

**A**o encerrar o seu nono ano de publicação, a *Revista Brasileira de Arbitragem* lança a sua 35ª edição. Na seção de Doutrina Nacional, apresenta-se as aproximações e distinções entre a Câmara de Arbitragem da AGU e o Modelo Brasileiro de Arbitragem, traçadas por Eduardo Silva da Silva e Samir Bahlis Dalmas; assim como Cristiano Zanetti, em palestra transcrita, explora o dever de mitigar o dano tanto no *common law* como no direito de base romanística. Na Doutrina Internacional, Francisco G. Prol Pérez escreve sobre o reflexo do caso julgado na arbitragem internacional; Walid Ben Hamida aborda o tema do *denial of benefits clause* nos casos Amto e Yukos, em matéria de arbitragem de investimentos.

Na seção de Jurisprudência Nacional, Felipe Vollbrecht Sperandio comenta a SEC nº 3.709, caso entre *Comverse Inc.* e *American Telecommunication do Brasil Ltda.*, e Debora Visconte anota a Medida Cautelar nº 17868/BA, decisão que aplica o princípio do "*Kompetenz-Kompetenz*". Na seção de Jurisprudência Internacional, publica-se o comentário de Luis Fernando Guerrero e Julio Cesar Fernandes sobre a decisão do caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion Et Ux*, da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Também nessa edição, os relatos de Marcos Rolim F. Fontes sobre o XXI Congresso do ICCA em junho de 2012; de Ettore Botteselli, Leandro Tripodi, Napoleão Casado Filho e Thomas Law ao I Encontro Nacional de Coaches do Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot; e dos estudantes brasileiros da 2ª Sessão da *Arbitration Academy* de Paris. Ademais, Adriana Noemi Pucci apresenta o novo membro brasileiro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI e a Nota Introdutória ao clássico *Southern Pacific Properties v. Egypt*, caso do CIRDI.

Ainda podem ser encontrados neste número a Resenha de Leandro Rigueira Rennó Lima ao livro "*Arbitragem e Equidade: Uma Abordagem Internacional*", de Martim Della Valle, e os comentários de Debora Visconte à obra "*Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*", da autoria de Ricardo de Carvalho Aprigliano. Como em todos os números, a Revista fornece informações sobre outros periódicos de arbitragem na Revista das Revistas.

Boa leitura arbitral!

## A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade

**CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI**

Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Sistema Jurídico Romanístico, Unificação do Direito e Direito da Integração pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Membro do Corpo de Árbitros da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Ciesp/Fiesp. Advogado, Consultor de L. O. Baptista, Schmidt, Valois, Miranda, Ferreira e Agel.

**RESUMO:** Trata-se de texto que reproduz palestra proferida pelo autor no XI Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizado em 14 de setembro de 2012, na Cidade de Porto Alegre. O objetivo da exposição foi o de precisar os contornos do chamado dever de mitigar o dano, tendo em vista os resultados atingidos tanto no âmbito do direito de base romanística como no do *common law*. Depois de noticiar o panorama normativo que cerca a figura, a exposição se prestou a delimitar seus pressupostos e, em seguida, tecer algumas considerações sobre a principal dificuldade que sua aplicação encerra, qual seja, a concretização do conceito de razoabilidade. Ao final, segue uma conclusão, voltada a fomentar o aprofundamento do debate que a figura suscita.

**ABSTRACT:** The text reproduces a presentation made by the author on the XI Congress of the Brazilian Arbitration Committee, that has taken place on September 14 2012, on the city of Porto Alegre. The aim of the presentation was to clarify the boundaries of the so called duty to mitigate the loss, regarding the conclusions reached both in Civil Law and Common Law. After indicating the legal framework, the author discusses the elements of the concept, and, afterwards, analyzes the main difficulty on its application, that is, the implementation of reasonableness standard. In the end, a conclusion follows, in order to stimulate the development of the discussion.

**SUMÁRIO:** Introdução; I – Panorama normativo; II – Pressupostos; III – Razoabilidade; Conclusão.

### INTRODUÇÃO

Definir a extensão da responsabilidade é um problema tradicional do direito privado. Para resolvê-lo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se socorrem de diversos mecanismos, entre os quais figura o chamado “dever de mitigar o dano”, tema cujo exame me foi confiado pela organização do Congresso<sup>2</sup>.

1 O texto reproduz palestra proferida em 14 de setembro de 2012, no XI Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizado em Porto Alegre. Para a publicação, foram promovidas pequenas modificações destinadas a conferir maior clareza à exposição e incluídas as notas indispensáveis à fundamentação das posições adotadas durante a palestra.

2 A exposição é essencialmente baseada na seguinte obra: SAN MARTÍN N., Lilián Cecilia. Del “deber” del acreedor de evitar o mitigar el daño. Tese, Tor Vergata, Roma, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2108/1281>>. Praticamente todas as fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais referidas na palestra

Em termos gerais, afirma-se que o prejudicado pela inexecução contratual tem o dever de mitigar o dano, sob pena de não ser integralmente ressarcido pelo prejuízo sofrido. Por outras palavras, entende-se que a parte inadimplente não responde pelos danos que o prejudicado poderia ter reduzido, se tivesse se comportado de maneira diligente.

Segundo a percepção corrente, trata-se de um dever imposto pela boa-fé. Caso o credor venha a observá-lo, poderá exigir, inclusive, o reembolso dos custos incorridos para conter o dano.

Nenhum contrato ilustra melhor o ponto em debate do que o da compra e venda de mercadorias. Se o vendedor descumprir sua obrigação de entrega, afirma-se que o comprador deve recorrer a outros fornecedores, de modo a reduzir os danos sofridos. Caso não tome essa providência, deverá arcar com os prejuízos imputáveis à sua falta de diligência.

O reconhecimento do chamado “dever de mitigar o dano” encontra pronto respaldo na ética que deve presidir o mundo dos negócios. Afinal, a intuição sugere que ninguém deve se aproveitar da própria negligência.

O raciocínio jurídico, todavia, reclama maior aprofundamento. Para tanto, convém dividir a exposição em três tópicos, voltados a examinar: (i) o panorama normativo; (ii) os pressupostos necessários à caracterização da figura; e (iii) a principal dificuldade que sua aplicação suscita. Ao final, seguirá uma breve conclusão, composta pela síntese dos principais aspectos discutidos e por um convite à reflexão.

Dito isso, passo ao primeiro ponto.

### I – PANORAMA NORMATIVO

Seja no âmbito do direito interno, seja no do direito internacional, registra-se amiúde o emprego da fórmula *duty to mitigate the loss*. A expressão remete à experiência do *common law*, na qual, de fato, foi cunhada.

A primeira decisão que a empregou foi proferida pela *House of Lords* inglesa em 1912<sup>3</sup>, embora a regra já fosse anteriormente aplicada.

foram consideradas e discutidas neste trabalho. Os resultados expostos na palestra seguem de perto o raciocínio desenvolvido na tese, razão pela qual se mostra ocioso citá-la toda vez em que há convergência de posicionamento. Diversamente, revela-se mais produtivo prestar tal esclarecimento e convidar o leitor a examinar o trabalho. No que diz respeito ao Direito brasileiro, a pesquisa que subsidiou a elaboração da palestra levou em consideração especialmente as seguintes contribuições: FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? Revista Trimestral de Direito Civil, 19:109/119; e DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. Revista de Direito Privado, 45:89/145. No texto que ora se publica, sempre que possível, as fontes comuns foram citadas a partir da edição original.

3 “The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps

No *common law*, o *duty to mitigate the loss* é empregado para delimitar a extensão do dano ressarcível. De modo sintético, pode-se afirmar que a conduta do prejudicado interfere de três maneiras na definição do dano indenizável. Cogita-se de *contributory negligence*, *remotness* e, finalmente, de *mitigation*, conforme o comportamento do prejudicado contribua, agrave ou possa minorar os danos decorrentes do inadimplemento contratual<sup>4</sup>.

Nem sempre, no entanto, chama-se atenção para o fato de que o “dever de mitigar o dano” é igualmente reconhecido pelos direitos filiados à tradição romanística. Nesse sentido, tanto o § 254 do BGB, de 1900<sup>5</sup>, como o art. 1.227 do Código Civil italiano, de 1942<sup>6</sup>, privam o prejudicado do direito ao ressarcimento pelos danos que poderia ter contido. Na América Latina, a mesma regra se encontra no art. 348 do Código Civil da Bolívia, de 1976<sup>7</sup>, e no art. 1.327 do Código Civil do Peru, de 1984<sup>8</sup>.

Dada a compatibilidade entre a disciplina do *common law* e dos países filiados à tradição romanística no particular, não surpreende que a regra também se faça presente no âmbito internacional.

Talvez o diploma legal que mais a tenha posto em evidência seja a Convenção de Viena, de 1980, cujo art. 77 consagra o chamado “dever de mitigar o dano”<sup>9</sup>. Regra semelhante se encontra, desde 1994, no art. 7.4.8 dos Princípios

to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.” (House of Lords; [1912] AC 673, 688-89. In: BEALE, Hugh et al. *Cases, materials and text on contract law*. Oxford and Portland: Hart, 2010. p. 1.015)

4 Cf. MCGREGOR, Harvey. *On damages*. 14. ed. London: Sweet & Maxwell Limited, 1980. p. 6 e 60. Apud SAN MARTÍN N., Lilian Cecilia. Op. cit., p. 214 e nota 135.

5 “§ 254 Mitverschulden

(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.”

6 “Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza (2056 e seguenti).”

7 “Art. 348.- (culpa concurrente del acreedor)

I. Si un hecho culposo del acreedor hubiere concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuirá en proporción a la gravedad del hecho y a la importancia de las consecuencias derivadas de él.

II. No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria.”

8 “Art. 1327º.- Liberación del resarcimiento

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.”

9 “Art. 77. A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such

Unidroit<sup>10</sup>, no art. III. – 3:705 do *Draft Common Frame of Reference*, de 2009<sup>11</sup>, e no art. 163 da *Common European Sales Law*, apresentada ao Parlamento Europeu em 2011<sup>12</sup>.

Em outros países, chega-se à aplicação da regra por meio de construção doutrinária, referendada pela jurisprudência. Nessa circunstância, encontra-se o Direito brasileiro, que, a despeito da lacuna legal, tem se valido do chamado “dever de mitigar o dano” para definir a extensão do prejuízo ressarcível.

A existência da regra foi, inclusive, referendada pelo Enunciado nº 169, baixado na III Jornada de Direito Civil, realizada em 2004<sup>13</sup>, e, posteriormente, aproveitada pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, até ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido em 2010<sup>14</sup>.

Não há dúvida, assim, a respeito da difusão do chamado “dever de mitigar o dano”, o que reforça a conveniência de examinar seus pressupostos, tema próprio ao próximo tópico.

## II – PRESSUPOSTOS

Os pressupostos necessários à caracterização do chamado “dever de mitigar o dano” são os seguintes: (i) inexecução contratual; (ii) existência de um dano imputável à parte inadimplente; e (iii) possibilidade de o credor conter a repercussão desse dano, se agir de acordo com diligência ordinária.

measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.”

10 “Art. 7.4.8. (Mitigation of harm)

(1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.”

11 “III. – 3:705: Reduction of loss

(1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.

(2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.”

12 “Art. 163 Reduction of loss

I. The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.

2. The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.”

13 Trata-se do Enunciado nº 169, cujo teor é o seguinte: “Art. 422. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

14 Cf. REsp 758.518/PR, 3ª T., Rel. Min. Vasco della Giustina, J. 17.06.1200. Disponível em: www.stj.jus.br. Para o exame crítico de diversos julgados proferidos pelos Tribunais citados no texto, cf. DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. Os acórdãos referidos no artigo bastam a evidenciar a crescente frequência com que a figura tem sido invocada entre nós. Não segue daí, no entanto, que o chamado “dever de mitigar o dano” tenha sempre sido aplicado de maneira criteriosa. Debater esse aspecto, no entanto, escapa ao propósito da palestra.

Os dois primeiros pressupostos são próprios à responsabilidade contratual. Suas particularidades, portanto, não reclamam exame nessa ocasião. Agora, interessa discutir o terceiro pressuposto, com o escopo de aferir em que medida é exigível que o credor mitigue o dano, sob pena de não ser integralmente ressarcido pelo prejuízo sofrido.

Diante dessa pergunta, duas são as possibilidades de resposta. De um lado, pode-se relacionar um elenco de providências que correm a cargo do credor. De outro, pode-se adotar um padrão de conduta como referência, para que se verifique, no caso concreto, se foi observada a diligência exigida pela situação.

Todos os ordenamentos consultados optam pela segunda alternativa. No *common law*, exige-se que o credor se pautem pela *reasonableness*, ou seja, que atue de forma sensata<sup>15</sup>.

O Direito alemão raciocina com base na pessoa medianamente razoável. O Direito italiano remete de modo expresso à *ordinaria diligenza*, o que, conforme orientação referendada pela *Corte di Cassazione*, em 2007, deve ser aferido tendo em mente o comportamento próprio ao *bonus pater familias*, ou seja, segundo o padrão do homem sensato<sup>16</sup>.

No âmbito internacional, a Convenção de Viena, os Princípios Unidroit, o *Draft Common Frame of Reference* e a *Common European Sales Law* são fortemente influenciados pelo *common law* e se referem ao *reasonable man*.

Nesse particular, novamente os ordenamentos examinados convergem, pois todos recorrem a um conceito jurídico indeterminado: a razoabilidade.

Sempre que o intérprete se depara com um conceito dessa natureza, não tarda a sublinhar a necessidade de examinar o caso concreto. Trata-se, no entanto, de afirmação tão precisa quanto incompleta. Precisa porque o conceito jurídico indeterminado sempre requer a atenta consideração das circunstâncias. Incompleta porque mal disfarça a necessidade de identificar critérios que permitam aferir se o credor se desincumbiu daquilo que dele se podia legitimamente esperar.

Nesse ponto, reside a principal dificuldade atinente ao chamado “dever de mitigar o dano”. Cumpre aproveitar o último tópico da exposição para enfrentá-la.

15 Cf. BEALE, Hugh et al. Op. cit., p. 1016.

16 Cf. SAN MARTÍN N., Lilian Cecilia. Op. cit., p. 338 e nota 51, com referência a julgado proferido pela Corte di Cassazione em 26.04.2007.

### III – RAZOABILIDADE

A necessidade de conferir maior precisão ao conceito de razoabilidade sempre foi advertida pela doutrina. É recente, no entanto, a tentativa de definir legalmente o conceito. Tanto o art. I. -1:104 do *Draft Common Frame of Reference*<sup>17</sup> quanto o art. 5 da *Common European Sales Law*<sup>18</sup> se dispuseram a tanto.

Ambos os dispositivos exigem que a razoabilidade seja objetivamente determinada, tendo em vista: (i) a natureza e o propósito do negócio; (ii) as circunstâncias concretas; e (iii) qualquer uso ou prática passível de ser considerada relevante.

São indicadores interessantes e que certamente podem ser manejados com proveito. Não parece, no entanto, que a legislação seja a sede mais adequada para oferecer critérios destinados a precisar um conceito jurídico indeterminado. Isso porque pode ser conveniente recorrer a algum elemento estranho à disciplina legal para reger o caso concreto, providência que, no mínimo, resta dificultada se o intérprete não pretender se distanciar do texto legal.

A propósito, a doutrina brasileira já há algumas décadas afirmava que se deve aferir quem teve a melhor e mais eficiente oportunidade de conter o dano<sup>19</sup>. Por outras palavras, no âmbito contratual, é necessário verificar se a melhor oportunidade tocou à parte que descumpriu o pactuado ou ao prejudicado pelo inadimplemento. Se o credor não tiver aproveitado a chance que lhe foi conferida pelas circunstâncias, não pode responsabilizar o devedor pelos danos sofridos. Trata-se de raciocínio que remete à análise econômica do Direito, cujos aportes talvez possam prestar uma contribuição para conferir concreitude ao conceito de razoabilidade.

Tradicionalmente, no entanto, a solução de problemas dessa natureza é endereçada com o recurso à análise de julgados. O exame da casuística revela que não raro os Tribunais recorrem a critérios distintos daqueles previstos nos conceitos constantes do *Draft Common Frame of Reference* e da *European Common Sales Law*.

17 “I. – 1:104: Reasonableness

*Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.”*

18 “Art. 5 Reasonableness

*1. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of the contract, to the circumstances of the case and to the usages and practices of the trades or professions involved.*

*2. Any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.”*

19 Cf. AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1979. p. 370.

Duas decisões austríacas, por exemplo, remeteram à boa-fé para definir o comportamento razoável esperado do credor. Tais acórdãos foram proferidos, respectivamente, pelo *Oberster Gerichtshof*, a Suprema Corte, em 1996<sup>20</sup>, e pelo *Oberlandesgericht*, de Graz, em 2002<sup>21</sup>.

O estudo dos julgados, no entanto, deve ser levado a efeito de maneira crítica, uma vez que as decisões se prestam a resolver certo caso e não a oferecer balizas interpretativas passíveis de aproveitamento em todas as hipóteses em que tenha lugar o emprego do chamado “dever de mitigar o dano”.

A necessidade de reflexão crítica se mostra com particular nitidez quando se tem presente a existência de decisões contraditórias.

A título exemplificativo, em 1967, a *Corte di Cassazione* italiana considerou exigível que o comprador adquirisse mercadorias de outro fornecedor para mitigar o dano. Trata-se de decisão conforme a praxe internacional, razão pela qual não era de se esperar que a orientação fosse posta em questionamento. Isso não obstante, em 1983, o referido Tribunal decidiu de forma diametralmente oposta, ao liberar o credor do ônus de buscar a mercadoria alhures<sup>22</sup>.

Não é difícil criticar a orientação adotada pela *Corte di Cassazione* no segundo aresto. Isso não permite, entretanto, formular afirmações simplistas a propósito, uma vez que a aquisição de mercadorias substitutivas nem sempre é exigível.

Conforme decidido em 1948 pela *Court of Appeal* de Londres, somente se pode pretender que o credor adquira mercadorias que se encontrem à disposição no mercado em que atua. Não se pode chegar ao ponto, todavia, de exigir que ele percorra o mundo todo em busca das mercadorias. No caso concreto, o devedor sustentou que, diante do inadimplemento, o comprador, com sede na Inglaterra, deveria ter se deslocado até a Índia, então sob forte agitação social, para comprar as mercadorias. A alegação foi rechaçada<sup>23</sup>.

Como ensina a doutrina alemã, a estratégia mais adequada para conferir concretude a um conceito jurídico indeterminado é a construção de grupos de

20 “However, insofar as the damages for breach of contract, including the loss of profit, could have been mitigated by measures reasonable in the circumstances, compensation cannot be demanded [...] A possible measure to reduce damages is reasonable, if it could have been expected as bona fides [good faith] conduct from a reasonable person in the position of the claimant under the same circumstances [...]” (Oberster Gerichtshof, J. 06.02.1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>)

21 “[...] it must be noted that art. 77 does not constitute an actual duty against others but a mere obligation for oneself to mitigate damages if relying on a breach of contract. The obligation stated in art. 77 CISG is to be interpreted taking into account the competing interests of the parties, as well as commercial customs and the principle of good faith [...]” (Oberlandesgericht Graz, J. 24.01.2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020124a3.html>>)

22 Cf. SAN MARTÍN N., Lilian Cecilia. Op. cit., p. 353 e notas 115 e 116, com referência às decisões proferidas pela Corte di Cassazione em 12.10.1967 e 06.08.1983.

23 Cf. Court of Appeal; [1948] 64 TLR 569. In: BEALE, Hugh et al. Op. cit., p. 1016.

casos. Seu exame leva à fixação de critérios que tornam cada vez mais segura a aplicação da regra.

Relativamente ao chamado “dever de mitigar o dano”, talvez o estudo mais criterioso nesse sentido possa ser encontrado no *common law*. De acordo com a doutrina que se dispôs a examinar os julgados, algumas regras podem ser empregadas para determinar ao menos aquilo que o prejudicado não está vinculado a fazer.

Nesse sentido, afirma-se que o prejudicado: (i) não está obrigado a arriscar demasiadamente seu dinheiro; (ii) não está obrigado a proceder a uma cirurgia excessivamente arriscada; (iii) não necessita tomar um risco de um litígio incerto contra terceiro; (iv) não está obrigado a prejudicar sua reputação comercial; e (v) não deve padecer por sua incapacidade financeira em adotar as medidas necessárias à eliminação ou mitigação do dano<sup>24</sup>.

As máximas extraídas do Direito inglês podem ser perfeitamente aproveitadas pelo direito continental. Deve-se ter presente, porém, que seu conteúdo não se refere especificamente a condutas que o prejudicado deve ou não executar, mas sim à conveniência de realizá-las. Não se afirma, por exemplo, que o credor não deve arriscar seu dinheiro ou sua pessoa. Defende-se, simplesmente, que não deve fazê-lo nas hipóteses em que isso se revele excessivamente perigoso<sup>25</sup>. Trata-se de orientação que ecoa a lição de um dos mais tradicionais doutrinadores brasileiros, segundo o qual não se pode pretender que o dono de uma casa arrisque a vida para salvá-la, mas dele se pode exigir ao menos que telefone para o corpo de bombeiros<sup>26</sup>.

Seguramente, o exame da casuística poderia levar a discussão muito adiante. Chegou a hora, no entanto, de dar por concluída a exposição.

## CONCLUSÃO

Tanto os direitos filiados ao *common law* como aqueles fundados na tradição romanística coincidem em conferir importância ao comportamento do credor para definir a extensão do dano ressarcível.

Em particular, todos os ordenamentos consultados convergem na afirmação de que o credor não pode ser indenizado pelos prejuízos cuja ocorrência poderia ter contido, se tivesse tomado providências passíveis de se exigir de uma pessoa medianamente diligente.

24 Cf. MCGREGOR, Harvey. Op. cit. Apud SAN MARTÍN N., Lilian Cecilia. Op. cit., p. 354/355 e nota 124.

25 Cf. SAN MARTÍN N., Lilian Cecilia. Op. cit., p. 355.

26 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. XXII, 1971. p. 198.

Trata-se de postulado de forte apelo ético e profundamente conforme o espírito que anima o direito privado. Já em Roma, aliás, afirmava-se figurar entre as regras de direito antigo a máxima de que ninguém pode pleitear o ressarcimento de dano decorrente de sua própria culpa<sup>27</sup>.

Muitos séculos mais tarde, a regra foi recuperada para esclarecer o sentido do § 254 do BGB, que, como visto, trata do chamado “dever de mitigar o dano”. Em 1900, ano em que o texto entrou em vigor, a doutrina logo cuidou de esclarecer que se estava a disciplinar um caso de *Verschulden gegen sich selbst*, ou seja, de culpa contra si mesmo<sup>28</sup>, a qual, cumpre insistir, não gera direito ao ressarcimento.

Por influência do *common law*, o chamado “dever de mitigar o dano” encontra-se novamente em evidência no século XXI. O desafio, agora, é manejá-lo de maneira criteriosa, o que exigirá, cada vez e sempre, o emprego atento do conceito de razoabilidade ao caso com que se deparará o profissional encarregado de interpretá-lo segundo as regras do Direito.

27 Cf. D. 50, 17, 203.

28 Cf. ZITELMANN, Ernst. *Das Recht des Bürgerlichen Gestezbuches*: Allgemeiner Teil. Leipzig: Duncker & Humblot, 1900. p. 166/170.

## O Caso Julgado na Arbitragem Internacional. Alguns Pontos a Considerar

FRANCISCO G. PROL PÉREZ

Nascido em Madrid, Espanha, em 28 de setembro de 1953. Estudou Direito no Centro de Estudos Universitários da Universidade de Madrid (1975). É membro da Ordem dos Advogados de Madrid, Membro Fundador da Associação Europeia de Direito Bancário e Financeiro, International Bar Association, Union Internationale des Avocats.

**RESUMO:** A interpretação dos efeitos da *res judicata* pode adquirir grandes variações dependendo se feita por advogado de Common ou Civil Law. A própria avaliação dos três elementos necessários à configuração de uma questão de *res judicata* (i.e. mesmas partes, mesmo objeto contratual e mesma causa de pedir) pode diferir consideravelmente se examinados por advogados de diferentes tradições jurídicas. Dessa forma, em relação às “mesmas partes”, o autor evoca os institutos anglo-saxões de *Trust* e *Privy* e aqueles problemas advindos de companhias de um mesmo grupo. Em relação ao “mesmo objeto contratual”, o autor lida com a necessidade de resolução de todas as disputas entre partes na ação originária, assim como, em relação à “mesma causa de pedir”, o autor se refere à existência de procedimentos que podem não produzir um efeito de *res judicata*.

**ABSTRACT:** The interpretation of the effects of *res judicata* can vary greatly depending if such interpretation is made by a lawyer of Common or Civil law. The same evaluation of the three elements necessary to distinguish that we are facing a *res judicata* issue (i.e. identical parties, identical contractual object, and identical cause of action) can differ considerably if they are examined by lawyers from different legal traditions. Thus, in relation to the ‘identical parties’ element, the author evokes the Anglo-Saxon figures of *Trust* and *Privy* and the problems arising for the companies of a same group. In relation to the ‘identical object’ element, the author talks about the need to resolve all the disputes between the parties in the original lawsuit, and regarding the ‘identical cause of action’, the author refers to the existence of proceedings that may not produce a *res judicata* effect.

**SUMÁRIO:** I – Introdução; II – O nome: *Res Iudicata* ou *Res Arbitrata*?; III – Temas a considerar; IV – Ordem pública; V – Vários.

### I – INTRODUÇÃO

Quisera, antes de mais, agradecer, em nome da Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (“CIMA”) e em meu próprio nome, o amável convite que nos foi realizado para participar neste VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

Como muitos de entre vós se recordam, o ano passado, por ocasião do V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, foi assinado um acordo de