

Artigos Doutrinários

Class Actions e Direitos Humanos

Título original: *Class Actions und Menschenrechte*

Prof. Dr. Rolf Stürner*

Tradução: Márcio F. Mafrá Leal**

I. Introdução

As ações de direitos humanos de grupos grandes ou pequenos de vítimas tornaram-se um fenômeno corrente na Alemanha efetivamente apenas na última década. Referem-se, sobretudo, a violações de direitos humanos durante o regime nacional-socialista e a Segunda Guerra Mundial que foram levadas a juízo após esse período. No Japão há experiências semelhantes de compensar injustiças históricas por meio de ações civis. Todavia, a matriz desse modelo são os EUA, que desenvolveram há mais de um século o *instrumentarium* jurídico para o processamento de ações dessa espécie. As reflexões adiante primeiro analisam esse desenvolvimento nos EUA e sua conseqüente influência nas ordens jurídicas continentais, principalmente na Alemanha. À guisa de conclusão, examina-se a questão se as ações de *human rights* perante a justiça comum que têm por objetivo corrigir injustiças históricas mostram-se adequadas, sobretudo também no contexto internacional, ou se outros mecanismos de compensação trazem melhores resultados.

II. A cultura jurídica norte-americana e as ações de direitos humanos

Num primeiro momento, os litígios de direitos humanos surgiram nos tribunais americanos contra países estrangeiros ou empresas em razão de agressões em desfavor de lesados submetidos a outros ordenamentos jurídicos. Muitos consideraram a admissibilidade de tais ações como uma ponta de arrogância missionária.

*Juiz do Tribunal Superior Estadual (Oberlandesgericht – Karlsruhe), professor da Universidade Albert-Ludwigs Freiburg – Alemanha

**Juiz Federal

Cumpra esclarecer que tais processos têm uma longa tradição nos EUA e estão profundamente enraizados na cultura jurídica americana e podem se virar até mesmo contra empresas daquele país.

1. O desenvolvimento das ações de direitos humanos americanas na modernidade

O *Alien Tort Claims Statute* de 1789¹ é o ponto de partida das ações de direitos humanos perante a justiça civil nos EUA, que é praticamente tão antigo quanto a Declaração de Direitos Humanos, a Declaração de Independência e a Constituição. Ele admite na jurisdição federal ações de estrangeiros quando há cometimento de atos que violem Direito Internacional Público ou quando os EUA figurarem como signatários de tratados internacionais. Essa lei foi a expressão maior de uma tarefa missionária da idéia de direitos humanos que irrompeu naquela época. Entretanto, a lei permaneceu em grande parte sem maior significado político, restrita na maioria das vezes a poucas ações sem sucesso quando a pretensão nela se assentava.² No século XIX as ações de direitos humanos em favor de minorias não tiveram aplicação na prática. Embora a Suprema Corte, liderada pelo *Chief Justice* Marshall, tenha de fato exarado algumas decisões em favor dos direitos humanos da população indígena,³ tornou-se mais ou menos impossível assegurá-los e protegê-los, numa fase de anexação e conquista de territórios.⁴ Os direitos humanos da população negra tiveram um péssimo tratamento⁵ nos primórdios da Suprema Corte e somente com a Guerra Civil americana houve uma ruptura moderada.⁶ Todavia, a Corte confirmava a fórmula “separados mas iguais”⁷ ainda em 1896, apenas superada em 1954 com a famosa sentença no caso *Brown*.⁸ Mais tarde, em 1967, declarou-se a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais racistas que proibiam casamentos entre indivíduos de etnias diferentes.⁹ As ações de direitos humanos modernas surgiram somente nos anos 60, quando cidadãos paraguaios processaram com êxito um policial paraguaio que vivia nos EUA, por este ter torturado parentes dos autores até a morte.¹⁰ O legislador norte-americano interveio contra a tentativa da jurisprudência interpretar o vetusto *Alien Torts Statute* de 1789 apenas como norma de admissibilidade processual e não com conteúdo material a fundamentar a pretensão.¹¹ A jurisprudência temia uma onda de ações baseadas em violações praticadas por outras soberanias. Assim, em 1991 promulgou-se o *Torture Victim Protection Act*, que prevê um extenso leque de normas a contemplar pretensões indenizatórias em virtude de “tortura” e “execução de pena capital extrajudicial”.¹² Com isso abriu-se caminho para a moderna práxis das ações de direitos humanos perante os tribunais americanos.

2. Delineamentos da recente evolução sobre o tema

a) Casos característicos

Antes de tudo, as ações das últimas décadas prestaram-se à tentativa de compensar injustiças históricas da Segunda Guerra Mundial, ou pelo menos serviram como seu ponto de partida. Configuram esse grupo as ações das chamadas *comfort-women* por parte de filipinas e coreanas contra o Estado japonês,¹³ bem como ações de descendentes de judeus vítimas do holocausto contra bancos suíços¹⁴ ou seguradoras européias e alemãs.¹⁵ O grupo mais significativo de ações desse tipo refere-se, entretanto, aos *slave laborer* da 2ª Guerra Mundial em solo alemão.¹⁶ Uma segunda onda de ações voltou-se contra outras violações de direitos humanos mais antigas ou mais recentes do que desse período.¹⁷ Como exemplo de ilícito antigo, tem-se ação coletiva dos africanos Hereros contra o *Deutsche Bank* em virtude de suposta participação na derrubada da Resistência dos Hereros na Namíbia (1908-1912). Exemplo de violação recente é a que deverá ser reparada pela ação de sul-africanos contra empresas européias e americanas pela participação destas na política do *Apartheid*. Mas há também em grande quantidade ações coletivas contra vítimas de crimes perpetrados e organizados pelos próprios governos dos respectivos Estados (Cuba, Irã),¹⁸ ou ajuizadas por vítimas de ditadores e potentados militares contra seus algozes (p. ex. Karadzic/Iugoslávia; Mugabe/Zimbabwe etc.).¹⁹ Finalmente, firmas americanas também figuram no papel de ré quando se lhes imputam o fato de trabalharem em conjunto com regimes ditatoriais de modo lesivo a direitos humanos, como no exemplo da construção de campos petrolíferos na Birmânia.²⁰

b) Obstáculos ao êxito: problemas para além do regime processual específico das *class actions*

Para além do campo de problemas típicos das *class actions*, há uma série de obstáculos para o êxito da ação no caso concreto. Em primeiro lugar, as ações contra o próprio Estado, via de regra, em razão do princípio de direito público da imunidade estatal, são inadmitidas, pois, embora sejam violações ao Direito Internacional, referem-se por outro lado a atos de soberania (*acta iure imperii*).²¹ O *Foreign Sovereign Immunities Act* norte-americano de 1976 também parte desse princípio.²² Entretanto, os EUA introduziram uma regra de exceção em 1997, que autoriza o ministro das Relações Exteriores inscrever um Estado como *sponsor of terrorism* e, por conseqüência, suspender sua imunidade.²³ Sobretudo Cuba, Irã e Líbia já sentiram os efeitos desse dispositivo²⁴ e, por uma mais recente regra de exceções ao princípio, em vigor a partir do ano 2000,²⁵ estão sob a ameaça de suspensão da imunidade em processos de execução, o que possibilitaria a penhora de depósitos bancários desses países nos EUA.²⁶

Outros argumentos imbricados à questão da imunidade estatal referem-se à hipótese de uma empresa ser demandada em lugar do Estado, quando esta coope-

rar com países violadores de direitos humanos. A chamada *act of state doctrine*²⁷ determina aos tribunais dos EUA cautela no julgamento de atos de soberania de estados estrangeiros dentro do seu próprio território, embora aqui também exceções possam se impor, caso estas se mostrem de acordo com os interesses da política externa dos EUA. Doutrina análoga a essa é uma variante da *doctrine of comity of nations*, que, conforme o caso, pode proibir a intromissão na política interna estrangeira.²⁸ E, finalmente, a *political question doctrine* merece menção. Ela proíbe a intervenção judicial em questões de política externa e o processo encerra-se com a decisão de *nonjusticiability*, especialmente quando se vislumbra mais adequada à espécie uma solução política e por acordo internacional. Algumas ações de direitos humanos em processos de *slave laborer* foram inadmitidas sob esse argumento.²⁹

Por fim, podem surgir problemas de jurisdição internacional. Sem dúvida, em *doing business*, especialmente em se tratando de grandes firmas com atividade multinacional, os EUA possuem competência abrangente nos casos de violação de direitos humanos.³⁰ Entretanto, a *doctrine of forum non conveniens* permite uma utilização flexível da jurisdição norte-americana,³¹ que em ações de *human rights* é bastante controversa. Os críticos³² estimam que a tendência das companhias estrangeiras demandadas em aceitar esse tipo de ação seja claramente maior do que entre réus americanos. Com o fracasso do acordo internacional sobre a competência e execução da Haia,³³ provavelmente estão também obsoletas as tentativas de se estabelecer uma jurisdição mundial comum para ações de direitos humanos.

c) Dificuldades específicas das *class actions*

Além das dificuldades genéricas das ações de direitos humanos no Direito americano, surgem problemas específicos das *class actions*. Eles são recorrentemente discutidos e, portanto, merecem uma exposição resumida.³⁴

Novos acórdãos da *U.S – Supreme Court* estabelecem a homogeneidade e a sincronicidade de interesses dos membros de uma *class* como pressupostos de admissibilidade relativamente rigorosos.³⁵ Atos violadores de direitos humanos, que acarretam danos em massa contra um grupo de pessoas, são, na maioria das vezes, tanto a ação danosa, quanto os prejuízos, em grande medida pessoais e difíceis de se subsumirem a uma regra comum. O *Advisory Committee* que redigiu o *Federal Rules of Civil Procedure*, em suas justificativas para a edição da *Class Action Rule* de 1966, asseverou que danos pessoais não se prestam a serem examinados por *class actions* ou os são em âmbito muito restrito.³⁶ Na maioria das vezes, faz-se necessária a criação de subclasses ou a caracterização de uma *class* limitada a algumas questões de fato ou de direito, para que o restante seja julgado individualmente.³⁷ Isso naturalmente desvaloriza as *class action*. Tenta-se, por vezes, através da sua

proposição a *certification* da *class* para se valer de um acordo, cujos pressupostos para homologação judicial³⁸ acarretam menos exigências do que em uma decisão judicial litigiosa. Uma solução usual é confiar a alguém autorizado pelo tribunal a estabelecer propostas para uma divisão precisa e minuciosa entre as muitas subclasses, que o tribunal e o júri, por sua vez, devem homologar.³⁹ Apesar disso, os problemas dessa divisão produzem uma conflituosidade potencial entre os membros da classe e mostram o total desencantamento da adequabilidade e reputação da *class action* como uma arma milagrosa nesses casos.

Um outro típico problema das *human rights class actions* revela-se pelo dever de informação aos membros do grupo. Segundo o Direito americano a *class action* requer uma notificação adequada aos membros do grupo, para que tenha a possibilidade de fazer uso de uma *opt-out*.⁴⁰ Somente assim pode a sentença numa *class action* produzir uma coisa julgada perante todos os membros, porquanto a possibilidade de notificação é um importante pressuposto para a Constituição da classe. Se um número expressivo de membros do grupo nas ações de direitos humanos moram no exterior, as conseqüências da coisa julgada e mesmo reconhecimento da classe só são garantidas, caso uma forma eficaz de notificação seja praticada, segundo o respectivo Direito nacional. É justamente o caso quando – como é freqüente – formas de intimação editalícias não se mostram suficientes e se exige a intimação individual. Nessa hipótese, a inclusão de membros estrangeiros do grupo torna-se um obstáculo de difícil solução.⁴¹

3. Um balanço dos processos norte-americanos

O balanço processual das *class actions*, conforme a violação de direitos humanos, ultimamente apresenta resultados variáveis e insatisfatórios. As já julgadas ações contra Marcos das Filipinas⁴² obtiveram sucesso e em certa medida as ações contra bancos suíços e austríacos, que terminaram em acordos.⁴³ Já as ações contra trabalho escravo resultaram praticamente todas sem êxito⁴⁴ e foram solucionadas por meio de um acordo legislativo entre Alemanha e EUA com a criação de um fundo. O contínuo sucesso até aqui das ações de direitos humanos contra empresas com atividade em países do Terceiro Mundo está ultimamente em aberto e incerto.⁴⁵ As complexidades na formação dos grupos, a propositura de ações concorrentes por advogados diversos e conflitos relativos à divisão das indenizações entre advogados e constituintes, bem como entre os próprios membros do grupo, são fatores que sobrecarregam o modelo processual da *class action*.

III. A concepção continental-européia

O princípio fundamental dos países da Europa continental preserva a imunidade dos Estados de ações civis estrangeiras, cujos respectivos órgãos tenham

lesado direitos humanos. Perante os tribunais desses países agressores podem ser propostas ações de indenização, mas, sob certas condições, já é possível atualmente fundamentá-las em normas de Direito Internacional Público de proteção a direitos humanos. Causas de pedir baseadas em Direito nacional interno são mais restritas. A admissibilidade de judicialização é menos generosa e as ações coletivas são mais raras do que nos EUA. Ao contrário da concepção norte-americana, o entendimento que prevalece na Europa continental acentua as regras oriundas de leis ou tratados internacionais de ofensa a direitos humanos. Esse ponto merece ser mais bem detalhado.

1. Imunidade total?

A amplitude da imunidade estatal é demonstrada no caso do massacre de Distorno por tropas alemãs na Grécia, um dos mais cruéis casos de ofensa a direitos humanos. Os sobreviventes desse terrível banho de sangue, que as tropas alemãs por vingança executaram em 1944 entre civis dessa vila grega, propuseram ação perante tribunais locais contra a República Federal Alemã. Os tribunais gregos negaram até o Aerópago a imunidade alemã com espreque no flexível entendimento da nova doutrina anglo-americana,⁴⁶ que prevê o afastamento da imunidade para os formalmente considerados “Estados-vilões”, conforme a legislação dos EUA. Recentemente, o Supremo Tribunal Especial Grego, o mais autorizado a interpretar Direito Internacional Público, decidiu pela imunidade alemã por apertada maioria.⁴⁷ Seu acórdão, no entanto, não produziu nenhuma influência direta sobre a condenação nos tribunais civis, porque a República Federal Alemã, por questões políticas, não manejou nenhum pedido de nulidade formal desses julgados. Quando o Ministério da Justiça não permitiu a execução do patrimônio da República Federal Alemã (§ 923 do CPC grego), e o recurso contra essa decisão restou sem êxito perante os tribunais civis gregos, os sobreviventes do massacre promoveram uma ação perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.⁴⁸ A Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) assegura, entretanto, que a imunidade estatal não se restringe, mesmo em se tratando de questões de grave lesão a esses direitos, e tem sido assim até o momento, como demonstra a prática do Direito Internacional Público. A diferença para a concepção de imunidade norte-americana depende, contudo, mais da práxis dos países europeus do que das decisões judiciais de seus tribunais. A CEDH não incorporou especificamente o entendimento de que o deferimento da execução seria nulo perante o Direito Internacional – por ofensa à imunidade –, mais que isso, ela se limitou a declarar que o indeferimento é justificado e entremostrou – o que é especialmente notável – a possibilidade de uma futura alteração nos parâmetros do Direito Internacional. Assim, não está descartada uma futura aproximação e alinhamento com a práxis norte-americana. Entretanto, o *Bundesgerichtshof* (BGH) posiciona-se firmemente segundo o

entendimento tradicional, no qual a imunidade estatal proíbe em todos os casos a intervenção de jurisdição estrangeira em países violadores de direitos humanos.⁴⁹

2. Pretensões mais restritas?

A imunidade estatal não é de fato obstáculo para as ações perante o próprio Estado que lesa direitos humanos. Os tribunais da Europa continental, no entanto, não aceitam até agora, ou hesitam em aceitar, a incidência das normas de Direito Internacional como fundamento para efeito de responsabilidade civil. Isso acontece sobretudo em relação ao país que viola direitos humanos, embora exatamente nesse caso se pudesse invocar a validade do efeito horizontal (*Drittwirkung*), principalmente no campo da ofensa a dever funcional da Administração.⁵⁰ O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional) e recentemente o BGH, nas ações de trabalhadores escravizados e ações de gregos relativas aos massacres alemães, firmaram entendimento⁵¹ que, pelo menos no tempo da Segunda Guerra Mundial, as normas de Direito Internacional servem de fundamento para responsabilização civil em ações individuais contra Estados. Para o futuro, ambos os tribunais deixam a questão em aberto. Normas de Direito Internacional a fundamentar a responsabilidade civil de entidades privadas, como por exemplo empresas, não são aceitas, em princípio, até o momento – diferentemente dos EUA.⁵² Assim, restam apenas pretensões com base em direito contratual, em atos ilícitos ou direito público.⁵³ Tais pretensões estão sujeitas, ainda, sobretudo em ilícitos de guerra, a controversas alegações de prescrição,⁵⁴ mesmo quando estas freqüentemente não devam incidir em casos concretos em virtude de acordos de Direito Internacional de reparação pós-guerra.⁵⁵

3. Inexistência de jurisdição universal na Europa para ações de direitos humanos

Diferentemente dos EUA, os países europeus desconhecem, via de regra, uma competência abrangente em se tratando de lesões a direitos humanos, à exceção apenas da Bélgica.⁵⁶ Com isso, restam apenas o domicílio e o local do ato ilícito como ponto comum para ações contra pessoas de direito privado, e eventualmente, em relação a réus com domicílio fora da Europa, aceitam-se regras de competência alternativas, como os do lugar onde se encontra o patrimônio do réu, da nacionalidade do autor ou da *transient jurisdiction*.⁵⁷ Para ações de direitos humanos, que possuem alcance mundial, trata-se de uma perspectiva pouco promissora.

4. A reduzida persecução via tutela coletiva

Seria certamente errôneo asseverar que, diversamente dos EUA, não há formas de tutela coletiva na Europa. A *class action* é decorrência das ações de grupo inglesas⁵⁸ e as ações de associações civis (*Verbandsklage*), assim como aquelas

propostas por entidades públicas, permitem a tutela coletiva no processo civil.⁵⁹ Entretanto, tais formas coletivas de proteção jurídica não ganharam a importância devida, que poderiam torná-las o mais importante instrumento de ações de *human rights*. Em particular, a Alemanha empreende somente agora e gradativamente os primeiros passos nesse sentido. Tradicionais formas de tutela coletiva são as ações de associações civis com base na Lei da Ação Inibitória (*Unterlassungsklagengesetz*)⁶⁰ e de algumas formas coletivas de indenização ou de liquidação por intermédio de representantes nomeados judicialmente.⁶¹ Incluem-se recentemente as ações de ressarcimento por lucros indevidos (*Gewinnabschöpfungsklage*), ganhos estes obtidos no mercado por empresas que infringem uma ou várias das muitas normas da livre concorrência, cujos valores são creditados à conta do erário.⁶² Brevemente deverá entrar em vigor uma ação coletiva à proteção de investidores do mercado de capital, que, com ressalvas, espelha-se em elementos da ação coletiva inglesa e da *class action*.⁶³ Um amplo e ambicioso projeto de lei, como o que está sendo desenvolvido no Ministério da Proteção ao Consumidor, e passos mais incisivos em direção a uma reforma da tutela coletiva nos moldes da *class action* afiguram-se no momento com reduzidas chances de se concretizarem.⁶⁴ Em um controverso projeto de lei contra a discriminação, pretende-se que associações civis com pertinência temática possam, além da ação inibitória, propor ações indenizatórias pelas respectivas vítimas em substituição processual ou em próprio nome, possibilitando a cessão do direito subjetivo da vítima à associação.⁶⁵ Em uma visão geral, a tutela coletiva alemã constitui-se na verdade mais em uma “colcha de retalhos” do que em um sistema completo.

5. A idéia da criação de fundos públicos como contraponto

O contraponto europeu-continental para a *class action*, que a Alemanha em especial desenvolveu, constitui-se na criação de um fundo legal, de onde os lesados possam receber o pagamento da compensação a que têm direito. Esse modelo, cuja primeira tentativa se deu na área de lesões decorrentes do uso de medicamentos,⁶⁶ foi implantado pelo legislador nos processos de ação de trabalhadores escravos,⁶⁷ para cujo Fundo afluiu um capital de 10 bilhões de marcos alemães. Tribunais americanos inadmitiram ações relativas à matéria sob o argumento de *statements of interests* entre o governo americano e alemão e determinaram o envio das vítimas ao Fundo.⁶⁸ O TFC confirmou a solução dos fundos globais perante os autores de ações correlatas nos tribunais alemães.⁶⁹ Essa solução trouxe melhores resultados para muitos autores e réus na compensação dos ilícitos do que teria sido na hipótese de possíveis *class actions*.⁷⁰

IV. Conclusões: recepção do pensamento norte-americano ou o desenvolvimento

de soluções próprias?

Os europeus do continente estão em uma encruzilhada. Sua hesitação tem duas causas. Uma delas enraíza-se profundamente na marcada diferença de cultura jurídica. A outra causa reside na modalidade técnico-jurídica: a *class action* não funciona tão bem e seus resultados não convencem.

1. A concretização de direitos humanos através de um *instrumentarium da competitive society*?

A sociedade americana conhece grandes diferenças sociais e étnicas. A *american creed* e o *american dream* dominaram desde o *fresh start* dos imigrantes ou dos integrantes das classes sociais mais baixas e, através da garantia de liberdade e igualdade, permitem trilhar o caminho para ascensão social.⁷¹ Somente poucos atingem esse cume e, no entanto, essa crença na *pursuit of happiness* forja na sociedade americana a marca de uma *competitive society*.⁷² Ela é como um todo, no que se refere à promoção do progresso econômico e técnico, de um extraordinário êxito; já a participação de cada um nesse sucesso é, todavia, caracterizada por uma grande desigualdade e heterogeneidade.⁷³ A *class action* corresponde a uma necessidade de uma correção rudimentar dessa distorção através da iniciativa privada. Não é de se admirar que a *class action* tenha grande ressonância sobretudo em sociedades e países com grandes diferenças sociais e com graves falhas em políticas públicas, pois elas agem como um fator de salvaguarda de direitos fundamentais e podem se constituir na arma de Davi contra Golias.⁷⁴ Entretanto, as *class actions* mudaram pouco a realidade social. Elas constituem sobretudo fatos isolados e espetaculares e, até o momento, sem grande repercussão efetiva.

A sociedade da Europa continental até aqui tem preferido, no entanto, a igualdade social e a homogeneidade à *competitive society*. A sua preservação pressupõe um certo dirigismo estatal e uma regulamentação, que a partir de agora, com a abertura dos mercados de capital, de serviços e de trabalho, estão postos em causa. Uma abertura total exigiria a recepção e importação do modelo da *competitive society* e seus institutos jurídicos. Os que rejeitam regras formais de intervenção à concorrência e de controle de preços ou medidas administrativas para o cumprimento de direitos humanos precisam, em algum momento, de *class action* com *punitive damages* como contrapeso. A hesitação dos europeus do continente reflete o que eles próprios, dentro de sua concepção, consideram como um modelo ideal de sociedade. A superioridade econômica do modelo dos EUA é parcialmente um fenômeno das últimas duas décadas e apresenta certamente pontos frágeis.⁷⁵ É duvidoso se a fortemente regulada formação social do continente europeu teria expressivas vantagens, caso viesse a recriar e abolir ou afastar as instituições que servem para equalizar suas distorções. E aí a *class action* não teria um grande

futuro na Europa.

2. Desenvolvimento de um modelo mais efetivo?

Os resultados da *class action* não convencem, porquanto a alternativa entre uma persecução judicial individual ou a sua coletivização não resolve em definitivo o dilema entre uma ou outra solução. Se a tutela individual permanece como ponto de partida no exame da ação coletiva, surgem sempre dificuldades na garantia do devido processo e da prova de danos individualmente sofridos. Tanto nos processos de Marcos das Filipinas, que ensejaram a criação de um fundo específico no decorrer do processamento das *class actions*, quanto nos novos esforços de solucionar definitivamente os casos de contaminação por asbestos com um fundo, demonstram-se deficiências funcionais das *class actions*. E por fim, faz-se necessário não só um novo processo, mas também um direito material especial. O modelo deveria ter como princípio solucionar de maneira completa as questões relativas à proteção de direitos e compensações individuais e um processo com a previsão de um fundo com regras globais para crédito das indenizações. Um ou mais lesados deveriam propor o seu respectivo pedido ao próprio fundo, que por sua vez seria confiado a uma comissão independente com regras processuais flexíveis; a estipulação dos valores globais seria tarefa dessa comissão, sempre com a possibilidade de recursos judiciais para efeito de controle. Os pedidos de indenização normalmente propostos em juízo seriam substituídos por esse modelo de compensação. Não faz sentido para os europeus escrever centenas de artigos sobre *class actions* nos EUA e não ousar desenvolver um modelo próprio, que evitaria as deficiências de um modelo de persecução judicial de uma *competitive society*. Entretanto, se o modelo do fundo levar de maneira demasiado a sério a ilusão de que se deve assegurar a proteção e garantias jurídicas clássicas, terá como consequência a restrição dessa forma coletiva de proteção a alguns poucos grupos de casos, nos quais os mecanismos de proteção a direitos individuais e o processo individual tradicionais realmente não surtam efeito. Mesmo casos gravíssimos, como os dos massacres na Grécia, teriam uma solução mais justa com a criação do fundo, do que com longos processos civis individuais e seus resultados contraditórios.

Notas

¹ *Alien Tort Claim Statute* 1789; agora 28 U.S.C.A. § 1.350.

² Sobre o assunto, *Born, International Civil Litigation in United States Courts*, 3^a ed., 1996, p. 36 e ss.

³ *Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh*, 8 Wheaton 843 (1823); *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 5 Peters 1 (1831).

⁴ J. E. Smith, *John Marshall – Definer of a Nation*, 1996, p. 515-517; para uma completa história dos

índios americanos: *Dee Brown*, Bury My Heart at Wounded Knee, 1970.

⁵ *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S (19 How.) 393 (1857) (Negros como “seres de gênero inferior”).

⁶ Nesse sentido, *Heldeking*, *Geschichte der USA*, 3ª ed., 2003, p. 160 e ss.

⁷ *Plessy v. Ferguson* 163 U.S 537 (1896).

⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S 483 (1954).

⁹ *Loving v. Virginia* 87 S. Ct. 1817 (1967).

¹⁰ *Filartiga v. Pena Irala* 630 F. 2º 876 (2d Cir., 1980).

¹¹ Sobre o assunto, *Tel Oren v. República Árabe Líbia* 726 F. 2d 774 (D.C.Cir. 1984); detalhadamente *Born*, *op. cit.* fls. 36 e ss.

¹² O texto da lei está em *Born*, *op. cit.*, p. 13 e ss.

¹³ *Hwang Geum Joo v. Japan* 172 F. Supp. 2d 52 (D.D.Cir. 2001).

¹⁴ Sobre o assunto: *Jodi Berlin Yanz*, Heirs without Assets and Assets without Heirs: Recovering and Reclaiming Dormant Swiss Bank Accounts, *Fordham International Law Review* 20 (1997), 1.356 ss., para uma avaliação bastante crítica: *Nobel*, *Intenationaler Druck auf die Schweiz, 1996-2002*, in: *Bitburger Gespräche 2003*, p. 91 e ss., mais ponderado *Detlev Vagts*, *Switzerland, International Law and World War II*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 466 ss.

¹⁵ Sobre o assunto: *Bazyler*, *Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in United States Courts*, *University of Richmond Law Review* 34 (2000), 1 fls. 93 ss.

¹⁶ Sobre assunto particularmente *Bazyler*, *op. cit.*, p.194 ss., além disso *Vagts/Murray*, *Entschädigungsklagen der Zwangsarbeiter unter nationalsozialistischer Herrschaft: Der nicht beschrittene Weg*, *ZZPInt* 7 (2002), p. 503 e ss.

¹⁷ Sobre o assunto: *Heß*, *Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Tomo 40 (2003), p. 107 e ss.

¹⁸ Novamente *Heß*, *op. cit.* p. 188.

¹⁹ *Kadic v. Karadicz* 70 F3d 232 (2nd Cir. 1995); *Jane Doe I v. Karadicz* 176 F.R.D. 458 (S.D.N.Y. 1997); *Tachiona v. Mugabe et al.* 169 F. Supp. 2nd 259 (S.D.N.Y. 2001).

²⁰ *P. Ex. Sequihua v. Texaco* 847 F. Supp, 61 (S.D.Tex. 1994); *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F3d 932 (2002).

²¹ De tempos mais recentes: *EGMR EuGRZ* 2002, 103 (*Al Adsani contra Reino Unido*) e *EuGRZ* 2002, 415 e ss. (*McElhinney contra Irlanda*); sobre o assunto: *Heß*, *op. cit.* p. 192 e ss. N. do Tradutor: *EGMR* = Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

²² Detalhadamente v. *Born*, *op. cit.* fls. 213 e ss.

²³ 28 U.S.C.A. § 1605(a)(7) na versão de 1997.

²⁴ *P. Ex. Alejandro v. Cuba* 996 F. Supp. 1249 (S.D. Fla. 1997); *Andersen v. Islamic Republic of Iran* 90 F. Supp. 2d 107 (D.D.C) etc.

²⁵ U. S. C. A. § 1610(f) na versão de 2000.

²⁶ Em detalhes, novamente: *Heß*, *op. cit.* p. 190 e ss.

²⁷ Em detalhes: *Born*, *op. cit.* p. 685 e ss.

²⁸ Sobre o assunto: *Sequihua v. Texaco* 847 F. Supp, 61 (S.D.Tex. 1994).

- ²⁹ P. Ex. *Iwanowa v. Ford Motor co.*, 67 F. Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999); *Burger-Fischer v. Degussa AG* 65 F. Supp. 2d 248 (D. N. J. 1999).
- ³⁰ Sobre o assunto especialmente: *Heß JZ* 2000, p. 373 e ss.
- ³¹ Generosamente a favor da jurisdição norte-americana, p. ex. *Wiwa v. Royal Dutch Corporation Co.* 226 F. 3d 88 (2nd Cir. 2000); contra, estabelecendo o reenvio ao tribunal estrangeiro: *Aguinda v. Texaco Inc.* 142 F. Supp. 2d 534 (S. D. N. Y. 2001).
- ³² Veladamente *Heß*, *op. cit.* p. 185, nota de rodapé 580.
- ³³ Sobre o assunto: *Silberman*, *Comparative Jurisdiction in International Context: Will the Proposed Hague Judgements Convention be Stalled?* *De Paul Review* 52 (2002), p. 319 e ss., 328.
- ³⁴ Detalhadamente: *Vagts/Murray*, *op. cit.* p. 333 e ss., 353 e ss. (versão alemã de *Stürner/Pfützner*); e, ainda, *Heß*, *op. cit.*, p. 193.
- ³⁵ *Anchem Products v. Windsor*, 521 US 591 (1997); *Ortiz v. Fireboard*, 527 US 815 (1999).
- ³⁶ FRCP 23, Nota do Advisory Committee.
- ³⁷ Sobre o assunto: *Wright/Miller/Kane*, *Federal Practice and Procedure*, 2^a ed. 1986 com os Suplementos, § 1.790.
- ³⁸ Sobre o assunto, mas com limitações: *Anchem Products v Windsor* 521 US 591 (1997), e *Ortiz v. Fireboard*, 527 US 815 (1999); *Mullenix*, *Re-Interpreting American Class Action Procedure: The Supreme Court Speaks*, *ZZPInt* 5 (2000), p. 337 e ss.
- ³⁹ Sobre o assunto em: *Estate of Ferdinand Marcos*, 910 F. Supp. 1460, 1462 f. (D. Haw. 1995); *Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos*, 103 F 3d 767 (9th cir. 1996).
- ⁴⁰ Em detalhes: *Phillips Petroleum Corp. v. Shutts* 472 US 797 (1985).
- ⁴¹ Sobre o assunto: *Vagts/Murray ZZPint* 7 (2002), p. 362 e ss.; *Heß JZ* 2000, 373, 378 e ss. Na ação dos acionistas contra a Daimler-Chrysler em Delaware fracassou a inclusão de acionistas alemães por conta desse problema.
- ⁴² *Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos*, 103 F3d 767 (1996): 2,45 bilhões de dólares para mais de 10.000 vítimas.
- ⁴³ *In re Holocaust Victims Assets Litigation*, 225 F3d 191 (2d Cir. 2000): 1,25 bilhões de francos suíços e 40 milhões de dólares.
- ⁴⁴ *Burger-Fischer v. Degussa et al.*, 65 F. Supp. 2d 248 (D. N. J. 1999); *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999).
- ⁴⁵ Com razão *Heß*, *op. cit.* p. 193 e ss.
- ⁴⁶ *Broehmer*, *State Immunity and the Individual*, 1997, p. 196 e ss.
- ⁴⁷ Sobre o desenlace da decisão – com o certo rigor do voto condutor: *Dolzer NJW* 2001, 3525; e, ainda, Anotato Idiko Dikastirio, *in Dike International* 2002, 1.282 e ss. N. T. a expressão do original “*Menschenrechtsbeschwerde*” pode ter várias traduções, como “recurso de direitos humanos”, “reclamação de direitos humanos”, entre outras. Na versão portuguesa da Convenção Europeia de Direitos Humanos consta apenas “petição”. É de se ressaltar, porém, o Tribunal de Direitos do Homem de Estrasburgo não faz as vezes de instância de cassação ou de revisão das decisões das cortes dos Estados-membros.
- ⁴⁸ *EGMR NJW* 2004, 273 e ss., 274 r. Sp.
- ⁴⁹ *BGH NJW* 2003, 3488 f. N. T. *BGH*: o Bundesgerichtshof possui competência equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

- ⁵⁰ Por todos: *Heß, op. cit.* P. 178 e ss.
- ⁵¹ Sobre o assunto: BVerfGE 94, 315, p. 328 e ss.; BGH NJW 2003, 3.488, 3.491.
- ⁵² EuGH, Rechtssache 21/76, Bier contra Minas de Potássio da Alsácia, Sig. 1976, 1735; Hof Den Haag, 10/09/86, Netherland's Yearbook of International Law 19 (1988), 496.
- ⁵³ Nesse sentido, o resultado em BGH NJW 2003, 3.488, 3.493.
- ⁵⁴ P. Ex. BGHZ 48, 125 e ss.; com reservas BVerfG, 04.01.05 – 1 BvR 1804/03.
- ⁵⁵ BVerfGE 94, 315, 333; BGH NJW 2003, 3.488, 3.490; contrariamente, mas parcialmente relativo ao período pré-reunificação alemã, p. ex. BGH NJW 1973, p. 1.549 e ss.
- ⁵⁶ Sobre o assunto, *Heß, op. cit.* p. 185.
- ⁵⁷ Art. 3º, § 2º, do EuGVVO (N. T. Regulamento (CE) 44/01, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial).
- ⁵⁸ Sobre o assunto: *Andrews, English Civil Procedure*, 2003, 41.01 e ss.
- ⁵⁹ Sobre o assunto *Koch ZZP* 13 (2000), p. 413 e ss.
- ⁶⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht*, 16ª ed., 2004, § 47, II, p. 282 e ss.; *Murray/Stürner, German Civil Justice*, 2004, p. 203 e ss.
- ⁶¹ P. ex., § 6º da Lei de Compensação em Reestruturações Societárias (SpruchverfahrensG) (acionistas ou sócios por ocasião da reestruturação jurídica da sociedade); § 6º da Lei das Promissórias e Debêntures (SchuldverschreibungsG) (tutela de direitos dos possuidores de promissórias ou debêntures).
- ⁶² § 10 da Lei da Concorrência Desleal (UWG), 2004.
- ⁶³ Projeto do governo federal para uma Lei sobre Processos Modelos em Conflitos no Mercado de Capital (KapMuG). N. do Tradutor: a lei já está em vigor desde 19 de agosto de 2005.
- ⁶⁴ *Micklitz/Stadler, Das Verbandsklagen in der Informations – und Dienstleistungsgesellschaft*, 2004, com um projeto de lei para regulamentar as ações de grupo, de associações civis e ações modelo (GVMuG).
- ⁶⁵ AndidiskriminierungsG-ADG, Projeto em sua versão de 2005, § 24; sobre a Diretiva da UE que fundamenta essa lei: *Riesenhuber/Frank JZ* 2004, p. 529 e ss.
- ⁶⁶ No processo *Contergan*, no qual uma fundação foi criada para distribuir as indenizações às vítimas, em especial: *Safferling KJ* 34 (2001), 208, 212 fls.
- ^{67 68} Lei para Criação da Fundação *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft* (N. Tradutor: Fundação Memória, Responsabilidade e Futuro) de 02/08/00 (BGBl, I, 1263); sobre a constitucionalidade: BVerfG, 04/01/05, 1 BvR 1804/03.
- ⁶⁹ P. ex., *Em Nazi Era Cases against German Defendants* 198 F.R.D. 429 (D.N.J. 2001); em *Austrian and German Holocaust Litigation*, 250 F3d 156 (2d Cir. 2001).
- ⁷⁰ *Vargts/Murray, ZZPInt* 7 (2002), p. 333 e ss., 386 e ss.
- ⁷¹ Completo sobre o assunto: *S. M. Lipset, American Exceptionalism*, 1996.
- ⁷² Sobre o assunto: *Kagan, Adversarial Legalism*, 2001.
- ⁷³ *R. Freeman, Single-Peaked versus Diversified Capitalism: The Relation between Economic Institutions and Outcomes*, in: *Drèze, Advances in Macroeconomic Theory*, 2001, S. 139 e ss., 162.
- ⁷⁴ P. ex., *Gidi, Class Actions in Brazil – A model for Civil Law Countries*, *The American Journal of Comparative Law* (2003), p. 311 e ss.