim, a sua cominação teria que aguardar a

sentença que resolvesse a demanda⁷. Além disso, o valor cominado não poderia ultrapassar o valor da condenação, bem como era “também absolutamente desacertado o parecer dos que admitem que, à falta de cominação inicial, acompanhando o preceito, possa o juiz supri-la de ofício no despacho saneador” (SANTOS, 1962, t.2, p.779).

Parece, em certo aspecto, que houve retrocesso na implementação da *astreinte* se comparar-se o CPC de 1939, no que diz respeito à ação cominatória, com o que se tem, atualmente, na nossa sistemática processual civil (art. 461), obviamente, sob o âmbito democrático. Essa é uma questão que este trabalho procurará solucionar, mas há que se dizer que alguns autores, cujo marco teórico não estão fundados no Estado Democrático de Direito, defendem – de forma equivocada – que as restrições mencionadas à implementação do preceito inicial da cominação (*astreinte*) eram de tal ordem que, na vigência do Código de 1939, “o direito processual brasileiro desconhecia as *astreintes*” (LIMA, 1974, 176).

Lembra Guilherme Rizzo Amaral que na Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), recentemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, em 30 de abril de 2009, havia previsão, em seu art. 7º, § 1º, para utilização das *astreintes* naquelas obrigações de fazer e não fazer em que se buscava certa coercitividade⁸.

A introdução das *astreintes* no atual Código de Processo Civil foi iniciada com a redação original do art. 287 do CPC⁹, que “já continha previsão para a aplicação da multa diária somente em sentença” (AMARAL, 2010, p.49) e, repetindo a sistemática do Código de 1939 citada anteriormente, desde que requerida pelo autor

⁷ Informou Moacyr Amaral Santos, ao analisar o art. 303 do CPC de 1939: “é pela contestação, no processo cominatório, que se abre o contraditório, ou seja, com a contestação dá-se a inversão da iniciativa do contraditório. Oferecida a contestação, e assim suspensa a eficácia do preceito, segue-se o processo normal de conhecimento, observado o curso ordinário [...]. Então, as afirmações do autor, contidas na inicial, e as que se lhes oponham, expostas na contestação, com as provas que lhes derem conferirão o mais amplo conhecimento em que se calcará a sentença final. Quer isso dizer que o conhecimento sumário, ou incompleto, que autorizou a emanção do preceito inicial, terá sua complementação, quiçá sua revisão, no curso normal de um processo ordinário, habilitando-se o juiz a proferir julgamento com pleno conhecimento de causa” (SANTOS, 1962, t.2, p. 784).

⁸ O parágrafo citado dizia: “§1º Todo jornal ou periódico é obrigado a estampar, no seu cabeçalho, o nome do diretor ou redator-chefe, que deve estar no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como indicar a sede da administração e do estabelecimento gráfico onde é impresso, sob pena de multa diária de, no máximo, um salário mínimo da região, nos termos do art. 10”.

⁹ “Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença”.

na petição inicial. A previsão era acrescida dos direcionamentos a que se referiam os arts. 644¹⁰ e 645¹¹, que diziam respeito à fixação, modificação ou manutenção da multa diária e faziam direta remissão ao art. 287 do Código de Processo.

Contudo, o considerado grande marco acerca da implementação da *astreinte* no ordenamento jurídico brasileiro, da forma antidemocrática na qual a conhecemos, e de sua difusão para as diversas legislações federais, até mesmo para o atual Código de Processo Civil, foi a publicação da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 (publicada em 25/07/1985), que trata da Ação Civil Pública, especificamente nos ditames dos arts. 11¹² e 12¹³. Há quem diga (ALVIM, 1997, p.7), entretanto, que tal inserção foi conferida nas modificações realizadas no art. 461, também nas obrigações de fazer e não fazer, construídas no anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil de 1985¹⁴. Neste ponto ousa-se discordar, haja vista que, numa simples verificação de datas, vislumbra-se que o anteprojeto da Lei (17/12/1985) que promoveu essas alterações foi realizado quase cinco meses após a publicação da Lei da Ação Civil Pública (25/07/1985).

Assim, a publicação da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) inspirou outros diplomas legais¹⁵, como o art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente

¹⁰ “Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz”.

¹¹ “Art. 645. A condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença, que julgou a lide”.

¹² “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

¹³ “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

[...]

§ 2º “A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

¹⁴ A comissão era constituída pelo então Ministro da Justiça Fernando Lyra e foi integrada por Luiz Antônio de Andrade (pres.), José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes. O anteprojeto foi publicado no Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1985, suplemento ao n. 241, para ser discutido com a comunidade. Mais informações sobre a comissão estão presentes em Alvim, (1997, p. 77).

¹⁵ Assim o art. 889–A, que disciplinava as obrigações de fazer ou não fazer dispunha: “aquele que, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha da prática de algum ato, tolere ou permita alguma atividade, ou preste fato, poderá pedir ao juiz que defira a tutela específica da obrigação ou determine providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

[...]

§ 3º “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

(Lei 8.069 de 13/07/1990)¹⁶ e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11/12/1990)¹⁷.

Foi sedimentado legalmente, portanto, um importantíssimo desenvolvimento da sistemática da *astreinte* e, conforme descreve Guilherme Rizzo Amaral, foi oportunizada a “possibilidade de sua fixação *ex officio* (art. 11, *in fine*), bem como em sede liminar, a incidir não apenas no trânsito em julgado da sentença, mas, sim, ‘desde o dia em que se houver configurado o descumprimento’ (art. 12, § 2º)” (AMARAL, 2010, p.49-50).

A introdução desse suposto desenvolvimento¹⁸ do instituto da *astreinte* ao Código de Processo Civil se deu, conforme mencionado, a partir da Lei 8.952/94. Possibilitou-se, posteriormente, como será visto, a fixação de multa diária sem requerimento das partes e em antecipação de tutela – *inaudita altera parte* ou não.

Alterado o art. 461 do Código de Processo Civil, entretanto, iniciou-se amplo debate acerca da construção das decisões que determinavam a coerção indireta

§ 4º “O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

[...]
¹⁶ “Art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento”.

¹⁷ O *caput* do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, com redação muito semelhante ao art. 11 da Lei da Ação Civil Pública e quase idêntico à estabelecida com a reforma promovida no art. 461 do Código de Processo Civil pela Lei 8.952 de 1994, tem a seguinte redação: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

[...]

§ 2º “A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa” (art. 287).

§ 3º “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

§ 4º “O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

¹⁸ Este trabalho defende o posicionamento de que dito desenvolvimento, *in casu*, promovido pela Lei 8.592/94, foi, em realidade, um retrocesso, mesmo porque um dos princípios inseridos, conjuntamente ao instituto da *astreinte* no Código de Processo Civil (art. 461), qual seja, a possibilidade de a multa ser fixada *ex officio*, contribui e muito para a arbitrariedade e abuso que se vivencia em sua aplicação.

(ver subitem 1.3), sob a sistemática do procedimento de execução em sua redação anterior à Lei 10.444 de 07 de maio de 2002.

Isso porque, antes do sincretismo ocorrido entre o procedimento de conhecimento e o procedimento de cognição, seja no que se refere ao título executivo judicial, seja no que se refere às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa certa ou incerta fundada em título executivo extrajudicial¹⁹, defendia-se o entendimento de que a multa diária só incidiria a partir do não-cumprimento da sentença, que requeria a instauração do processo de execução e a citação do executado²⁰.

Expoente desse pensamento, Marcelo Lima Guerra expõe que era indispensável a instauração do procedimento de execução para a “implementação das referidas medidas executivas inominadas [...] principalmente quando voltadas a satisfazer obrigações de fazer ou de não fazer de trato sucessivo” (GUERRA, 1998, p.69).

Mostrou-se, em virtude da Lei 8.952/94, premente incongruência, uma vez que a mesma lei que dispunha sobre a tutela antecipada (art. 273 do Código de Processo Civil) passou a evidenciar a possibilidade, também bastante discutida, mas que será tratada com cautela nos capítulos que se seguem, de execução provisória. Essa execução se daria durante o procedimento cognitivo da cominação de multa aplicada conjuntamente à obrigação nela estipulada – a partir do exato momento em que o réu foi intimado da decisão –, mesmo com a provisoriedade da cognição intrínseca ao instituto. Contudo, para aquela cominação estabelecida na sentença haveria o réu que adimplir a determinação somente após a sua citação no procedimento de execução instaurado após o proferimento final no procedimento de conhecimento.

Isso levou Luiz Guilherme Marinoni a afirmar que “se é possível a antecipação mediante cognição sumária, dos efeitos da sentença, não há razão para não se admitir a antecipação através de execução imediata da sentença e de cognição exauriente [...]” (MARINONI, 1997, p.185).

Sérgio Cruz Arenhart comenta que, “por permitir a imposição da multa coercitiva apenas após a sentença, a tutela fundada no art. 287 do CPC mostrou-se

¹⁹ Alterações sistêmicas no Código de Processo Civil introduzidas respectivamente pelas Leis 10.444/2002 e 11.232/05.

²⁰ Conforme instrui Guilherme Rizzo Amaral, o presente entendimento foi muito bem fundamentado no Resp. 220232/CE.

completamente incompatível com as necessidades de proteções específicas dos direitos” (ARENHART, 2003, p.218).

Em outra vertente argumentativa, Carreira Alvim acredita que, diferentemente do *caput* do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), no *caput* do art. 461 do Código de Processo Civil encontra-se a expressão “se procedente o pedido”, o que dificultou a exegese a respeito do tema. (ALVIM, 1997, p.82).

Discutiu-se que, enquanto o juiz – nas obrigações de fazer e de não fazer – poderia deferir em decisão interlocutória o pedido específico do autor, as providências para assegurar os resultados práticos equivalentes só o poderiam determinar na sentença. Isso deixaria de ocorrer, contudo, na hipótese em que o autor formulasse pedido alternativo para antecipação de tutela específica ou tutela que assegurasse o resultado prático equivalente, em virtude da autorização do art. 288 do CPC²¹.

De toda forma, a reforma promovida pela Lei 10.444 de 07 de maio de 2002 procurou encerrar a questão. Isto se deu porque esse dispositivo acabou com o processo de execução autônomo para sentenças contendo obrigações de fazer, determinando a aplicação somente subsidiária das regras que ensejavam o procedimento autônomo de execução. Tal alteração, portanto, determinou, nos termos do art. 644, que “a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se subsidiariamente o disposto neste Capítulo”.

O próprio art. 461²² sofreu importantes alterações, como que para se ajustar à nova sistemática acerca do cumprimento da sentença e do sincretismo entre a cognição e a execução proposta no mesmo.

²¹ “Art. 288. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. Parágrafo único. Quando pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo”.

²² As alterações no art. 461 ocasionaram a inserção de dois parágrafos (§ 5 e 6º) e ficou assim redigido:

“Art. 461 [...]

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Guilherme Rizzo referencia que a periodicidade diária atribuída à multa foi rompida pela atual orientação legislativa, “sendo que a lei veio complementar o projeto, dando mais precisão ao seu texto, ao referir a multa por tempo de atraso”²³. O mesmo não ocorreu, entretanto, com o enunciado do § 4º do art. 461 do CPC, que manteve a expressão multa diária, apesar da possibilidade conferida pelo § 6º do mesmo artigo, no sentido de que o juiz pode mudar a periodicidade da multa.

Além disso, a mesma Lei (10.444/02) possibilitou, na alteração realizada no texto do art. 287 do CPC, que a decisão que fixa as *astreintes* seja determinada *ex officio*, com a eliminação de expressões dúbias, como “constará da petição inicial” (AMARAL, 2010, p.57). E, ainda, que tais dispositivos integrem as obrigações de entregar coisa certa ou incerta, haja vista o disposto no § 3º do art. 461 – A do CPC (também alterado pela Lei 10.444/02), que diz: “aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461”.

Vale informar que os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor têm tido seu campo de atuação cada vez mais ampliado, principalmente, como defendem Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, pelo princípio constitucional da inafastabilidade (art. 5º, XXXV da CR/88 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) (ARENHART, 2003, p.221). Tal posicionamento, apesar disto, encontra respaldo no entendimento de que a multa, “ao agir sobre a vontade do obrigado, elimina a demora e as complicações que marcam a execução por sub-rogação” (MARINONI, 2001, p.74).

Foi conferida a artífice ideia, em razão da incrementação dos poderes do juiz, de que esse sistema provido de técnicas mais céleres pudesse tutelar com mais efetividade a tutela de quase todos os direitos²⁴.

Essa sedimentação doutrinária, contudo, não tem sido realizada com a observação às garantias processuais cogentes ao Estado Democrático de Direito.

²³ Guilherme Rizzo Amaral nos remete a curioso acontecimento proporcionado pelo então Ministro da Justiça José Gregori, quando da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.476/2000, uma vez que afirmou que seria acrescentada “a imposição de multa diária” no rol das medidas previstas no § 5º do art. 461, “esquecendo-se de que, já no projeto, a expressão utilizada era tão somente multa (e não multa diária), sendo que a lei veio a complementar o projeto, dando mais precisão ao seu texto, ao referir multa por tempo de atraso” (AMARAL, 2010, p. 55).

²⁴ Vários autores defendem que o art. 84 do CDC e o art. 461 do CPC estão aptos a veicular qualquer espécie de pretensão dita inibitória, “seja pela pretensão à abstenção ou pretensão à conduta positiva [...] tenha ela supedâneo em relação obrigacional ou não”, isso em virtude do sentido lato que se conferiu ao vocábulo “obrigação”, fazendo-o corresponder à ideia de prestação (ARENHART, 2003, p. 222 e aqueles que compartilham desse entendimento, entre outros (CUNHA, 1992, p. 157-158; MARINONI, 2001; TALAMINI, 2001, p. 127-128).

Por esta razão, discorda-se frontalmente de que tais alterações que, de certa forma, *a priori*, derrocaram na “ampliação do poder atribuído aos magistrados e a extensão da condição coercitiva das decisões judiciais” (ARENHART, 2003, p.223), promoveram a efetividade das decisões jurisdicionais.

Há que se dizer, também, que não se pretende com isso encerrar a realização técnica das *astreintes* com o retorno impossível a um Estado Liberal, mesmo porque o instituto pode ser inserido no Estado Democrático de Direito, o importante é que a decisão que as fixa seja imbuída das garantias consideradas no processo.

2.1 Breve análise comparativa entre o direito francês e o direito brasileiro

Guilherme Rizzo Amaral faz interessantíssima comparação entre o ordenamento jurídico francês e o brasileiro em sua obra sobre as *astreintes* (AMARAL, 2010, p.63-67). Essa ilustração também foi feita neste estudo, arrimado na originalidade daquele autor. Mister salientar, apesar disto, que, embora o viés das duas obras encontre semelhanças, há essencial dissociação no que tange à concepção de processo e de Estado Democrático de Direito.

Por esta razão que, conjuntamente à disposição desse comparativo, que serve para consulta para aqueles a quem interessa o tema, será abordado sinteticamente algo que não fora discutido naquela obra, ou seja, as garantias processuais conferidas ao jurisdicionado francês pelo *Nouveau Code de Procédure Civile* (FRANÇA, 1999, p.11).

Conforme já explorado no subitem 1.3, foi a Lei 91.650, de 09 de julho de 1991, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei 92.644, de 13 de julho de 1992, que sedimentou legalmente as *astreintes* no ordenamento jurídico francês. Todavia, a sedimentação sobre o caráter cumulativo à indenização, como já dito (subitem 1.3), foi conferida pela Lei 72.226 de 05 de julho de 1972 (CENDON, 1989, p.298), uma vez que, antes de legislada no ordenamento jurídico francês, a *astreinte* era amplamente utilizada.

Cumpra dizer que, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, arts. 461²⁵, 644 e 645 do CPC e, em texto quase idêntico, no art. 84 do CDC, também no francês é autorizada a fixação das *astreintes* de ofício pelo juiz (Lei 91.650): “Art. 33 – *Tout juge peut, même d’office [...]*”²⁶.

Em relação à fixação da *astreinte* em tutela antecipada, há permissão, igualmente, no § 3º do art. 461 do CPC, no § 3º do art. 84 do CDC²⁷ (1ª parte idêntica) e no ordenamento jurídico francês: “Art. 484 – *L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans le cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”²⁸.

Eduardo Talamini revela que é “através das référés que se desenvolve a adequada tutela (antecipada ou meramente conservatória), nas hipóteses em que não se pode aguardar a demora do processo [...]” (TALAMI, 2001, p.55-56). No entanto, há que se afirmar, nessa faceta, que o *Code de Procédure Civile* francês, em seu art. 7º²⁹, em contraponto ao princípio do impulso oficial previsto no art. 131 do CPC, “determina ao juiz que não tome em consideração fato, ainda que provado, se não alegado pelas partes, se não submetido ao contraditório entre as partes” (VIEIRA, 2001, p.152). José Marcos Rodrigues Vieira ensina que “tal regra define a atuação do juiz francês, em submissão imparcial, como sujeito ao (e não sujeito do) contraditório” (VIEIRA, 2001, p.152).³⁰

²⁵ “Art. 461

[...]

§4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor [...].

§ 5º Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso [...].

²⁶ Tradução livre: “todo juiz pode, mesmo de ofício [...]”.

²⁷ “Art. 461

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar pode ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

²⁸ Tradução livre: “Art. 484. A ordem liminar é uma decisão provisória concedida por solicitação de uma parte, no caso em que a lei confere a um juiz que ainda não decidiu sobre o mérito, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias”.

²⁹ “Art. 7º - *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. [...]*”. Tradução livre: “Art. 7º - O juiz não pode fundamentar sua decisão naqueles fatos que não foram passíveis de debate pelas partes. [...]” (FRANÇA, 1999, p. 11).

³⁰ Ver também sobre o tema (GONÇALVES, 2001, p. 123).

Ressalta-se que o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês impediria, segundo esse autor, a possibilidade, também, de antecipação da tutela jurisdicional *inaudita altera parte* (VIEIRA, 2001, p.163), haja vista que dispõe: “art. 16. O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar, ele mesmo, o princípio do contraditório” (FRANÇA, 1999, p.25).

Ademais, com a continuação da comparação, verifica-se que há previsão para fixação das *astreintes* em procedimento de execução nos dois ordenamentos jurídicos, conquanto fique nítida a diferença de competência nesse procedimento: art. 644³¹ combinado ao art. 461 e art. 621³² do CPC no brasileiro e, no francês: “art. 33 (segundo parágrafo) – *Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité*”³³.

Nos dois ordenamentos jurídicos, igualmente, o caráter coercitivo independe das perdas e danos (AMARAL, 2010, p.64), é o que estabelece o § 2º do art. 461 do CPC³⁴ e, no direito francês: “art. 34 – *L'astreinte est independant des dommages-intérêts*”³⁵. Também nos dois o caráter da *astreinte* é acessório à decisão final, art. 461, §4º, segunda parte *in fine* do CPC³⁶ e, no direito francês: art. 35 – “[...] *ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*”³⁷.

Outrossim, “há similitude no que tange à destinação do crédito derivado das *astreintes* à parte beneficiada pela decisão judicial” (AMARAL, 2010, p.64), é o que comprova Eduardo Talamini ao analisar o ordenamento jurídico francês e constatar que essa função advém da origem histórica do instituto, ligada à indenização (TALAMI, 2001, p.52) (subitem 1.3), haja vista que não há expressa previsão legal específica neste aspecto.

³¹ “Art. 644. A sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”.

³² “Art. 621

[...]

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo”.

³³ Tradução livre: “art. 33 (segundo parágrafo). O juiz da execução pode combinar a *astreinte* à decisão tomada por um outro juiz, se as circunstâncias daquele caso apresentarem tal necessidade”.

³⁴ “Art. 461, § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

³⁵ Tradução livre: “Art. 34. A *astreinte* é independente das indenizações”.

³⁶ “Art. 461, § 4º [...] fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

³⁷ Tradução livre: “Art. 35 [...] determinar a *astreinte* para assegurar a executoriedade da decisão”.

É o mesmo que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão legal para a destinação do crédito resultante da imposição da multa, apesar de que essa questão, sobre a qual esta pesquisa se posicionará nos próximos itens, é muito pouco discutida entre os autores.

Há, contudo, no direito francês a possibilidade de destinação do crédito obtido com o referido instituto, em determinação do Tribunal Administrativo, para fundos públicos (TALAMI, 2001, p.55). Já no direito brasileiro, nas ações civis públicas ou ações coletivas, a destinação do montante obtido com a imposição da multa é destinado ao fundo gerido pelo Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão o Ministério Público e representantes da comunidade; e seus recursos serão revertidos para a reconstituição dos bens lesados (art. 13 da Lei 7.347/1985).

Finalmente, em relação à unidade de tempo, também existe entre os dois ordenamentos extrema igualdade. E embora “não haja previsão legal específica, há casos, desde a origem das *astreintes*, de fixação de multa por dia, ano e até mesmo segundo de atraso” (AMARAL, 2010, p.65). Exemplo disso fornece Guilherme Rizzo Amaral, quando menciona jurisprudência aludida por Marcel Planiol, cuja fixação se deu na periodicidade anual³⁸. No direito brasileiro, a exemplo do que ocorre com o holandês³⁹, por conseguinte, há possibilidade de multa em qualquer período de tempo, conforme a exegese do art. 461, § 5º e § 6º do CPC⁴⁰.

Há que se destacar, também, as diferenças entre a *astreinte* da forma com que é aplicada no direito francês e da forma com que se verifica no processo civil

³⁸ “*Exemple d’une condamnation à 1000 francs por anée de retard prononcé contre um fermier qui ne tenait pas la terre em bom état de culture (Douai, 18 août 1844, S. 45. 2. 292)*” (PLANIOL, 1905, t. 2).

³⁹ Ao conferir certa plasticidade à multa para permitir mais alto grau de coercibilidade possível, Sérgio Cruz Arenhart informa que “nota típica dessa maleabilidade é a ampla discricionariedade que se confere ao juiz para estabelecer a *astreinte* em outros sistemas (dos quais herdamos a medida). Tratando do sistema holandês, Margreet B. de Boer escreve: ‘além disso, o juiz tem muita liberdade no fixar do conteúdo do provimento que prevê a *astreinte*. O juiz pode estabelecer que certo termo deve transcorrer antes que a *astreinte* deva ser correspondida (art. 611ª, *comma* 4º Rv). De outro lado, o juiz pode fixar a *astreinte* ordenando o pagamento em uma única parcela; ou então pode cominar a *astreinte* estabelecendo o pagamento por unidade de tempo (por exemplo, por dia) ou por cada violação, fixando no intervalo mesmo a medida máxima complexiva a que as *astreintes* devem corresponder (art. 611b Rv)” (ARENHART, 2003, p. 360-361; BOER, 1996, p. 802).

⁴⁰ O § 5º e o § 6º do art. 461 do CPC foram, respectivamente, alterados e introduzidos, com o objetivo de promover a possibilidade de a multa ser adequada à periodicidade relativa a determinado caso. Assim, em vez de dia, ficou estabelecido no §5º a intenção do legislador de conferir a multa, ao se levar em consideração o tempo de atraso. Já no §6º tal ponto fica mais nítido, haja vista a permissão no sentido de modificar a periodicidade da multa. Ver sobre o assunto o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado sobre o Projeto de Lei nº3.476.

brasileiro. Destaca Guilherme Rizzo Amaral que essas diferenças dizem respeito “muito mais a aspectos procedimentais do que à natureza das *astreintes*” (Amaral, 2010, p.65), ponto crucial do qual se discorda.

O ordenamento jurídico francês divide as *astreintes* em provisórias (valor e periodicidade podem ser alterados) e definitivas (o valor atribuído não é mais alterado). Aquela se confere, precipuamente, à hipótese em que o magistrado não tenha determinado o seu caráter definitivo (art. 34, Lei 91.650). Nesse ínterim, vale rememorar o que já foi dito aqui: que o magistrado francês está adstrito, obrigatoriamente, ao princípio do contraditório (arts. 7º e 4º do *Code Procédure Civile* francês).

As *astreintes* definitivas têm duas condições para sua implementação: a primeira é que são determinadas após a ordenação de *astreintes* provisórias⁴¹ – o juiz não pode determinar de plano as *astreintes* que não possibilitam alterabilidade; e a segunda é que há que ser estipulado período específico de duração para a sua vigência pelo magistrado. Preconiza Eduardo Talamini que, diferentemente das provisórias, as *astreintes* definitivas não podem ser modificadas, retroativamente, na data de sua liquidação (TALAMI, 2001, p.54).

Se não vejamos, o art. 34 da Lei 91.650 do direito francês informa que:

Art. 34 [...] A *astreinte* é provisória ou definitiva. A *astreinte* deverá ser considerada como provisória a menos que o juiz não tenha determinado [preciso] seu caráter definitivo. Uma *astreinte* definitiva só o será, após determinada uma *astreinte* provisória e, ainda, por uma duração determinada pelo juiz. Se quaisquer dessas condições não forem respeitadas, a *astreinte* será liquidada como se provisória fosse. (FRANÇA, 1997, tradução livre).⁴²

E é justamente no que tange à possibilidade de liquidação das *astreintes* que se encontra a principal diferenciação entre os ordenamentos jurídicos. Partindo disso

⁴¹ Marcelo Lima Guerra traz importante aspecto acerca da questão: “a *astreinte* provisória é, portanto, aquela cujo valor pode ser modificado pelo juiz. A modificabilidade da *astreinte* provisória manifesta-se de duas maneiras. Em primeiro lugar, o seu valor pode ser aumentado quando, após certo período, revela-se ineficaz, no sentido de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação. [...] Em segundo lugar, a modificabilidade da *astreinte* provisória revela-se, ainda, no momento de sua liquidação. É que, durante a liquidação, que necessariamente antecede a cobrança executiva da *astreinte*, o juiz pode fixar, livremente, um valor diverso daquele que decorre da simples multiplicação do valor da *astreinte* pelo número de dias de atraso” (GUERRA, 1998, p. 126-127).

⁴² Art. 34 – [...] *L’astreinte est provisoire ou définitive. L’astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n’ait précisé son caractère définitif. Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu’après le prononcé d’une astreinte provisoire ET pour une durée que Le juge détermine. Si l’une de ces conditions n’a pas été respectée, l’astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire*

é que se permite ao réu⁴³, mesmo convencido das *astreintes*, argumentativamente, “oferecer resposta útil, sem frustrar a tutela de mérito, antecipável quando das providências preliminares, pelo alto custo das alterações que porventura queira introduzir na situação de fato ou de direito existente” (VIEIRA, 2001, p.152). José Marcos Rodrigues Vieira já chamava a atenção para aspecto que subjugava o réu na determinação de *astreinte* e, em razão da ausência de debate sobre a sua fixação, o qual será tratado oportunamente.

O que se quer é que, desde já, fique mitigada a ideia de que as *astreintes* francesas são determinadas com a arbitrariedade ineficaz das que o são pelo órgão jurisdicional brasileiro⁴⁴.

No direito francês, há expressa determinação para que a *astreinte* seja liquidada, tanto no que se refere ao período de incidência, em razão de atraso por questão estranha ao comportamento do réu (GUERRA, 1998, p.132-133), quanto, por que não, no que se refere ao próprio valor, considerando que após a oportunização do contraditório pode-se perceber amplo debate sobre qualquer questão, mesmo porque não se confere impedimento legal para tanto.

Acrescente-se, ainda, que o ordenamento jurídico francês não veda a possibilidade de aplicação de *astreinte* nas obrigações de pagar quantia certa. Informa Eduardo Talamini que sua observância se estende a qualquer decisão judicial, seja o seu objeto uma obrigação de fazer, não fazer, seja uma obrigação de pagar” (TALAMI, 2001, p.54).

Diante do que foi exposto, cumpre ressaltar a interessante contribuição de Guilherme Rizzo Amaral e Marcelo Lima Guerra, ao terem a ideia de propiciar uma comparação profícua entre o ordenamento jurídico em que se iniciou a procedimentalização das *astreintes* e o instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴³ Conforme assevera Marcelo Lima Guerra em citação também presente em Guilherme Rizzo Amaral: “a utilidade de uma liquidação provisória da *astreinte* nem precisa ser demonstrada: a parte recalcitrante verá a realidade cara a cara, não podendo mais especular sobre a indulgência do juiz” (GUERRA, 1998, p. 132-133).

⁴⁴ Marcelo Lima Guerra, novamente, explica que a suposta arbitrariedade na fixação das *astreintes* foi excluída com a Lei 91-750, já referida, uma vez que a possibilidade de optar pela determinação de uma *astreinte* provisória ou definitiva foi retirada do magistrado. E justifica nas lições de Boyer, que relata que: “o valor dessa *astreinte* [a definitiva], não podendo ser revisado, levava a inúmeros casos em que o devedor era condenado a pagar uma soma muito elevada, realmente desproporcional ao prejuízo sofrido, no final das contas, pelo credor. Em particular, nos casos em que a execução se produz mais rapidamente que o previsto, o enriquecimento do credor pode parecer chocante ao mesmo tempo em que o empobrecimento correlativo do devedor” (GUERRA, 1998, p. 121-122).

Ocorre, contudo, que, apesar de várias semelhanças já referidas por aquele autor, no que diz respeito à coercibilidade e à acessoriedade do instituto, o fato de ser o crédito delas resultantes revertido para a parte beneficiada pela decisão judicial que as cominou e a possibilidade de fixação em antecipação de tutela (AMARAL, 2010, p.67), é nas diferenças que se percebe a aplicação equivocada (se vislumbrar-se na perspectiva do devido processo democrático – ver subitem 1.1) que se confere ao instituto quando da sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, quanto à possibilidade de haver, no francês, liquidação provisória e definitiva da *astreinte* (GUERRA, 1998, p.134). com respeito ao contraditório.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A introdução da modalidade coercitiva francesa ao Ordenamento Jurídico brasileiro se observou, antes mesmo, que uma legislação naquele país definisse os contornos com os quais a imposição da multa periódica deveria ser limitada, o que, de certa forma, ocasiona a utilização do instituto de maneira afastada de uma teoria democrática de processo.

Assim, procurou-se demonstrar com o presente artigo a desvirtuação da aplicação da *astreinte* no ordenamento jurídico brasileiro se comparado ao francês, em especial no que tange à possibilidade de participação imediata do réu na fixação do *quantum* e da periodicidade determinada na multa, mas principalmente, o seu afastamento, na nossa atividade técnica, de uma teoria processual democrática.

Portanto, enquanto no ordenamento jurídico francês existem dois deveres do magistrado no sentido de possibilitar a participação do réu na fixação das *astreintes*, quais sejam, a liquidação provisória e a liquidação definitiva (obrigatórias), o mesmo não ocorre nas determinações impostas pelos órgãos jurisdicionais no Brasil.

ABSTRACT

This paper will notice some pointers on how you found the insertion of a mode of realization of the appeal, the theoretical *astreintes* of French origin, in the Brazilian legal system. For this study, the Code of Civil Procedure, 1939, regarding the initiation of the implementation of the institute under discussion and development to what we perceive today in the Code of Civil Procedure, 1973, through the Code of Procedure state that already so provide. Moreover, he was made a comparative study between French law and the Brazilian, in order to demonstrate the distortion of

its application. This is because, as will occur in the text, the imposition of astreintes in France is preceded by procedural moments that allow the participation of stakeholders in the construction of the decision that is, provisional liquidation and final settlement of astreintes actually serve to a higher level of intimidation of the defendant in carrying out the obligation required by the author in the main procedure. This analysis, as will occur, there must be harnessed to a democratic perspective of procedural law, in which the French judge is inserted (considering that it is attached to the party) and the Brazilian judge rejected.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do art. 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOER, Margreet B. de - **Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese**, *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, 3, pp. 790-808.

BORRÉ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Napoli: Jovene, 1966.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação civil, processual civil e empresarial/organização Yussef Said Cahali. – 12. Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (RT Mini Códigos).

BRASIL. Presidência da República. ADPF nº 130, em 30 de abril de 2009. Constituição da República Federativa do Brasil. Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação civil, processual civil e empresarial/organização Yussef Said Cahali. – 12. Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (RT Mini Códigos).

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/De1608.htm. Consulta em 23 de outubro de 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação civil, processual civil e empresarial/organização Yussef Said Cahali. – 12. Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (RT Mini Códigos).

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 maio 2002.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 2005.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento da informação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 1967.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078, de 11 de julho de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.476, de 2000, do poder executivo. Altera a lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de processo civil. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 23 ago. 2000. p. 44.560 - 44.562.

CENDON, Paolo. **Le misure compulsorie a carattere pecuniario: processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

FRANÇA, **Nouveau Code de Procédure Civile**. 91. ed. Paris: Dalloz, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alcides Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5-6, t.2.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1905. t. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações cominatórias no direito brasileiro**. 3. ed., São Paulo: Max Lemonnad, 1962.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A nova ordinariedade: execução para cognição. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, : Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. págs. 158 a 165.