

PETIÇÃO (MOD) CIVIL E PROC CIVIL

EXECUÇÃO P/ENTREGA DE COISA INCERTA

DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADE QUE IMPLIQUE EM CONDIÇÃO PURAMENTE POTESTATIVA — INADMISSIBILIDADE

RESUMO

- Nos termos do contrato foi, efetivamente, estabelecido o prazo de garantia, de 173 dias, prorrogáveis por mais 5. Estipulou-se, ainda, obrigação condicional com a expressão "desde que", ficando certo que a dívida seria liquidada em prazo "não excedente a 48 horas, contadas da data do recebimento do aviso, ou comunicação expressa por parte da Beneficiária e desde que para tanto essa última comprove ao Fiador o efetivo inadimplemento da afiançada, entendido como tal a não liquidação do câmbio na data aprazada" (cláusula II). - O fiador pretende desonerar-se alegando inexistência da notificação, que, de fato, não se operou, como admitido pela própria exequente. - Realmente, cumpria à credora notificar o estabelecimento bancário, comprovando o efetivo inadimplemento da afiançada. - Não fosse defesa a condição estipulada e nula, portanto, a cláusula, estaria desobrigado o fiador. - É que a análise do inadimplemento, nada obstante a oportunidade da comprovação concedida à exequente, ficou exclusivamente ao arbítrio do fiador, que se transformou em magistrado do contrato, com o risco, inclusive, de julgar em proveito próprio. Esta possibilidade, condição potestativa, é expressamente rejeitada pela lei: "Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes" (CC, art. 115, segunda parte). - Entre as condições potestativas, como ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, encontram-se as puramente potestativas e as simplesmente potestativas. "Repousam as primeiras, exclusivamente, no "merum arbitrio" do interessado (se eu for à cidade, ou se levantar o braço)" (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, Saraiva, 1983, pág. 237). E mais adiante, referindo-se às questionadas condições, pela ordem: "Estas não afetam a validade do ato, são perfeitamente admissíveis, enquanto aquelas incidem na proibição legal" (idem, ibidem, pág. 237). - Ora, sujeitando-se à garantia que a obrigava a notificar, comprovando o inadimplemento da afiançada e ficando o pagamento, assim, ao arbítrio do fiador, ainda que se tenha estipulado forma objetiva de apuração, ou seja, a liquidação do câmbio na data aprazada, a exequente acabou por renunciar ao direito de cobrar por mera formalidade ou, em outras palavras, por condição puramente potestativa, daquelas que o Código Civil, no dispositivo já citado, veda expressamente. - Bem por isso, atualmente, o Código de Defesa do Consumidor é mais claro, elencando como cláusula abusiva a exoneração de responsabilidade por renúncia de direitos (art. 51, I). - Enfim, o fiador não se exonera por descumprimento de formalidade que implique em condição puramente potestativa. - Permanecendo obrigado, destarte, o fiador, com o pagamento, ficará sub-rogado nos direitos da exequente, significando isto dizer que poderá exigir a liquidação do débito à afiançada Ac. de 29-09-1993 Revista dos Tribunais - Maio de 1994 - Vol. 703 - Pág. 88 EMFOR 554

EMENTA

... o fiador não se exonera por descumprimento de formalidade que implique em condição puramente potestativa.

NOTA DA REDAÇÃO

Revista dos Tribunais