

O DIREITO DAS VÍTIMAS DO APARTHEID A REQUERER INDENIZAÇÕES DE CORPORAÇÕES MULTINACIONAIS É FINALMENTE RECONHECIDO POR TRIBUNAIS DOS EUA?

Lindiwe Knutson

1 Introdução

As corporações multinacionais podem ser responsabilizadas por ajudar governos estrangeiros a cometer abusos de direitos humanos? Essa responsabilização indireta deve ser admitida? Argumentos políticos poderiam ser empregados para rejeitar esses casos?

Ao longo da última década, um número crescente de casos apresentados perante cortes norte-americanas alegaram que a maior parte das corporações multinacionais foi cúmplice e se beneficiou de violações de direitos humanos cometidas por agentes de governos estrangeiros¹. Os autores dessas ações fundamentaram-nas, ao menos em parte, na “Lei de Responsabilidade Civil do Estrangeiro” (ATCA) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992)², cujo texto dispõe sobre a possibilidade de cortes norte-americanas julgarem demandas de estrangeiros relacionadas a violações de normas vigentes no direito internacional³.

Uma das mais fascinantes questões em disputa nos litígios de direito internacional de direitos humanos diz respeito à admissibilidade da responsabilidade secundária ou indireta, particularmente, a responsabilidade por auxílio ou participação em violações de direitos humanos. Embora a Suprema Corte ainda não tenha se pronunciado sobre essa matéria (STEPENHNS, 2005, p. 533; ZAHEER, 2003, p. 47), muitas cortes de instâncias inferiores têm sustentado que a responsabilidade por auxílio ou participação é admitida pela ATCA (Lei de Responsabilidade Civil do Estrangeiro)⁴. Entretanto, essas cortes não formularam uma doutrina clara sobre essa matéria, deixando em aberto as discussões sobre a

Ver as notas deste texto a partir da página 203.

admissibilidade, a definição e a indicação da legislação aplicável a esses casos, se o direito costumeiro no âmbito doméstico federal ou se o direito internacional.

Em 8 de abril de 2009, no caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a)⁵, geralmente referido como caso *Khulumani*, a Juíza Shira Scheindlin da Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova York, em um parecer de 144 páginas, revogou o indeferimento de ações por danos civis, fundamentadas na ATCA, cujos autores eram cidadãos da África do Sul. Em suas alegações, acusaram a Ford, a General Motors, a IBM, a Fujitsu Ltda., o Barclays National Bank Ltda. e o Union Bank of Switzerland de auxiliar e participar de crimes de tortura e de outras atrocidades cometidas pelo regime do Apartheid (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 28)⁶.

O caso *Khulumani* e o debate altamente técnico que o circunda ilustra a complexidade da tarefa com a qual os juízes se deparam quando os litígios envolvem autores estrangeiros, corporações multinacionais, governos nacionais e estrangeiros, e direito internacional e doméstico. Esses casos exigem que os tribunais conciliem o dever de promover justiça com o de não interferir nas decisões do Executivo e nas diretrizes de política externa, a fim de preservar a separação dos poderes (NEMEROFF, 2008, p. 286).

Defende-se que formulação de uma doutrina clara e precisa sobre a responsabilidade por auxílio e participação baseada na ATCA facilitaria a fundamentação das sentenças sobre essa matéria, bem como orientaria as vítimas a estruturar e a avaliar a pertinência de suas reivindicações. Além disso, ela funcionaria também para disseminar entre as empresas multinacionais e norte-americanas a mensagem de que essas empresas estão sujeitas à responsabilização judicial indireta, e em que bases essa responsabilização poderá ser imposta (NEMEROFF, 2008, p. 286).

O presente artigo pretende examinar essa questão à luz da decisão mais recente sobre o caso *Khulumani*, proferida pela juíza Scheindlin, defendendo a tese de que a responsabilidade por auxílio e participação é admissível, necessária e desejável para contribuir para “assegurar que as leis se aplicam ao comportamento de atores não-estatais em um mundo onde, mais do que nunca, eles têm o poder e alguma vezes o interesse, de permitir violações em massa dos direitos humanos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a). Argumentar-se-á ainda que as alegações contrárias ao reconhecimento dessa responsabilidade sustentadas pela administração Bush e pelo governo sul africano de Mbeki são equivocadas, ilógicas e danosas e que, sem a ameaça da responsabilidade nos termos da ATCA, as companhias não enfrentam qualquer consequência por auxiliar ou participar de abusos que a política externa dos Estados Unidos alega combater.

A Parte II apresenta um breve resumo sobre a origem e a evolução da ATCA, focando na admissibilidade da responsabilização por auxílio e participação e seu uso contra corporações nas cortes dos Estados Unidos.

A Parte III trata do arcabouço legal envolvendo o caso *Khulumani* e da mais recente decisão da Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova York. Essa decisão reconstituiu a tese contrária à da administração Bush que, de um lado, considerou que a potencial imputação de responsabilidade por auxílio e participação poderia desencorajar investimentos nos países em desenvolvimento e, de outro,

alinhou-se ao argumento do governo Sul Africano de Mbeki, segundo o qual o julgamento dessa questão em cortes norte-americanas violava a soberania nacional.

A Parte IV deste artigo examina o nível de “deferência judicial” exigido quando os governos apresentam argumentos políticos como fundamento de suas alegações. Serão expostas as doutrinas da “deferência judicial”, da “questão política”, e da “não-interferência na esfera internacional”, tendo em vista sua aplicação a casos previstos pela ATCA; além disso, será comentada a posição da Juíza Scheindlin de que o caso *Khulumani* não deve ser indeferido com base naquelas doutrinas.

A Parte V deste artigo avalia como as cortes norte-americanas costumam tratar as alegações judiciais apresentadas pelo Poder Executivo e defende a adoção de uma análise mais substantiva do indeferimento das teses da “questão política”, do “investimento estrangeiro” e da “soberania” nesses casos. Esse tipo de análise tem por objetivo ir além do exame fático do pedido, avaliando implicações legais práticas e mais amplas que o reconhecimento da responsabilização das empresas poderia ter. Dessa forma, espera-se demonstrar que a responsabilização por auxílio e participação na violação dos direitos humanos, nos termos da ATCA, beneficia, ao invés de prejudicar, a política externa norte-americana e os investimentos estrangeiros, além de não comprometer o respeito ao princípio da soberania. Essa análise revela, por fim, que a responsabilização por auxílio e participação, com base na ATCA, funciona como uma ferramenta necessária e valiosa.

A Parte VI trata da recente repercussão do parecer da Juíza Scheindlin, que gerou uma drástica reviravolta nas posições defendidas por ambos os governos. Em setembro de 2009, o governo sul africano submeteu uma carta à Corte Distrital sugerindo apoio ao litígio. Similarmente, em novembro de 2009, o governo dos Estados Unidos submeteu um *amicus* à Corte de Apelação da Segunda Circunscrição defendendo o indeferimento do recurso do réu. Por fim, serão esboçadas algumas conclusões sobre o significado dessas mudanças de posição para o caso *Khulumani*, em particular, bem como sua eventual contribuição para o desenvolvimento de uma doutrina sobre a responsabilização por auxílio e participação em violações de direitos humanos. O artigo é concluído com um resumo sobre o potencial sucesso da doutrina no futuro, enfatizando o impacto que a decisão no caso *khulumani* poderá ter sobre isso.

2 Origem da ATCA

A ATCA foi promulgada em 1789 e permaneceu praticamente inutilizada por quase duzentos anos até 1980 (BRADLEY, 2002, p. 588)⁷. O caso *Filartiga v Pena-Irala* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1980, p. 887)⁸ foi o primeiro a recorrer à ATCA para responsabilizar violadores de direitos humanos por tortura e assassinato por meio de ações cíveis contra “delito... cometido em violação à lei das nações”. No entanto, seu uso contra réus corporativos somente foi admitido em 1997 por uma corte distrital no caso *Doe I v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997). Os autores da ação eram os moradores de Burma, que acusaram a *Unocal* de cumplicidade com violações em massa de direitos humanos, tais como estupro e tortura, cometidas pelo exército de Burma, quando encarregado de assegurar a implementação do projeto de gasoduto para gás natural na região (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 729-732)⁹. Esse caso abriu caminho para

ações similares contra réus corporativos em cortes federais e distritais, nas quais os autores da ação pediam a condenação dos réus por responsabilidade indireta¹⁰.

Finalmente, em 2004, a Suprema Corte dos Estados Unidos referiu-se à ATCA no caso *Sosa v. Alvarez-Machain* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, doravante *Sosa*). A Corte confirmou os casos precedentes ao decidir que a ATCA seria aplicável às violações das normas internacionais “específicas, universais e obrigatórias” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004 a, p. 732). A Corte acrescentou ainda que “conseqüências práticas” dos casos poderiam ser levadas em conta na “determinação se uma norma seria ou não específica o suficiente para fundamentar uma dada causa de pedir” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 732-733). Foi observado, porém, em uma nota de rodapé, que uma “possível limitação” da aplicação da ATCA justificar-se-ia “nos casos em que a deferência ao poder político” é necessária para evitar interferências na política externa norte-americana (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 733, nota de rodapé n. 21)¹¹. Lamentavelmente, a Corte não julgou se a lei abarcava especificamente a responsabilidade por auxílio e participação à violação de direitos humanos.

Muitas cortes têm sustentado que a responsabilização das empresas por auxílio e participação em violações de direitos humanos pode ser fundamentada na ATCA. No entanto, ainda é preciso elaborar uma doutrina que defina e estabeleça as condições dessa responsabilização. Essa, porém, não é a intenção deste artigo. Seu objetivo restringe-se à elaboração de um breve resumo capaz de elucidar as posições defendidas pela Juíza Scheindlin.

Em relação à base legal para a responsabilização por auxílio e participação em violações de direitos humanos, as divergências residem, de um lado, na adoção do direito costumeiro doméstico no âmbito federal ou do direito internacional e, de outro, na própria pertinência dessa discussão sobre a aplicação do direito costumeiro ou do direito internacional (BRADLEY; GOLDSMITH; MOORE, 2007, P. 120). A Suprema Corte gerou incertezas ao dispor que as ações no âmbito da ATCA são regidas pelo direito costumeiro federal ao mesmo tempo em que relacionou sua admissibilidade à violação de uma norma de direito internacional “específica, universal e obrigatória” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 729-732). A juíza Scheindlin, reconhecendo essa ambigüidade, interpretou a decisão da Suprema Corte como uma defesa da aplicação do direito internacional, e não do direito costumeiro federal, tanto nos casos de responsabilidade por “ofensas substantivas” como na definição “dos contornos da responsabilidade secundária”¹². Alguns autores argumentam que as cortes devem aplicar o direito internacional aos casos regidos pela ATCA de forma cautelosa e complementar (DHOOGHE, 2009, p. 280).

Em relação à *definição* da responsabilização por auxílio e participação, a questão é se o elemento subjetivo ou mental deve ser o “conhecimento” ou a intenção. A ambigüidade da lei é evidenciada pelo fato de três juízes da Corte da Segunda Circunscrição terem adotado posições diferentes em relação a essa questão¹³. A posição do Juiz Hall, que considera o “conhecimento” da violação suficiente para a caracterização da responsabilidade, tem sido considerada mais favorável à responsabilização, enquanto o parecer do Juiz Katmann, que exige intencionalidade, costuma ser apontado como um empecilho para a produção da prova da responsabilidade e, por isso, um desestímulo

ao ajuizamento de ações contra corporações que comercializam e negociam nos países onde são praticadas violações de direitos humanos (NEMEROFF, 2008, p. 283-284). A Juíza Scheindlin, por sua vez, observou que o “conhecimento” da violação de direitos humanos é suficiente para caracterizar a responsabilidade na maior parte das normas de direito internacional¹⁴. Ela assinala que, na ausência de uma fonte jurídica que exija intencionalidade específica, o direito internacional costumeiro pressupõe que “um auxiliador ou um partícipe” esteja ciente de que suas ações irão substancialmente auxiliar o perpetrador a cometer um crime ou um ilícito civil “contrário ao direito das nações”, e conclui que essa regra deve ser adotada em decisões sobre imputação de responsabilidade por auxílio e participação nos termos da ATCA¹⁵.

3 Arcabouço legal envolvendo o caso *Khulumani*

A seção anterior comentou a história de litígios baseados na ATCA, destacando as divergências acerca da responsabilização por auxílio e participação. A presente seção, por sua vez, tem por objetivo resumir o arcabouço legal para o caso *Khulumani*, bem com argumentar contra a concepção de responsabilidade inicialmente defendida pelos governos dos Estados Unidos e da África do Sul.

O caso *Khulumani* foi originalmente composto por dez ações ajuizadas por três grupos de autores contra cerca de cinquenta bancos multinacionais e empresas que mantinham negócios com o governo do Apartheid. Os autores fundamentaram suas petições na ATCA, na Lei de Proteção das Vítimas de Tortura e na Lei contra Organizações Extorsivas e Corruptas¹⁶. Suas alegações podem ser sintetizadas da seguinte forma: os réus sabiam das políticas racistas do governo do Apartheid e das violações de direitos humanos que estavam sendo praticadas e, apesar disso, tinham negócios com esse governo. Os réus lucraram com a mão de obra barata e forneceram ao governo recursos como tecnologia, petróleo, dinheiro, e veículos que eram usados para manter e reforçar as políticas do Apartheid. Sem a participação dos réus, alegaram os autores, o Apartheid teria terminado mais cedo e os autores da ação não teriam sofrido algumas ou mesmo nenhuma das injustiças de que foram vítimas¹⁷.

Em 2004, as ações foram consolidadas perante o Juiz John E. Sprizzo da Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova York, que as indeferiu e, contrariamente a uma significativa gama de precedentes, sustentou que a ATCA não previa a responsabilização por auxílio e participação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 550). Os autores apelaram à Corte da Segunda Circunscrição que, por sua vez, anulou parcialmente o indeferimento da aplicabilidade da ATCA, decidindo que a responsabilização por auxílio e participação pode ser postulada de acordo com a ATCA, permitindo, assim, que a ação prosseguisse¹⁸. Os réus apelaram à Suprema Corte dos Estados Unidos, que proferiu sua decisão em 12 de maio de 2008 ratificando a decisão da Corte da Segunda Circunscrição (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008). A ratificação da sentença decorreu da declaração de suspeição de quatro Ministros e da conseqüente falta de quorum para uma nova decisão¹⁹.

A Suprema Corte ratificou a decisão da Corte da Segunda Circunscrição, ou seja, considerou a ação procedente objetando a aplicabilidade das doutrinas da “questão política” e da “não-interferência na esfera internacional” ao caso. Além disso, a Corte

da Segunda Circunscrição orientou a Corte Distrital a examinar essas doutrinas tendo em vista a reformulação das ações²⁰. Perante a Corte Distrital, porém, os réus novamente evocaram essas doutrinas, mas dessa vez o fizeram juntamente com os governos dos Estados Unidos e da África do Sul²¹. A tese do governo norte-americano era, em suma, a de que a responsabilização por auxílio e participação desestimularia investimentos nos países em desenvolvimento, conflitando com a política externa do “engajamento construtivo”. O governo sul-africano, por sua vez, sustentou que o litígio infringiria a soberania de seu país e desencorajaria investimentos estrangeiros. Ambas as teses serão expostas nos itens seguintes.

3.1 A alegação do governo dos Estados Unidos

Em 2003, sob a administração Bush, o Departamento do Estado alertou a Corte Distrital de que “o constante ajuizamento da matéria acima referida implica potencialmente o risco de trazer sérias conseqüências adversas para interesses significativos dos Estados Unidos”²². Argumentou também que a África do Sul é “evidentemente a representante das vítimas do regime do Apartheid [e] é a única encarregada, por um mandato popular, de lidar com o legado do Apartheid (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a). Por fim, sustentou que esse litígio inibiria investimentos estrangeiros na África do Sul e em outros países em desenvolvimento, investimentos esses que representariam objetivos centrais da política externa norte-americana do “engajamento construtivo” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 a).

De maneira semelhante, o governo dos Estados Unidos argumentou em sede de *amicus*, apresentado perante a Corte da Segunda Circunscrição, que “uma das conseqüências práticas da adoção da tese da responsabilização por auxílio e participação, nos termos da ATCA, seria gerar incertezas que poderiam, em alguns casos, comprometer a capacidade dos Estados Unidos de implementarem plenamente as diretrizes de sua política externa na relação com governos que adotam práticas de direitos humanos opressivas. Uma dessas diretrizes é a promoção de um intenso engajamento econômico com a África do Sul com o objetivo de estimular mudanças e intensificar a influência norte-americana no país. Mas, segundo o governo dos Estados Unidos, esse engajamento econômico poderia ser comprometido por incertezas em relação à sujeição das corporações à responsabilidade privada produzidas por sentenças de juízes federais de primeira instância que acatassem a tese da responsabilização por auxílio e participação²³.”

3.2 As alegações do governo sul africano

Em 2003, o ex-presidente Thabo Mbeki, em uma declaração pública, afirmou: “consideramos completamente inaceitável o fato de que assuntos que são centrais para o futuro do país sejam julgados em tribunais estrangeiros, os quais não têm nenhuma responsabilidade pelo bem estar do país e pela observância dos preceitos presentes na nossa Constituição acerca da promoção da reconciliação nacional”²⁴. O ex-presidente afirmou ainda que o litígio representaria uma ingerência indevida

no “direito soberano de determinar, de acordo com a política interna e a ordem constitucional, o modo como lidar com o legado do Apartheid (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 a, p. 91). Pouco depois, Penuell Maduna, então Ministro da Justiça, afirmou, em seu depoimento perante a Corte Distrital norte-americana, que o litígio desencorajaria investimentos estrangeiros na África do Sul e que a Corte deveria indeferir o caso, pois, do contrário, interferiria no esforço de uma soberania estrangeira de lidar com assuntos nos quais tem interesse predominante²⁵.

3.3 A petição da “Comissão da Verdade e da Conciliação” (TRC)

Os argumentos desenvolvidos pelo governo sul africano não foram corroborados pelos membros da Comissão TRC. O presidente da TRC, Desmond Tutu, apresentou um *amicus curiae* perante a Corte da Segunda Circunscrição afirmando o seguinte: “não há absolutamente nada no processo ou nos objetivos da Comissão ou em sua busca de uma reconciliação abrangente, relacionados à busca da verdade, que seria obstado por esse litígio. Ao contrário, esse litígio é inteiramente consistente com essas políticas e com os posicionamentos da Comissão. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 94). Isto porque, nada no Estatuto da Comissão ou em seus relatórios sugere, explícita ou implicitamente, que houvesse sido concedida anistia às corporações. O Ato da Promoção da União Nacional e da Conciliação n. 34 de 1995, que instituiu a “Comissão da Verdade e da Reconciliação”, estabeleceu em seu preâmbulo que poderiam se beneficiar da anistia apenas “pessoas que fazem importantes revelações”. As corporações, portanto, não estão qualificadas para usufruir ou demandar essa anistia (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 95). À luz disso, a Comissão concluiu, em seu relatório final, que os mecanismos de anistia da Comissão não se aplicam ao ramo empresarial (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a)²⁶.

4 Considerações políticas como justificativa do indeferimento

Esta seção avalia se, e em que bases, os argumentos mencionados acima são válidos e se esses argumentos políticos devem precluir definitivamente a responsabilização por auxílio e participação fundamentada na ATCA. Essa questão coube à juíza Scheindlin decidir. Sua tarefa era complexa, uma vez que implicou lidar com assuntos relacionados à relação entre o direito internacional e o doméstico, bem como com a relação entre os Poderes Judiciário e Executivo. As dificuldades tornaram-se ainda maiores quando o Executivo peticionou solicitando o indeferimento do caso ou expressando sua desaprovação. As ações do caso *Khulamani* comentadas acima são exemplos dessa situação. As Cortes tiveram de lidar com a questão de como tratar petições do Executivo em litígios sobre direitos humanos, respaldando-se principalmente na doutrina da “questão política” e, em menor escala, nas doutrinas da “não-interferência na esfera internacional” e em teorias do Estado²⁷. Ao aplicar essas doutrinas, o tribunal teve de conciliar a preservação da independência do judiciário com a devida deferência à alegação do Executivo, mantendo-se atento para não “comprometer o equilíbrio da balança de poder” (STEPHENS, 2004, p. 170). A seção seguinte irá, primeiramente, apresentar as doutrinas da “questão

política” e da “não-interferência na esfera internacional”, interpretadas no contexto dos litígios fundamentados na ATCA e, em seguida, comentará a posição da juíza Scheindlin em relação à aplicação dessas doutrinas ao caso *Khulumani*.

4.1 Deferência e a doutrina da “questão política”

A doutrina da “questão política” tem por objetivo preservar a separação de poderes, devendo ser evocada quando “uma corte indefere um caso que lida com assuntos pertencentes aos ramos “políticos” do governo (BAXTER, 2006, p. 826). A Suprema Corte, no caso *Backer v. Carr* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962), afirmou que a aplicabilidade dessa doutrina envolve uma averiguação “caso a caso” sobre o preenchimento de ao menos uma das seis condições exigidas²⁸. No caso *Kadic v. Karadzic* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1995, p. 249)²⁹ foi decidido que as primeiras três condições seriam dispensáveis em litígios que lidassem com o direito internacional, mas que os requisitos restantes seriam exigíveis quando o impacto do litígio nas relações internacionais precisasse ser avaliado (SUTCLIFFE, 2009, p. 301). A Corte concluiu que o argumento do Executivo acerca do impacto do litígio na condução das relações internacionais preenche ao menos uma das condições exigidas, confirmando, assim, a pertinência da aplicação da doutrina da “questão política” ao caso. Apesar de a Suprema Corte ter ponderado que “nem todo caso ou controvérsia relacionado a questões de política externa esteja fora do alcance do Judiciário” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962, p. 211), as cortes de instâncias inferiores, num primeiro momento, aplicaram automaticamente a doutrina da “questão política” quando o Executivo apresentava alegações contrárias à procedência da ação. O primeiro caso baseado na ATCA no qual foram analisadas alegações do Poder Executivo foi o caso *Sarei v. Rio Tinto* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002b, p. 1208-1209)³⁰; nesse caso o a Corte Distrital indeferiu todas as reivindicações dos peticionários com base na doutrina da “questão política”. Deferências das cortes à posição do Executivo (como no caso *Sarei v. Rio Tinto*) têm sido atribuídas à falta de jurisprudência sobre essa matéria e às condições vagas e ambíguas exigidas no caso *Baker v. Carr* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962; BAXTER, 2006, p. 836).

Em resposta ao crescente número de casos no âmbito da ATCA e à ambigüidade acerca do tratamento adequado das alegações apresentadas pelo Poder Executivo nesses litígios, a Suprema Corte procurou oferecer alguma orientação. Primeiramente, no caso *República da Áustria v. Altmann* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004d, p. 701-702), a Corte distinguiu entre “questões de direito” e “questões políticas”, afirmando que questões de interpretação legislativa “não merecem nenhuma deferência especial”. Apenas as alegações do Executivo referentes à política externa “devem ter direito à deferência” [ênfase da autora]. Em segundo lugar, em *Sosa v. Alvarez-Machain* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a), a Corte apontou duas possíveis limitações à aplicação da ATCA, uma delas envolvendo uma “questão de direito”, e outra envolvendo uma “questão política”. A limitação referente à “questão de direito” diz respeito ao fato de a identificação da norma que fundamenta uma causa de pedir (isto é, de uma norma referente a um ato ilícito que viole o direito internacional costumeiro) envolver “avaliações sobre as conseqüências práticas tangentes à admissibilidade da

causa, ou seja, “se a norma é suficientemente específica para fundamentar uma causa de pedir” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 732-733). A limitação de natureza política, por sua vez (conforme mencionado na nota de rodapé 21), refere-se à exigência de uma “deferência especial ao poder político” em certos casos, e à “especial atenção que as cortes devem conferir à posição do Executivo acerca do impacto do litígio na política externa”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004 a, nota de rodapé 21). No entanto, deve ser assinalado que em ambos os casos a questão da deferência não é uma matéria de competência da Corte, de modo que suas declarações não são vinculantes para as cortes de instâncias inferiores.

Ao distinguir dois tipos de restrição ao uso da ATCA, a Suprema Corte contribuiu para consolidar a idéia de que os tribunais, e não o Executivo, são competentes para julgar “questões de direito”; além de ter corroborado a tese de que a aplicação da doutrina da “questão política” não deve ser automática. No entanto, a Suprema Corte não forneceu nenhuma orientação aos tribunais de instâncias inferiores sobre como proceder em julgamentos dessa natureza.

A juíza Scheindlin fez três comentários a esse respeito: “primeiro, a nota de rodapé 21 [da decisão] apenas define diretrizes referentes à necessidade de deferência a assuntos de política externa; ela não ordena o indeferimento sumário...; [s]egundo, a deferência ao Executivo não é devida em qualquer caso, devendo a corte examinar cuidadosamente a posição do Executivo tendo em vista o impacto do litígio na política externa; [t]erceiro, deferência não implica delegação, as posições do Poder Executivo – mesmo quando a deferência é devida- são apenas um fator a ser considerado, não são, portanto, vinculantes (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 99). Além disso, “juízes não devem invocar essas doutrinas a fim de evitar decisões difíceis e de, algum modo, delicadas no contexto dos direitos humanos” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 102)³¹.

De acordo com a decisão no caso *Baker v. Carr* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962), as cortes têm, mais recentemente, considerado aquelas doutrinas relevantes apenas nos casos “em que a decisão judicial confrontaria medidas políticas adotadas anteriormente e nos quais esse confronto interferiria com interesses governamentais importantes” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 100)³². Conforme foi observado pela juíza Scheindlin, as cortes têm evitado a aplicação automática da doutrina da “questão política”, preferindo examinar a argumentação do Executivo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 102). Ao adotar essa orientação, as cortes passaram a indeferir contestações do Executivo “muito vagas e especulativas, não suficientemente rigorosas e que não têm o nível de especificidade exigido para justificar... o indeferimento com base na política externa” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a)³³.

4.2 A doutrina da não-interferência na esfera internacional

A doutrina da não-interferência na esfera internacional tem tido interpretações distintas em diferentes contextos e, por isso, é difícil de ser definida (RAMSEY, 1988, p. 893). No âmbito dos litígios da ATCA, a doutrina é geralmente entendida como “o reconhecimento que uma nação confere, em seu território, aos atos do

Executivo, do Legislativo e do Judiciário de outra nação que estejam de acordo com os deveres e interesses internacionais, bem como com os direitos de seus cidadãos e de outras pessoas que estejam sob a proteção de suas leis” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 103)³⁴. Em sentido estrito, a doutrina adotada na ATCA somente justifica o indeferimento daqueles atos de governos estrangeiros quando “existe um real conflito entre o direito norte-americano e o direito da jurisdição estrangeira sendo analisada” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 104)³⁵. Essa interpretação restritiva da doutrina tem sido flexibilizada desde que as cortes, além de avaliar a possibilidade de conflito, passaram a examinar o grau da ofensa à soberania estrangeira, as medidas adotadas pelo governo estrangeiro para solucionar a violação em questão, bem como o interesse dos Estados Unidos no assunto em debate (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009, p. 104-105). Entendida desse modo, a aplicação da doutrina torna-se discricionária, exigindo dos tribunais, ao julgar a admissibilidade de uma ação, análises que considerem tanto os interesses da nação estrangeira quanto os da comunidade internacional (RAMSEY, 1988, p. 894).

A “questão política” e a doutrina da “não-interferência na esfera internacional” diferem porque a primeira procura preservar a separação de poderes, enquanto a segunda foca mais diretamente nas relações internacionais. Entretanto, ambas têm sido utilizadas de modo similar na análise do impacto de ações judiciais nas relações internacionais (SUTCLIFFE, 2009, p. 326).

Os comentaristas que defendem a flexibilização da doutrina da “não-interferência na esfera internacional” e do “teste do equilíbrio” que dela decorre, argumentam que essa tese deve nortear a aplicação da doutrina da “questão política”, de modo a evitar deferências precipitadas e indevidas às demandas do Poder Executivo.

4.3 A aplicação das doutrinas pela Suprema Corte americana

No caso *Khulumani*, a questão sendo analisada pela Suprema Corte americana era se a doutrina da “questão política” e a doutrina da “não-interferência na esfera internacional” deveriam levar ao indeferimento da ação à luz das alegações apresentadas pelos governos dos Estados Unidos e da África do Sul. A Juíza Scheindlin afirmou que a doutrina da “questão política” não justificava o indeferimento da ação por três razões. Primeiro, as ações não contradizem a política externa norte-americana a ponto de “interferir em importantes interesses governamentais”. Dessa forma, as últimas três condições do caso *Baker v. Carr* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962) não estão presentes (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 105). Segundo, as ações não desafiaram o domínio político da estratégia do “engajamento construtivo” com a “era apartheid” na África do Sul, tampouco sustentaram que a responsabilidade dos réus decorresse de seu alinhamento com essa política (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 105). Terceiro, o argumento do governo norte-americano teria invocado automaticamente a doutrina da “questão política”; além de ter-se baseado na falsa premissa de que os autores teriam fundamentado a responsabilidade dos réus na doutrina do “comércio injusto” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 105). Por essas razões, a juíza Scheindlin concluiu que as alegações dos réus exigiam “uma deferência consideravelmente menor”.

De outro lado, para evitar o indeferimento, os autores tiveram que defender que “os réus assistiram substancialmente” as violações do direito das nações e que “sabiam que sua assistência era substancial”, uma vez que o mero engajamento no comércio não implica responsabilização (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 106). A responsabilização, devidamente entendida como decorrente do ato de “prover intencionalmente assistência substancial a violações do direito das nações”, somente comprometeria a política externa caso tivesse verdadeiramente inibido investimentos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 106-107). No entanto, nenhuma prova nesse sentido foi apresentada (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 107)³⁶.

Finalmente, foi assinalado que o caso não envolveu alegações contra políticas adotadas pelo governo norte-americano, uma vez que “o governo dos Estados Unidos, em nenhum momento, instruiu ou autorizou a conduta dos réus e que “a resolução do caso não requer que este tribunal julgue a política do “engajamento construtivo”, nem tampouco o relacionamento dos Estados Unidos com a África do Sul durante a época do Apartheid (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 108)³⁷. Portanto, a “doutrina da questão política” não justifica o indeferimento do processo.

A juíza acrescentou ainda que a doutrina da “não-interferência na esfera internacional” não oferece a base política para o indeferimento da ação devido à “ausência de conflito entre este litígio e os processos da Comissão da Verdade e da Reconciliação” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 109-110). Não há conflito porque, em primeiro lugar, os réus não se apresentaram à Comissão da Verdade e da Reconciliação, em segundo, por não figurarem entre os potenciais beneficiários da anistia e, finalmente, porque a África do Sul jamais afiançou políticas de imunidade absoluta a corporações (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 109-110). Decidiu, por fim, que não haveria obstáculos à imputação de responsabilidade civil nesse caso, uma vez que o relatório da própria Comissão corrobora a possibilidade de as empresas serem julgadas, em fóruns externos à Comissão, por auxílio e participação em violação de direitos humanos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 109-110). Além disso, nem os réus nem tampouco o governo sul-africano “reconheceu a existência de um fórum adequado na nação contestada” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 109-110). Finalmente, a juíza sustentou que o litígio não se opôs aos objetivos da Comissão e, assim sendo, o indeferimento da ação seria equivocado mesmo na hipótese de ausência de um fórum alternativo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 109-110). A juíza Scheindlin concluiu que “os propósitos da Comissão e os do presente processo estão alinhados: ambos buscam revelar a verdade acerca de crimes do passado e enfrentar seus perpetradores” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 109-110). Portanto, a “doutrina do não-interferência na esfera internacional” não justifica o indeferimento do processo.

Considerando que nenhuma dessas doutrinas serve de base para o indeferimento, a Juíza Schiendlin decidiu que as posições dos governos dos Estados Unidos e da África do Sul não eram procedentes (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 111).

5 A avaliação das alegações do Executivo

A decisão da Juíza Scheindlin no sentido de indeferir a posição do Executivo forma parte de uma tendência crescente nas cortes norte-americanas, particularmente nos litígios no âmbito da ATCA (STEPHENS, 2008, p. 773). Desde o caso *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997), o primeiro caso a permitir o uso da ATCA contra corporações, aproximadamente cinquenta casos com base na ATCA contra réus corporativos foram ajuizados (STEPHENS, 2008, apêndix B). A administração Bush ajuizou *amici curiae* em dez desses casos, alegando que esses litígios comprometeriam a política externa norte-americana (STEPHENS, 2008, p. 773-774, apêndix C)³⁸. Oito dessas objeções foram recebidas pela Corte³⁹. Em apenas dois casos o argumento da política externa foi aceito como justificativa para indeferir o processo⁴⁰.

Essa tendência revela que, a despeito da abordagem historicamente condescendente com as alegações do Executivo, no contexto dos litígios da ATCA a corte norte-americana tem deferido quase todos os casos apesar dos argumentos de que tais casos interfeririam na política externa ou que inibiriam investimentos. Essa mudança indica que os tribunais não consideram as objeções do Executivo razoáveis ou convincentes. As razões para a sua rejeição incluem solicitações indevidas de deferência, prevenção infundada contra danos, pretensão econômica sem fundamento e visível inclinação em favor das corporações (STEPHENS, 2008, p. 802).

Muitos tribunais focaram sua análise no texto das próprias alegações do Estado, a fim de averiguar sua correção, especificidade, bem como as provas produzidas⁴¹. Em defesa dessa abordagem, alguns comentaristas argumentaram que os tribunais estão imbuídos do dever constitucional de examinar a credibilidade das alegações factuais do Executivo, bem como de rejeitá-las quando não estiverem fundamentadas em provas (STEPHENS, 2004, p. 170). Outros sustentaram que essa posição pode ser problemática, uma vez que as cortes são mal equipadas tanto para fazer investigações factuais como para avaliar a correção de decisões políticas em razão de seu acesso limitado a provas, o que as torna vulneráveis à manipulação (SUTCLIFFE, 2009, p. 315). Nessa perspectiva, o julgamento focado exclusivamente na validade fática e na especificidade da contestação judicial é indesejável e superficial. De fato, a posição da Suprema Corte no sentido de que as alegações do Executivo necessitam ser “ponderadas” implica que uma gama de fatores, e não apenas a contestação em si, deve ser levada em conta.

Em relação a isso, alguns comentaristas argumentaram que o problema reside no fato de a “doutrina da questão política” ser muito limitada e vaga para funcionar como parâmetro de julgamento das alegações do Executivo. Por isso, esses autores defendem que as cortes devam formular “um teste mais fluido e equilibrado” (SUTCLIFFE, 2009, p. 320). Múltiplas diretrizes ou critérios para julgar se a contestação merece deferência foram propostos. Um deles é o de que “a fim de ser considerada procedente, a contestação da administração deve: (1) articular os interesses políticos relevantes; (2) explicar como o litígio poderia prejudicar esses interesses; (3) relacionar o prejuízo previsto a uma das doutrinas reconhecidas sobre a justiciabilidade da política externa; e, finalmente, (4) oferecer explicações razoáveis, formulando conclusões bem fundamentadas e apoiadas em fatos” (STEPHENS, 2008, p. 775).

Embora essa discussão doutrinária esteja além do escopo deste artigo, a

próxima seção levará essa crítica em conta a fim de efetuar uma análise mais substantiva do fracasso do argumento da política externa, do investimento estrangeiro e da soberania na justificação do indeferimento dos processos fundamentados na ATCA. Essa abordagem vai além da análise das contestações propriamente ditas e explora algumas das implicações jurídicas e práticas da responsabilidade por auxílio e participação. Desse modo, torna-se evidente como são equívocos e desarrazoados os argumentos contrários a essa forma de responsabilização.

5.1 O argumento de que a responsabilidade comprometeria a política externa americana

O argumento consiste na idéia de que a mera previsão da responsabilidade por auxílio e participação inibe investimentos em países estrangeiros o que, conseqüentemente, compromete a implementação da política externa americana do “engajamento construtivo”. A fim de avaliar os méritos desse argumento, bem como a pertinência de sua rejeição, é necessário delinear o modelo do “engajamento construtivo” e examinar o efeito que a responsabilidade por auxílio e participação surtiria sobre ele.

O modelo é baseado principalmente na idéia de que investimentos estrangeiros de empresas em países governados por regimes repressivos estimulam reformas e promovem a democracia e os direitos humanos⁴². O modelo é bastante controverso, tendo gerado muitos debates que estão além do escopo deste artigo. Mas o fato é que estudos empíricos apontam em direções contrárias; de um lado estão os que concluíram que, em alguns casos, o “engajamento construtivo” e os investimentos têm produzido efeitos opostos aos esperados, intensificando e encorajando condutas repressivas (FORCESE, 2002, p. 10-17); de outro lado, estão estudos cujos resultados sugerem uma estreita associação entre investimentos estrangeiros e um maior respeito por direitos civis e políticos (RICHARDS, 2001, p. 231-232).

O relevante nesse caso é que, uma vez que a promoção da liberdade e da democracia seja um dos objetivos do “engajamento construtivo”, uma empresa que auxilia ou participa de violações de direitos humanos afronta o modelo e promove os mesmos abusos que supostamente pretende erradicar. Além disso, empresas cúmplices em violações de direitos humanos podem ter significativos interesses jurídicos e econômicos em manter ou apoiar regimes opressivos, de modo que sem que a ameaça da punição funcione como incentivo para estimular reformas, a conduta dessas corporações pode permanecer impune.

Em vista disso, a responsabilidade por auxílio e participação poderia ser usada como ferramenta para assegurar que as corporações individuais, que desafiam a política do “engajamento construtivo”, sejam consideradas responsáveis. Isso contribuiria ainda para encorajar as empresas a conduzirem seus negócios de modo a promover os objetivos da democracia e dos direitos humanos em geral. Por isso, a responsabilização por auxílio e participação poderia, de fato, ao invés de comprometer, estimular o modelo; por isso, o argumento do governo norte-americano não se sustenta.

O comentarista Richard Herz apresentou argumentos similares acrescentando outras inconsistências. Primeiramente, o governo dos Estados Unidos parece aplicar um “critério duplo” ao criticar regimes opressivos ao mesmo tempo em que protege empresas que

auxiliam e participam de abusos cometidos por esses regimes, e que isso levanta dúvidas acerca do comprometimento do governo em efetuar reformas para o avanço da democracia e dos direitos humanos⁴³. Em segundo lugar, ao proteger empresas da responsabilidade jurídica com base na política externa, o governo pode, de fato, “encorajar ou subsidiar” a cumplicidade com violações de direitos humanos. Isto porque, sem a possibilidade de serem responsabilizadas, as empresas poderiam diminuir custos relacionados à prevenção dessa cumplicidade sem correrem o risco de serem responsabilizadas por isso. Desse modo, essas corporações poderiam ter vantagem competitiva em relação a empresas que se recusam a operar em países com regimes opressivos.

Poderia ser argumentado que o risco de litígio é muito marginal para deter a cumplicidade das corporações com abusos quando lucros econômicos gigantescos estão em jogo. Entretanto, conforme Herz corretamente observa, o argumento do governo norte-americano é o de que o risco da responsabilidade prevista na ATCA seria substancial a ponto de inibir investimentos. Assumindo-se que o risco da responsabilidade seja muito marginal para deter a cumplicidade, a lógica subjacente do argumento do governo cairia por terra. De outro lado, se o risco de um litígio potencial fosse suficientemente substancial para evitar que as corporações fossem cúmplices de abusos cometidos por regimes opressivos, a oposição do governo norte-americano à responsabilidade poderia recompensar e estimular investimentos que corrompem o modelo no qual sua política externa está baseada. Essas inconsistências, conforme assinalado por Herz, constituem uma base adicional convincente para a rejeição das posições defendidas pelo governo norte-americano.

A presente seção demonstrou que a responsabilidade por auxílio e participação poderia promover, ao invés de destruir, a política externa norte-americana. Ao se oporem à responsabilidade, as empresas poderiam ser protegidas e talvez até estimuladas a participar de práticas que colidem com os objetivos do modelo do “engajamento construtivo”. Por essas razões, a Juíza Scheindlin parece estar correta em rejeitar o argumento de que a responsabilidade por auxílio e participação representa uma ameaça à política externa dos Estados Unidos.

5.2 O argumento de que a responsabilidade inibiria investimentos estrangeiros

O argumento é o de que as corporações recusarão oportunidades de investimentos significativas ou desistirão de projetos em andamento por receio de serem consideradas responsáveis por auxílio e participação em violação de direitos humanos. A Juíza Scheindlin concluiu que, uma vez que nenhuma prova foi fornecida para corroborar esse argumento, ele deve ser desconsiderado. Alguns comentaristas têm argumentado que a responsabilidade, além de não inibir, poderia até estimular um crescimento significativo dos investimentos estrangeiros. Joseph Stiglitz, ganhador do prêmio Nobel e ex economista-chefe do Banco Mundial, depositou um parecer junto à corte rejeitando a análise econômica na qual os governos dos Estados Unidos e da África do Sul basearam seus argumentos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 a, p. 88). O economista sustenta que, ao sujeitar as empresas à responsabilização, contribui-se para a confiança no sistema do mercado, cria-se uma ambientação mais

favorável aos negócios e encoraja o crescimento e desenvolvimento da África do Sul⁴⁴. Stiglitz está entre os economistas mais notáveis, por isso sua oposição aos argumentos dos Estados Unidos e da África do Sul funciona como uma importante crítica ao argumento do “investimento estrangeiro”.

A comentarista Beth Stephens argumenta, de modo semelhante, que a responsabilização promoveria, ao invés de inibir, investimentos estrangeiros (STEPHENS, 2008, p. 773). Considerando-se que o simples fato de ter negócios em um país onde são cometidos abusos não implica responsabilização jurídica nos termos da ATCA, o argumento de que a responsabilização inibirá o investimento estrangeiro aplica-se apenas a corporações que auxiliem ou participem de violações das normas internacionais vigentes (STEPHENS, 2008, p. 806). Há também a possibilidade de que essas empresas adotem políticas e procedimentos no sentido de evitar o auxílio e a participação em violações de direitos humanos a fim de continuar investindo no país (STEPHENS, 2008, p. 806). Stephens sustenta que esse tipo de mudança é mais provável do que um decréscimo nos investimentos, uma vez que a maior parte dos casos da ATCA envolve empresas da indústria de extração⁴⁵, que já fizeram grandes investimentos, e que, por isso, são pouco propensas a desistir de seus negócios em função da possibilidade de responsabilização por auxílio e participação (STEPHENS, 2008, p. 806). Em outras palavras, o custo do litígio, comparado com os grandes lucros que as corporações multinacionais estão obtendo, não é significativo a ponto de deter ou diminuir investimentos (STEPHENS, 2008, p. 807).

O argumento não é o de que nenhuma empresa diminuirá seus investimentos; mas sim o de que, presumivelmente, apenas aquelas que adotam práticas de direitos humanos duvidosas irão fazê-lo. Conforme já foi dito, isso promoveria a política do “engajamento construtivo” e dos direitos humanos em geral. Portanto, mesmo se um investimento potencialmente benéfico for contido, isso deve ser ponderado tendo-se em vista os benefícios mais significativos que a responsabilização prevista na ATCA pode promover, ao contribuir para conter o auxílio e a participação em violações de direitos humanos. Em suma, conforme assinalado pelos comentaristas, a coibição de sérios abusos de direitos humanos em razão da adoção da responsabilidade prevista pela ATCA é certamente mais importante do que a possibilidade marginal de uma companhia inocente e benéfica se recusar a investir. Argumenta-se, porém que, desse modo, restam aos tribunais apenas duas opções: o controle menos rigoroso da responsabilização, o que estimularia os investimentos, mas, de outro lado, encorajaria abusos de direitos humanos; ou um controle excessivo que desencorajaria os investimentos onde as corporações correm maior risco de participar de violações de direitos humanos. No entanto, devido à seriedade das ofensas alegadas nos casos da ATCA, a última opção é claramente preferível, mesmo que se admita que nem sempre o estímulo a investimentos encoraje abusos (HOFFMAN; ZAHEER, 2003, p. 81).

A presente seção demonstra não apenas que o argumento do investimento estrangeiro carece de sustentação e de provas, mas sugere também que a responsabilização por auxílio e participação poderia ser usada para encorajar investimentos e crescimento significativos. Por isso, pode-se dizer que a Juíza Scheindlin estava correta ao indeferir o argumento de que a responsabilidade por auxílio e participação desestimularia investimentos estrangeiros.

5.3 O argumento de que a responsabilidade infringe a soberania

Os governos dos Estados Unidos e da África do Sul sustentaram que o litígio desrespeitava a soberania da África do Sul. Esse argumento insere-se na doutrina da “não-interferência na esfera internacional” exposta anteriormente. Conforme sugerido em *Sosa* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a), um tribunal deve considerar se “o exercício da jurisdição subordinada à ATCA é consistente com o respeito à soberania por meio da limitação do alcance e da execução de suas leis, conforme dispõe a doutrina da “não-interferência na esfera internacional” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p.73). Entretanto, de acordo com a Corte da Segunda Circunscrição, no caso *Khulumani*, “embora as posições de nações estrangeiras sejam importantes na doutrina da “não-interferência na esfera internacional”, não se deve considerá-las peremptórias” (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 2007a, p. 265). Em outras palavras, o peso dado às posições dos governos estrangeiros na “doutrina da não-interferência na esfera internacional” não é tão significativo quanto o peso dado às posições do Executivo dos Estados Unidos na doutrina da “questão política”. De outro lado, o argumento de que os juízes devem tomar cuidado para não prejudicar o legítimo processo legal e político aparece com mais força em casos como *Khulumani*, no qual um governo democraticamente eleito decide não permitir responsabilizações similares no âmbito doméstico.

O ponto fatal no argumento da soberania corresponde ao fato de que a conduta que será julgada é a do réu corporativo e não a do representante da soberania. Em seus argumentos, ambos os governos não apreciaram adequadamente essa distinção e, desse modo, confundiram o argumento da extraterritorialidade com a doutrina da não-interferência na esfera internacional (KEITNER, 2008, p. 101). Considerando-se que as ações fundamentadas na ATCA buscam a responsabilização das empresas como cúmplices, e não a punição dos representantes da soberania, o litígio não infringe diretamente a soberania prevista na “Lei da Imunidade da Soberania Estrangeira” de 1976 (KETNER, 2008). Finalmente, embora um agente de um governo estrangeiro pudesse estar protegido pela imunidade prevista por essa lei, os tribunais não podem ser privados de sua jurisdição em relação a réus corporativos, com base nessa doutrina, uma vez que eles não têm nenhum mandato para representar seu país de origem perante um governo estrangeiro em cujo território se estabeleceram (KEITNER, 2008, p. 102).

A seção precedente demonstra que o argumento da soberania, respaldado na doutrina da “não-interferência na esfera internacional”, é conceitualmente confuso. Portanto, a juíza Scheindlin estava correta em indeferir o argumento de que a responsabilidade por auxílio e participação infringe a soberania da África do Sul.

6 A reviravolta dos governos dos Estados Unidos e da África do Sul e sua repercussão

A análise anterior reflete a recente tendência de as cortes indeferirem as alegações do Executivo em casos judiciais, com base na idéia de que esse tipo de oposição aos processos da ATCA não são razoáveis nem fundamentados. A opinião da Juíza

Scheindlin consolidou esse entendimento ao não apenas indeferir as contestações estatais, mas também por permitir o prosseguimento do processo sem solicitar uma nova manifestação do Executivo, conforme requeriam os autores da ação⁴⁶. Os autores, provavelmente, solicitaram o re-encaminhamento do caso ao Executivo na esperança de que as novas administrações, Zuma e Obama, fossem mais simpáticas à suas causas. No entanto, a Juíza Scheindlin decidiu que a posição de cada um desses governos não era relevante para o caso.

Em 22 de abril de 2009, os réus apresentaram uma moção para reconsideração da decisão. Essa moção foi negada. Diante disso, os réus interpuseram um agravo de instrumento em 25 de junho de 2009 junto à Corte de Apelação da Segunda Circunscrição que pedia a revisão da decisão da Juíza Scheindlin⁴⁷. A apelação foi julgada em 11 de janeiro de 2010.

Em 1º de setembro de 2009, sob o recém eleito governo Zuma, o Ministro da Justiça, Jeff Radebe, encaminhou uma carta não solicitada para a Juíza Scheindlin com uma cópia para a Corte de Apelação da Segunda Circunscrição. A carta discordou da oposição aos litígios do governo Sul Africano do Presidente Thabo Mbeki. O Ministro da Justiça observou que o processo não envolvia mais reivindicações contra corporações que simplesmente fizeram negócios com a África do Sul durante aquela época; mas, ao contrário, limitava as alegações àquelas “baseadas na responsabilidade por auxílio e participação em crimes bastante sérios, tais como tortura, [e] assassinato extrajudicial em violação do direito internacional pelo regime do Apartheid” (MATABOGE, 2009). O Ministro também informou à corte que “o governo da República da África do Sul, tendo considerado cuidadosamente o julgamento da Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova York, partilha agora da posição de que esse tribunal é um fórum apropriado para examinar as ações sobre auxílio e participação em violações do direito internacional”. (MATABOGE, 2009). Por fim, a carta também afirmou que o governo estaria “disposto a oferecer consultas às partes a fim de contribuir para um acordo” (MATABOGE, 2009). O porta-voz do Ministério da Justiça, Thali Thali, declarou que a reviravolta do governo baseava-se na idéia de que não há “um fórum apropriado” na África do Sul para esse tipo de litígio e que a “a Corte dos Estados Unidos é um fórum apropriado para julgar essas matérias”; no entanto, o “governo coloca-se à disposição para facilitar [extrajudicialmente] acordos mediante a anuência dos litigantes (MATABOGE, 2009).

Em 30 de novembro de 2009, o governo dos Estados Unidos, enquanto “*amicus curiae*” submeteu à Corte de Apelação da Segunda Circunscrição uma petição apoiando os autores da ação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009e). Em síntese a petição sustentou que tendo em vista que os Estados Unidos não solicitaram explicitamente o indeferimento do caso com base na tese da política externa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009e, p. 2)⁴⁸ e, uma vez que a Juíza Scheindlin não rejeitou o pedido de indeferimento da apelação dos réus, a doutrina da decisão acessória não foi satisfeita, devendo a Corte indeferir a apelação dos réus por carência de jurisdição (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009, p. 12)⁴⁹.

Ambas as recentes petições claramente indicam uma drástica reviravolta.

As conseqüências dessas novas posições permanecem incertas, uma vez que o julgamento da audiência de 11 de janeiro de 2010, pela Corte de Apelação, bem como a decisão sobre o prosseguimento do litígio não serão emitidos até o final deste ano. Outra incerteza relaciona-se à decisão da Juíza Scheindlin de efetivamente excluir a manifestação do Executivo nessa matéria. De fato, há dúvidas sobre a posição que a Suprema Corte adotará no caso de ser chamada a se pronunciar sobre essa questão. Se isso não acontecer, as novas posições das administrações Obama e Zuma deverão interferir no ajuizamento do caso, considerando-se que um acordo extrajudicial ocorra antes de a matéria ser julgada. Para alguns esse resultado seria decepcionante e indesejável.⁵⁰

7 Conclusão

A imputação de responsabilidade indireta por auxílio e participação em violações de direito internacional na forma da ATCA não apenas tem o potencial de promover a política externa dos Estados Unidos e encorajar investimentos proveitosos, mas também garante justiça aos litigantes que disponham de direito de ação nesses casos. Litigar nos tribunais norte-americanos é particularmente benéfico, uma vez que muitas empresas multinacionais têm vínculos suficientes com os Estados Unidos (NEMEROFF, 2008, p. 252). As corporações são também mais propensas a ter ativos para indenizar vítimas e menos propensas a abandonar suas operações nos Estados Unidos para evitar pagar essas indenizações (NEMEROFF, 2008, p. 251). As corporações réis devem ser consideradas responsáveis quando tiverem participado intencionalmente de violação de uma norma internacional. Com base na formulação da Juíza Scheindlin, para a responsabilização que este artigo defende, os autores da ação devem arcar com o ônus de provar que a corporação forneceu, intencionalmente, assistência substantiva a um regime que cometia violações de direitos humanos que infringiam normas de direito internacional vigentes (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 54). Fundamentado nesse critério, é altamente improvável – aliás, isso jamais ocorreu - que uma companhia seja responsabilizada por ter simplesmente feito negócios em um país com um histórico de direitos humanos problemático⁵¹.

A formulação de uma doutrina mais clara para a responsabilidade por auxílio e participação na forma da ATCA fornecerá melhores diretrizes para demandas futuras na definição da procedência da ação, bem como na estruturação da petição, o que evitaria litígios desnecessários. “Foi observado que “os críticos dos processos da ATCA têm há muito tempo reclamado que as cortes usaram esse estatuto para tomar decisões baseadas antes em preferências pessoais que em princípios jurídicos. Essa crítica foi alimentada pela falta de familiaridade da maior parte dos advogados americanos com o direito internacional e pela incapacidade de a corte produzir uma clara metodologia para julgar os casos da ATCA... [A]s cortes podem e devem definir uma metodologia específica para decidir questões de direitos internacional nas cortes dos Estados Unidos..., como um fórum para resolução de disputas que envolvam estrangeiros... [L]itígios da ATCA não consistem na aplicação de regras e ordens judiciais arbitrárias. Ao

invés disso, litígios acerca de normas internacionais nas cortes dos Estados Unidos devem estar fundamentadas em uma doutrina bem estabelecida (HOFFMAN; ZAHEER, 2003, p. 83). Isso poderia ainda estabelecer orientações para as empresas a fim de assegurar que tomem medidas preventivas para reduzir sua sujeição a litígios. Entretanto, apesar da atual incerteza, as corporações não estão sem proteção (algumas não discutidas neste artigo), tais como *forum non conveniens*, esgotamento dos remédios locais e argumentos propriamente fundados nas doutrinas da “questão política” e da “não-interferência na esfera internacional”. O alto ônus probatório que os autores da ação carregam nesses casos também opera a favor dos réus corporativos (DHOOGHE, 2009, p. 289).

A doutrina da responsabilização por auxílio e participação na forma da ATCA parece ter atingido seu ponto alto no parecer da Juíza Scheindlin. Desde então, várias cortes federais têm decidido em sentido contrário⁵². Uma das mais emblemáticas é a decisão da Corte da Segunda Circunscrição no caso *Presbyterian Chyrch of Sudan v. Talisman Energy Inc* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 e), na qual se dispõe que a responsabilização por auxílio e participação nos termos da ATCA exige a comprovação de “que o réu, propositadamente, ajudou e participou da violação do direito internacional”. Ao alterar o critério do simples conhecimento para a intenção, a corte da Segunda Circunscrição sobrecarregou com um ônus extra as petições fundamentadas na ATCA.

Deve também ser salientado que, apesar da contestação da administração Bush, o congresso norte-americano nunca pretendeu reformar a ATCA, seja para expressamente incluir ou excluir a responsabilidade indireta. Esse silêncio do congresso poderia ser decorrente de falta de interesse ou consenso ou mesmo da intenção de submeter a controvérsia à Suprema Corte. Tem-se argumentado que o fracasso do congresso em emendar a ATCA para incluir a responsabilização por auxílio e participação, a despeito da existência de precedentes judiciais, sugere a oposição do legislativo à responsabilização e que, a combinação entre a falta de aprovação e a ausência de referência explícita à responsabilidade por auxílio e participação no texto da lei, deve obstar a imputação dessa responsabilidade a réus corporativos (DHOOGHE, 2009, p. 282). A orientação precária oferecida pela Suprema Corte em relação a essa questão tem forçado os tribunais de instâncias inferiores a decidir sobre a aplicabilidade da ATCA. Haja vista que as decisões mais recentes das cortes federais parecem estar fechando portas e restringindo a aplicação do ATCA em benefício dos réus corporativos, o resultado do caso *Khulumani* revelar-se-á crucial.

Em relação a esse caso, um acordo extrajudicial obstará a definição de um precedente e frustrará o processo de cristalização proposto pela juíza Scheindlin em um período muito importante. Enquanto a Juíza Scheindlin forneceu a necessária clareza para a doutrina da “questão política” e da não-interferência na esfera internacional, bem como o critério para definir intencionalidade, a questão da responsabilização por auxílio e participação nos termos da ATCA ainda precisa ser encaminhada à Suprema Corte. Se o litígio será autorizado a prosseguir e se ele alcançará a Suprema Corte com o quorum suficiente para julgar a matéria é uma questão que ainda permanece em aberto.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ÁFRICA DO SUL. 1995. **Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995**.
- BAXTER, D. 2006. Protecting the Power of the Judiciary: Why the Use of State Department “Statements of Interest” in Alien Tort Statute Litigation Runs Afoul of Separation of Powers Concerns. **Rutgers Law Journal**, v. 37, p. 807-845.
- BRADLEY, C. 2002. The Alien Tort Statute and Article III. **Virginia Journal of International Law**, v. 42, p. 587-647.
- BRADLEY, C.; GOLDSMITH, J.; MOORE, D. 2007. Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie. **Harvard Law Review**, v. 120, p. 869-936.
- DHOOGHE, L. 2009. Accessorial Liability of Transnational Corporations Pursuant to the Alien Tort Statute: The South African Apartheid Litigation and the Lessons of Central Bank. **Transnational Law and Contemporary Problems**, v. 18, p. 247-294.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act**, de 1970. Codified as Chapter 96 of 18 U.S.C. § 1961–1968.
- _____. **Alien Tort Claims Act 28**, de 1992. U.S.C. § 1350.
- _____. **Foreign Sovereign Immunities Act**, de 1976. 28 U.S.C. § 1602–1911.
- _____. **Torture Victims Protection Act**, de 1991. 106 Stat. 73.
- FORCESE, C. 2002. Globalizing Decency: Responsible Engagement in an Era of Economic Integration. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, v. 5, p. 1-54.
- HERZ, R. 2008. The Liberalizing Effects of Tort: How Corporate Liability under the Alien Tort Statute Advances Constructive Engagement. **Harvard Human Rights Journal**, v. 21, p. 207-239.
- HOFFMAN, P.; ZAHEER, D. 2003. The Rules of the Road: Federal Common Law and Aiding and Abetting under the Alien Tort Claims Act. **International and Comparative Law Review**, v. 26, p. 47-88.
- KEITNER, C. 2008. Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases. **Hastings Law Journal**, v. 60, p. 61-103.
- KIELSGARD, M. 2009. Unocal and the Demise of Corporate Neutrality. **California Western International Law Journal**, v. 36, p. 185-215.
- MATABOGE, M. State backs apartheid victims’ case. **Mail & Guardian Online**, Johannesburg, 9 Sept. 2009. Disponível em: <<http://www.mg.co.za/article/2009-09-09-state-backs-apartheid-victims-case>>. Último acesso em: 30 de junho de 2010.
- NEMEROFF, T. 2008. Untying the Khulumani Knot: Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Claims Act after Sosa. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 40, p. 231-286.
- RAMSEY, M. 1998. Escaping “International Comity”. **Iowa Law Review**, v. 83, p. 893-952.
- RICHARDS, D. 2001. Money with a Means Streak? Foreign Economic Penetration and Government Respect for Human Rights in Developing Countries. **International Studies Quarterly**, v. 45, p. 219-239.
- STEPHENS, B. 2004. Upsetting Checks and Balances: The Bush Administration’s

- Efforts to Limit Human Rights Litigation. *Harvard Human Rights Journal*, v. 17, p. 169-205.
- _____. 2005. *Sosa v. Alvarez-Machain*: “The Door Is Still Ajar” for Human Rights Litigation in U.S. Courts. *Brooklyn Law Review*, v. 70, p. 533-567.
- _____. 2008. Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 33, p. 773-1126.
- SUTCLIFFE, T. 2009. “The Nile Reconstituted”: Executive Statements, International Human Rights Litigation and the Political Question Doctrine. *Boston University Law Review*, v. 89, p. 295-330.
- THE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION (TRC). 2003. **Final Report of the Truth and Reconciliation Commission**. Disponível em: <www.doj.gov.za/trc/report>. Último acesso em: 30 de junho de 2010.
- TERREBLANCHE, C. Nobel laureate endorses Apartheid reparations. *Independent Online*, 10 Aug. 2003. Disponível em: <www.iol.co.za>. Último acesso em: 27 de setembro de 2009.
- USA ENGAGE. **Economic Engagement Promotes Freedom**. Disponível em: <<http://archives.usaengage.org/archives/studies/engagement.html>>. Último acesso em: 30 de junho de 2010.
- VORA, N. 2009. Federal Common Law and the Alien Tort Statute Litigation: Why Federal Common Law Can (and Should) Provide Aiding and Abetting Liability. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter, p. 195-229.

Jurisprudência

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1803. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137.
- _____. 1895. Suprema Corte. *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164.
- _____. 1962. Suprema Corte. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186.
- _____. 1980. Corte Federal da Segunda Circunscrição. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).
- _____. 1995. Corte Federal da Segunda Circunscrição. *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995).
- _____. 1996. Corte Federal da Segunda Circunscrição. *In re Maxwell Comm. Corp.*, 93 F.3d 1036, 1049-50 (2d Cir 1996).
- _____. 1997. Corte Distrital da Região Central do Estado da Califórnia. *Doe I v. Unocal* 963, F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).
- _____. 2000. Corte Federal da Segunda Circunscrição. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000).
- _____. Corte Federal da Nona Circunscrição. 2002a. *Doe I v. Unocal*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).
- _____. 2002b. Corte Distrital da Região Central do Estado da Califórnia. *Sarei v. Rio Tinto*, PLC 221 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Cal. 2002).
- _____. 2003. Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova Iorque. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp 2d 289(S.D.N.Y. 2003).
- _____. 2004a. Suprema Corte. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692.

- _____. 2004b. Corte Distrital da Região Norte do Estado da Califórnia. **Bowoto v. Chevron Texaco**, 312 F. Supp. 2d 1229 (N.D. Cal. 2004).
- _____. 2004c. Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova Iorque. **In re South Africa Apartheid Litigation**, 346 F. Supp. 2d 538 (S.D.N.Y. 2004).
- _____. 2004d. Suprema Corte. **Republic of Austria v. Altmann**, 541 U.S. 677.
- _____. 2004e. Suprema Corte. **Id. Accord Veith v. Jubelirer**, 541 U.S. 267, 278.
- _____. 2005a. Corte do Distrito de Columbia. **Doe I v. ExxonMobil Corp**, 393 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005).
- _____. 2005b. Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova Iorque. **Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.**, 374 F. Supp. 2d 331 (S.D.N.Y. J. 2005).
- _____. 2005c. Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova Iorque. **In re Terrorist Attacks on September 11, 2001**, 349 F. Supp 2d 765 (S.D.N.Y. 2005)..
- _____. 2005d. Corte Federal da Nona Circunscrição. **Doe v. Unocal**, 403 F.3d 708 (9th Cir. 2005).
- _____. 2005e. Corte Distrital da Região Leste do Estado de Nova Iorque. **In Re Agent Orange Product Liability Litigation**, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005).
- _____. 2005f. Corte Distrital da Região Central do Estado da Califórnia. **Khulumani v. Barclay National Bank, Ltd., Mujica v. Occidental**, 381 F. Supp. 2d 1164 (C.D. Cal. 2005).
- _____. 2005g. Corte Distrital da Região Central do Estado da Califórnia. **Mujica v. Occidental Petroleum Corp.**, 381 F. Supp 2d 1164 (C.D. Cal. 2005).
- _____. 2006a. Corte Federal da Segunda Circunscrição. **City of New York v. Permanent Mission of India**, 446 F.3d 365 (2d Cir. 2006).
- _____. 2006b. Corte Distrital da Região Sul do Estado de Nova Iorque. **Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.**, 453 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2006).
- _____. 2006c. Suprema Corte. **Will v. Hallock**, 546 U.S. 345, 347.
- _____. 2007a. Corte Federal da Segunda Circunscrição. **Khulumani v. Barclay National Bank**, 504 F. 3d 254 (2d Cir. 2007).
- _____. 2007b. Corte Federal da Nona Circunscrição. **Sarei v. Rio Tinto PLC**, 487 F. 3d 1193 (9th Cir. 2007).
- _____. 2007c. Corte Federal da Nona Circunscrição. **Corrie v. Caterpillar Inc.**, 503 F.3d 974 (9th Cir. 2007).
- _____. 2007d. Corte do Distrito de Columbia. **Arias v. Dyncorp**, 517 F. Supp. 2d 221 (D.D.C. 2007).
- _____. 2007e. Corte da Circunscrição do Distrito de Columbia. **Doe v. Exxon Mobil Corp.**, 473 F.3d 345 (D.C. Cir. 2007).
- _____. Corte Distrital do Estado de Nova Jersey. 2007f. **Jama v. Esmor Correctional Services**, Civ. No. 97-03093, 2008 WL 724337 (D.N.J, 2007).
- _____. 2008. Suprema Corte. **American Isuzu Motors, Inc. v. Ntsebeza**, 128 S. Ct. 2424.
- _____. 2009a. **In re South African Apartheid Litigation**, 617 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2009).
- _____. 2009b. Corte Federal do Segundo Circunscrição. **Turedi v. Coca-Cola Company**, 343 Fed Appx 623 (2d Cir 2009).

- _____. 2009c. Corte Federal da Décima Primeira Circunscrição. **Aldana v. Del Monte Fresh Produce Inc.**, 578 F. 3d 1283 (11th Cir. 2009).
- _____. 2009d. Corte Federal da Décima Primeira Circunscrição. **Sinaltrainal v. Coca-Cola Company**, 578 F. 3d 1252 (11th Cir. 2009).
- _____. 2009e. Corte Federal do Segundo Circunscrição. **Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.**, 582 F. 3d 244 (2d Cir 2009).
- _____. 2009f. **United States Court of Appeals for the Second Circuit**: Brief for the United States as amicus curiae supporting the Appellees, No. 09-2778-cv (30 Nov. 2009).

NOTAS

1. O número total de casos de réus corporativos, de 1960 até o presente, corresponde a aproximadamente 85, sendo que 61 deles foram ajuizados depois de 1996. Entre os abusos alegados estão, por exemplo, aquele citado no caso *Doe I v. ExxonMobil* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005a), no qual a ExxonMobil, procurando proteger suas instalações de gás natural, participou de genocídios e crimes contra a humanidade praticados pelo exército indonésio. Outro exemplo é o *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003), no qual a Talisman Energy, com o objetivo de evacuar a região em torno de sua concessão de petróleo, auxiliou o governo Sudanês na prática de genocídio.
2. "As Cortes Distritais dispõem de jurisdição originária em toda ação civil ajuizada por estrangeiros em caso de delitos civis que afrontem o direito das nações". A ATCA é também conhecido como Estatuto Civil do Estrangeiro (ATS).
3. A Suprema Corte norte-americana finalmente ratificou essa interpretação da ATCA em *Sosa v. Alvarez-Machain* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004a, p. 732).
4. Ver *Dove v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002a); *Khulumani v. Barclay National Bank* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007a); *Presbyterian Church v. Talisman Energy, Inc.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005c); *Bonvoto v. Chevron Texaco* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004b). Apenas duas decisões julgaram improcedente a responsabilidade por auxílio e participação. Em *re África do Sul Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004c), que foi reformada pela decisão da Corte da Segunda Circunscrição no caso *khulumani*, e em *Dove I v. Exxon Mobil* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005a), que estava fundamentada na decisão reformada da Corte Distrital da Região Sul de Nova York sobre o caso *Khulumani*.
5. O caso consiste em dois tipos de ação. Os autores na primeira ação, *Ntsebeza v. Daimler A.G. et al* ajuizaram uma petição em benefício de "si mesmos e de todos os cidadãos da África do Sul (e de seus herdeiros e beneficiários) que, durante o período entre 1973 e 1994, sofreram prejuízos como resultado de violações do direito das nações praticadas diretamente pelos réus. Em um segundo caso, os peticionários incluíram *Khulumani* (uma organização sul africana que "trabalha para ajudar as vítimas de violência na era apartheid) v. *Barclays National Bank Ltda et al* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005 d) e outros indivíduos.
6. A Corte indeferiu ações que pediam a responsabilidade direta por delitos relacionados ao apartheid praticados por atores não estatais, sustentando que "embora o apartheid promovido pelo Estado e a prática de atos desumanos relacionadas à manutenção desse sistema seja, sem dúvida, um delito contra o direito internacional costumeiro, o sistema jurídico internacional ainda não prevê responsabilidade de atores não estatais que colaborem com opressões raciais fomentadas pelo Estado".
7. De 1789 a 1980, vinte e um casos basearam suas alegações na ATCA, sendo que apenas dois deles foram admitidos em juízo.
8. Os autores da ação eram a família de Joelito Filartiga, um cidadão paraguaio de dezessete anos que havia sido torturado e morto pelo Inspetor Geral da polícia paraguaia. A Corte da Segunda Circunscrição reformou a decisão da Corte Distrital, julgando o pedido procedente com base no argumento de que o direito internacional moderno proíbe que o Estado patrocine a tortura (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1980, p. 884).
9. Com base nas provas apresentadas, a Corte decidiu que a Unocal sabia que o exército tinha um histórico de envolvimento em abusos de direitos humanos e de usar trabalhos forçados e, ainda assim, encarregou o exército de garantir a segurança de seu projeto. A empresa se beneficiou de trabalhos forçados e teve conhecimento, ou deveria ter tido, de que os abusos prosseguiriam.

No entanto, a Corte concluiu que a Unocal somente poderia ser responsabilizada se tivesse desejado que o exército cometesse os abusos, vontade que os autores da ação não haviam comprovado. Em setembro de 2002, a Corte de Apelações dos Estados Unidos da 9ª Circunscrição reformou essa decisão afirmando que para a configuração da responsabilidade da Unocal bastaria que os autores demonstrassem que a empresa teria voluntariamente auxiliado o exército a cometer abusos, o que foi devidamente confirmado pelas provas apresentadas. A Corte decidiu, então, que o caso deveria ser encaminhado para julgamento e, para tanto, definiu um corpo de jurados para junho de 2005. No entanto, em março de 2005, a Unocal decidiu indenizar os autores e, desse modo, pôs fim a esse processo judicial que se tornaria um marco histórico. Ver *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005 e).

10. Desde 1997, cerca de cinquenta e dois casos basearam suas acusações contra réus corporativos na ATCA. Entre eles, porém, somente um, o caso *Jama v. Esmor Corr: Serv* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007b) resultou em um veredicto favorável aos autores. Excetuando-se os casos em andamento, aproximadamente três foram resolvidos por acordos, sendo o mais famosos deles o *Doe I v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002 a) e 32 foram indeferidos, incluindo o caso *d a Igreja Presbiteriana v. Talisman Energy Inc.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005 b). Nesse último caso, a Corte Distrital sustentou que os autores não produziram provas suficientes de que a Talisman forneceu "ajuda substancial" ao governo sudanês na perpetração de violações de direito internacional.

11. Desde essa decisão, 104 casos defenderam a aplicabilidade da ATCA em cortes federais. Aproximadamente um terço desses casos envolveu reivindicações contra o governo dos Estados Unidos, seus funcionários e/ou governos estrangeiros, sendo que todas elas foram indeferidas com base na doutrina da imunidade da soberania. O restante das demandas envolvia réus corporativos.

12. No caso *khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 a, p. 37-39), a ATCA é meramente um veículo jurídico para a execução de normas universais... Idealmente, a resolução de um caso da ATCA não deve diferir de provisões jurisdicionais semelhantes em nações estrangeiras.

13. *Khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007a, p. 39), o juiz Katzmann sustentou que a responsabilidade por auxílio e participação requer prova de intencionalidade, com base no artigo 25 (3) (c) e (d) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O Juiz Hall, por sua vez, sustentou que a responsabilidade deve estar baseada no direito comum federal, não no direito internacional. Afirmou ainda que a responsabilização nesses casos requer que as corporações tenham pleno conhecimento de que o auxílio direito, como o fornecimento de ferramentas e serviços, será destinado à prática de violação

de direitos humanos. Finalmente, o Juiz Korman (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007 A, p. 68-69) endossou a posição do Juiz Katzmann de que a intencionalidade é o critério para determinar a responsabilidade, e rejeitou o entendimento do Juiz Hall segundo o qual o direito aplicável ao caso é o direito comum federal e a ciência das violações de direitos humanos é critério de imputabilidade.

14. *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 45), com fundamento em decisões do Tribunal Penal Internacional para a ex- Iugoslávia sobre os reflexos do direito internacional nessa questão. Ver nota de rodapé 161 da decisão para ter a listagem de casos apresentados perante esse Tribunal.

15. No caso *Khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 5), depois de admitir na p. 49 que o artigo 25(3) (c) do Estatuto de Roma, conforme interpretado pelo Juiz Katzmann, trata da "mais difícil questão concernente ao grau de conhecimento necessário para a responsabilidade por auxílio e participação no direito costumeiro, afirma que o Estatuto deve ser interpretado de modo a adequá-lo ao direito costumeiro anterior ao Estatuto (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 a, p. 50-53).

16. A "Lei de Proteção às Vítimas de Tortura (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1991, p. 106 Stat. 73), adotada em 1992 (TVPA), e a Lei contra Organizações Extorsivas e Corruptas" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970), positivada como Capítulo 96 do Código dos Estados Unidos (USC 18 § 1961-1968) ('RICO'-Lei Federal sobre Extorsões e Organizações Corruptas).

17. Ver Corte da Segunda Circunscrição no caso *Khulumani* (Estados Unidos, 2007a, p. 294). Os exemplos de auxílio citados pelos autores incluem o fornecimento de automóveis pela Daimler-Benz, utilizados em operações nas quais a polícia atirava em manifestantes; os computadores da IBM, utilizados para implementar políticas racistas; e empréstimos por parte de inúmeras instituições financeiras com termos de pagamento favoráveis. Ver também *In re Litígio África do Sul Apartheid* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 544-545).

18. *Khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007a, p. 260) (per curiam). A Corte da Segunda Circunscrição ratificou o indeferimento das ações fundamentadas na Lei de Proteção às Vítimas de Tráfico e Violência (TVPA) nas mesmas bases que a corte da instância inferior, ou seja, argumentou que os autores não conseguiram estabelecer a conexão entre a ação dos réus e a conduta dos oficiais sul africanos.

19. *American Isuzu Motors, Inc. v. Ntsebeza* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008), o despacho foi emitido com base na Regra 4(2) da Suprema Corte e na Regra 28 U.S.C. § 2109. Os impedimentos deveram-se ao fato de os quatro desembargadores (o Presidente da Suprema Corte, o Ministro Roberts, e os Ministros da Suprema

Corte, Kennedy, Breyer e Alito) terem investimentos nas empresas ou vínculos familiares com algumas das empresas réus.

20. *Khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007a, p. 260-264). O Juiz Sprizzo faleceu em 16 de dezembro de 2008, sendo então substituído.

21. Os governos da Alemanha, da Suíça, do Canadá, e da Grã-Bretanha expressaram visões similares, mas não ajuizaram petições formais devido ao fato de nenhum dos réus ser nacional desses países.

22. A *Submission of Interest* dos Estados Unidos (30/10/2003, p. 1), citada na decisão do caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 13).

23. *Amicus curiae* dos Estados Unidos apoiando os réus, conforme citado na decisão do caso *Khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009 a, p. 91).

24. Petição apresentada por Thabo Mbeki (15/04/2003), conforme citado na decisão do caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 91).

25. Declaração de Penell Mpapa Maduna (23/07/2003), Ministro da Justiça, República da África do Sul, para. 3.3, conforme citado na decisão no caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 92).

26. Ver também Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação (TRC, 2003).

27. *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 262, nota de rodapé 10), ambas as partes da disputa "concordaram que a referência de *Sosa* a "casos específicos de deferência" não implicava nem a doutrina da "questão política" nem a da "cooperação internacional".

28. As seis condições são as seguintes: [1] compromisso constitucional demonstrável textualmente para coordenar uma repartição pública, [2] falta de padrões manejáveis para a produção de provas que visem a resolução do caso, [3] a impossibilidade de decidir sem o prévio estabelecimento de uma política clara referente à discricionariedade extrajudicial, [4] a impossibilidade de um tribunal tomar resoluções independentes sem expressar falta de respeito em relação a setores governamentais, [5] uma necessidade incomum de adesão incontestável a uma decisão política que já foi tomada, [6] obstáculos potenciais decorrentes de pronunciamentos incompatíveis emitidos por vários departamentos governamentais sobre uma mesma questão.

29. Citada na decisão no caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 105)

30. Os autores da ação eram um grupo de cidadãos de *Bougainville*, cuja alegação consistia em responsabilizar a empresa de mineração por violações de direitos humanos e danos ambientais na área. A Corte também indeferiu as ações fundamentadas nas doutrinas da "cooperação internacional" e do "ato de estado". A decisão foi reformada em segunda instância em *Sarei v. Rio Tinto PLC* (ESTADOS

UNIDOS DA AMÉRICA, 2007b, p. 1205-1207), onde a Corte sustentou que deve ser dado um grande peso às alegações do Executivo que declarem preocupações com política externa.

31. Citando *kadic v. Karadzic* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1995, p. 249).

32. Citando *Id. Accord Veith v. Juberlirer* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004e).

33. Citando *City of New York v. Permanent Mission of India* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006a, p. 376).

34. Citando *Hilton v. Guyot* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1895).

35. Citando *In re Maxwell Comm. Corp* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1996).

36. A petição jamais afirmou que esse litígio irá necessariamente conter o investimento, e não há razão para acreditar, com base nessas alegações e à luz da lei aplicável, que a ação poderia ter esse efeito.

37. Citando *Baker v. Carr* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962). Em sentido contrário, ver o caso *Corrie v. Caterpillar Inc.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007d), no qual *Caterpillar Inc.* foi processada por auxiliar e participar de assassinatos extrajudiciais por vender armas ao exército de Israel. O governo dos Estados Unidos, de fato, pagou pelo armamento. A Corte da 9ª Circunscrição indeferiu o caso baseado na doutrina da "questão política", argumentando que uma decisão implicaria o questionamento de uma decisão de natureza política relativa à provisão de ajuda militar.

38. Os dez casos são os seguintes: *Arias v. Dyncorp* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007e), *Bonvoto v. Chevron* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004b), *Corrie v. Caterpillar* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007d), *Doe v. Exxon Mobil Corp.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007f), *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005f), *Caso do Produto Agente Laranja v. Occidental* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005d), *khulumani v. Barclay National Bank Ltda, Mujica Energy Inc.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006b), *Sarei v. Rio Tinto* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002 b, 2007b).

39. As duas exceções são: *Bonvoto v. Chevron* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004b), caso em que o juiz ainda não respondeu às alegações do executivo e *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005e), litígio em que as partes chegaram a um acordo antes que a Corte se manifestasse sobre o assunto.

40. *Corrie v. Caterpillar* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007d) e *Mujica v. Occidental Petroleum Corp* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005 g). Em ambos os casos, a doutrina da "questão política" foi considerada aplicável.

41. Caso *Khulumani* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, P. 105-107), ver também o exemplo do caso *New York City v. Permanent Mission of India* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006a, p. 377, nota 17). Neste último

caso, a Corte decidiu que preocupações com a política externa não eram suficientemente graves, uma vez que não seriam suficientemente específicas, mas sim demasiadamente especulativas.

42. Para uma discussão mais aprofundada sobre como a "política do engajamento construtivo" pode promover liberdade, ver "Engajamento econômico promove a liberdade" (disponível em <http://archives.usaengage.org/archives/studies/engagement.html>); último acesso no dia 30 de junho de 2010).

O modelo sustenta que empresários ocidentais e corporações intercambiam valores democráticos em suas interações com autoridades governamentais e empregados locais. Além disso, supõe que os governos ocidentais podem usar essas interações para promover reformas. Por fim, o modelo sustenta que os investimentos criam uma classe média no país que tenderia a pressionar o poder público para a execução de reformas. A Coreia do Sul costuma ser mencionada como exemplo de "engajamento construtivo". O governo norte-americano sustenta que a decisão de manter relações econômicas com o governo sul coreano apesar de seu exército ter assassinato cerca de 200 civis em 18 de maio de 1980 contribuiu para a emergência da democracia.

43. Ver, por exemplo, em *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005e), a crítica da administração Bush e a imposição de sanções contra o exército de Burma enquanto posicionava-se contrariamente à responsabilidade das corporações cúmplices nos abusos de direitos humanos ali praticados.

44. Ver também "Prêmio Nobel endossa reparações relativas ao Apartheid" (TERREBLANCHE, 2003).

45. Por exemplo, operações de petróleo, gás e mineração, cujas instalações demandam grandes investimentos, *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005e); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2000); *Doe v. Exxon Mobil* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005a); *Mujica v. Occidental Petroleum* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005g); *Bowoto v. ChevronTexaco* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2004b); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

46. No caso do litígio no caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 111, 286), a Suprema Corte sustentou que isso seria desnecessário, uma vez que "as doutrinas da 'questão política' e da 'cooperação internacional' não manifestam essa exigência".

47. A Regra Federal n. 4 do Procedimento de Apelação exige a interposição de recurso no prazo de 30 dias contados a partir da data em que a sentença de primeira instância foi proferida. Esse prazo começou a contar desde o dia em que a Corte denegou a moção de reconsideração em 27 de maio de 2009 (ver Regra Federal de Procedimento de Apelação n. 4 (a)4(A)). Nesse caso, portanto, o recurso foi interposto tempestivamente.

48. Sustentar que "quando um réu busca o indeferimento de um processo alegando que este último interfere nas relações exteriores dos Estados Unidos, o indeferimento da moção de indeferimento somente estará sujeita a agravo de instrumento, com base na doutrina colateral, se os Estados Unidos tiver explicitamente solicitado à Corte que o processo seja indeferido com base nessa tese. Em nenhum momento durante este litígio os Estados Unidos fez essa solicitação à Corte. Na medida em que o recurso dos réus não é abarcado pela doutrina colateral, esta Corte deveria indeferir o recurso por ausência de jurisdição". A Corte reconheceu o argumento, mas explicou que moções apresentadas pelo governo americano previamente neste caso haviam abarcado argumentos legais baseados na ATCA e haviam justificado o indeferimento com base nesta tese.

49. Citando a Suprema Corte no caso *Wild v. Halloc* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006c, p. 349). Nesse caso, a Corte decidiu que para que uma decisão seja qualificada como colateral e sujeita a recurso imediato deve "[1] resolver a controvérsia de modo conclusivo, [2] decidir uma questão independente do mérito, [3] não ser suscetível a revisão". A Suprema Corte explicou que o terceiro critério referia-se a uma decisão que comprometeria o direito de evitar o litígio (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006c, p. 350-351) e mais especificamente "um litígio que pudesse prejudicar um interesse público substancial" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006c, p. 353).

50. Para um acordo mais recente e controverso, ver *Doe v. Unocal* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005e).

51. Isso está evidente nas ações de 2002 e 2003, consolidadas no caso *In re South African Apartheid Litigation* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009a, p. 134-135). Atualmente o caso difere amplamente das ações inicialmente propostas, tendo sido significativamente restringido depois de 5 anos de requerimentos judiciais em prol do indeferimento do caso. A mais recente decisão judicial indeferiu uma ação contra réus corporativos que tinham negócios com o apartheid (contra *Barclays Bank Ltd* e *Union Bank of Switzerland*), sustentando que as corporações que auxiliaram ou participaram de atos particulares não poderiam ser consideradas diretamente responsáveis pelos crimes praticados pelo apartheid.

52. Decisões recentes que contribuíram para conter a aplicação da doutrina incluem *Turedi v. Coca-Cola Company* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009b, 7 de julho, 2009) e *Aldana v. Del Monte Fresh Produce* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009c, 13 de agosto de 2009), no qual os tribunais fundamentaram o indeferimento da ATCA com base no *forum non conveniens*. No caso *Sinaltrainal v. Coca Cola Company* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009d, 11 de agosto de 2009), a Suprema Corte aplicou o critério mais restrito já enunciado por ela para a apresentação de petições em casos relacionadas à ATCA.

 ABSTRACT

Over the last decade a growing number of cases brought before U.S. courts have alleged that major multinational corporations were complicit in and benefited from human rights violations committed by agents of foreign governments. These cases concern one of the most disputed questions in international human rights litigation, namely, the availability of secondary or indirect liability and aiding and abetting liability in particular. While the U.S. Supreme Court has yet to address the issue, many District and Circuit Courts have held that aiding and abetting liability is available under the Alien Tort Claims Act ('ATCA').

This paper aims to examine the most recent decision of *In re South African Apartheid Litigation* (commonly referred to as the *Khulumani* case) in the Southern District Court of New York and argue in favour of the court's opinion that aiding and abetting liability is available, necessary and desirable and does not conflict with the political question and international comity doctrines. It will be argued that submissions against recognizing this kind of liability, such as those by the Bush administration and South African Mbeki government, are misguided, illogical and damaging and that without the threat of liability, which the ATCA can afford, multinational corporations face no consequences for aiding or abetting the very abuses which U.S. foreign policy claims it seeks to prevent.

 KEYWORDS

Alien Tort Act/Statute – Aiding and abetting liability – Apartheid victims – Reparations – Multinational corporations – Political question – International comity

 RESUMEN

En la última década, en una cantidad cada vez mayor de casos presentados ante la justicia de los Estados Unidos se afirma que grandes corporaciones multinacionales fueron cómplices y se beneficiaron de violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de gobiernos extranjeros. Estos casos tienen que ver con una de las cuestiones más debatidas en los litigios internacionales por los derechos humanos: la responsabilidad secundaria o indirecta, y en particular la responsabilidad por complicidad. Si bien la Corte Suprema de Estados Unidos aún debe abordar la cuestión, muchos tribunales de primera y segunda instancia han decidido que la responsabilidad por complicidad está prevista en la Alien Tort Claims Act - 'ATCA'.

El presente trabajo procura examinar el fallo más reciente en el caso *In re South African Apartheid Litigation* (comúnmente citado como el caso *Khulumani*) del Tribunal de Distrito Sur de Nueva York, y argumenta a favor de la opinión del tribunal en el sentido de que la responsabilidad por complicidad está prevista, es necesaria y deseable, y no entra en conflicto con las doctrinas de la cuestión política y la cortesía internacional. Se argumentará que las manifestaciones en contra del reconocimiento de esta responsabilidad, como las de los gobiernos de Bush y de Mbeki en Sudáfrica, son equivocadas, ilógicas y perjudiciales y que sin la amenaza de la responsabilidad, que puede ofrecer la ATCA, las empresas multinacionales no enfrentarán las consecuencias por ser cómplices de los mismos abusos que la política exterior de Estados Unidos dice querer evitar.

 PALABRAS CLAVE

Alien Tort Claims Act (ATCA) – Responsabilidad por complicidad – Víctimas del Apartheid – Reparaciones – Corporaciones multinacionales – Cuestión política – Cortesía internacional