

AS IMUNIDADES INTERNACIONAIS DOS DIRIGENTES ESTATAIS NOS CASOS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NO EXTERIOR ORIUNDOS DO CRIME DE CORRUPÇÃO*

INTERNATIONAL RECOVERY OF CORRUPTION CRIME ASSETS IN LIGHT OF INTERNATIONAL IMMUNITY OF HEADS OF STATE AND STATE OFFICIALS

Fernanda Araújo Kallás e Caetano **
Camilla Capucio ***

RESUMO

A cooperação internacional com o objetivo de promover a recuperação de ativos determina que os Estados empreendam entre si os esforços necessários para que o dinheiro e os bens produtos de corrupção que tenham sido enviados para o exterior retornem ao território nacional. Ocorre que quando o desvio de verbas para instituições financeiras em outros países conta com a participação de chefes de Estado, chefes de Governo ou de Ministros das Relações Exteriores tal processo encontra uma barreira de difícil transposição, qual seja, a observância das imunidades garantidas pelo direito internacional aos plenipotenciários estatais. Diante disso, o objetivo deste artigo é, com o apoio em algumas sentenças proferidas pelos tribunais suíços, analisar quais seriam os principais limites de uma eventual relativização das imunidades dos dirigentes estatais no processo de recuperação de ativos que se encontrem no exterior. Para melhor identificar os possíveis contornos do privilégio em questão, este

* Artigo recebido em: 14/09/2016.
Artigo aceito em: 30/12/2016.

Artigo produzido no âmbito do Pesquisadora do grupo de pesquisa: Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA)

** Doutora em Direito Internacional pela PUC-MG (2016). Mestre em Direito Internacional pela Université Paris II (2006), diploma revalidado no Brasil pela UnB (2007). Professora de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado do Centro Universitário Una, do Centro Universitário de Belo Horizonte - UniBH e da Faculdade Promove. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional do Cedin-BH. Pesquisadora do grupo de pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Advogada. E-mail: fernanda@kallasecaetano.com.br

*** Doutora em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito Internacional pela UFMG. Professora do Centro Universitário Una. Coordenadora e Pesquisadora do grupo de pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Advogada. E-mail: camillacapucio@gmail.com

estudo pontuará as diferenças entre imunidades dos antigos dirigentes e aquelas dos dirigentes em exercício do poder.

Palavras-Chave: Corrupção. Recuperação de ativos. Imunidade de jurisdição. Imunidade de execução. Dirigentes estatais.

Abstract

International cooperation in order to promote the recovery of assets requires that States should take together the necessary efforts so that the money and property products of corruption that had been sent abroad return to the national territory. Nevertheless, when the diversion of funds to financial institutions in other countries occurs with the participation of heads of state, heads of government or foreign ministers this process faces a barrier difficult to transpose, namely the compliance with the immunities guaranteed by International Law to State plenipotentiaries. Thus, the purpose of this article is, departing from a few sentences delivered by Swiss courts, to analyze the main limits of any relativization of immunity of Heads of State and State officials in the process of recovery of assets located abroad. In order to better identify the possible outlines of the immunity privileges in question, this study will punctuate the differences between immunities of former leaders and those of the leaders in exercise of power.

Keywords: Corruption. International recovery of assets. Immunity from jurisdiction. Immunity from execution. Head of States and States officials

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. A IMUNIDADE PENAL INTERNACIONAL DOS DIRIGENTES ESTATAIS**
- 3. A ACEITÁVEL RELATIVIZAÇÃO DAS IMUNIDADES DOS ANTIGOS DIRIGENTES ESTATAIS QUANDO OS MESMOS ESTEJAM NA POSSE DE BENS PÚBLICOS PRODUTOS DA CORRUPÇÃO**
- 4. A CONTESTÁVEL RELATIVIZAÇÃO DAS IMUNIDADES DOS DIRIGENTES ESTATAIS EM EXERCÍCIO EM MATÉRIA PENAL E FINANCEIRA: UMA CRÍTICA AO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUÍÇOS**
- 5. CONCLUSÃO**
- 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

Visando coibir a atividade criminosa transnacional, a cooperação internacional que objetiva a recuperação de ativos determina que os Estados empreendam entre si os esforços necessários para que o dinheiro e os bens produtos da lavagem de dinheiro que tenham sido enviados para o exterior retornem ao território nacional.

A corrupção passiva é apenas um exemplo de crime que pode anteceder a lavagem de dinheiro – ou branqueamento de capitais -, cujo objetivo é esconder a origem ilícita de determinados ativos financeiros, de forma que tais ativos aparentem ter uma origem lícita. Neste caso, o envio desses montantes para o exterior por diversas vezes incrementa a ação criminosa.

Quando a corrupção passiva é cometida por funcionários públicos que exerçam cargos ou funções ordinárias a investigação internacional e a demanda pela recuperação de ativos não encontram maiores óbices além do que é trivial, qual seja, a dificuldade em se identificar o proprietário dos bens e do dinheiro, as delongas na expedição e no cumprimento das cartas rogatórias, as diversas lacunas legais entre as legislações dos países.

Ocorre que em algumas situações, os autores da atividade criminosa são chefes de Estado, de Governo e Ministros das Relações Exteriores, que se aproveitando das imunidades internacionais próprias de suas funções, desviam as verbas para instituições financeiras no exterior. Nestes casos, o processo de recuperação de ativos encontra uma barreira de difícil transposição.

Alguns esforços, contudo, vem sendo implementados com o objetivo facilitar a cooperação entre os Estados. Neste sentido, foi adotada em 31 de

outubro de 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro do mesmo ano e promulgada em nosso país por meio do Decreto 5.687, de janeiro de 2006. Os Estados partes desta Convenção engajam-se a cooperar uns com os outros na luta contra a corrupção, facilitando as medidas de apreensão e o confisco dos produtos da corrupção, promovendo a devolução dos ativos ao Estado lesado.

Segundo o artigo 30, inciso 2 desta Convenção:

Art. 30. 2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para estabelecer ou manter, em conformidade com seu ordenamento jurídico e seus princípios constitucionais, *um equilíbrio apropriado entre quaisquer imunidades ou prerrogativas jurisdicionais outorgadas a seus funcionários públicos para o cumprimento de suas funções e a possibilidade, se necessário, de proceder efetivamente à investigação, ao indiciamento e à sentença dos delitos qualificados* de acordo com a presente Convenção. (grifo nosso)

Contudo, o estabelecimento de um “equilíbrio apropriado” entre as imunidades de tais entes e a possibilidade de seu processamento não pode ser atingido sem maiores questionamentos, uma vez que os limites do clássico benefício da imunidade não foram estabelecidos de maneira objetiva pelo texto.

Diante disso, neste artigo trataremos dos desafios relacionados ao afastamento das imunidades internacionais dos chefes de Estado, de governo e do Ministro das Relações Exteriores, traçando os principais contornos da relativização do privilégio dos dirigentes em exercício e dos dirigentes que não mais se encontram no poder.

2. A IMUNIDADE PENAL INTERNACIONAL DOS DIRIGENTES ESTATAIS

É bastante conhecida a prerrogativa dos Chefes de Estado de não serem julgados senão pelas cortes do seu próprio país, pelo menos enquanto se encontrem no desempenho das funções do cargo. Tal privilégio encontra

fundamento no fato de que os Chefes de Estado constituem um prolongamento do próprio Estado, uma vez que este só existe por meio de seus agentes.

Já em 1891, o Instituto de Direito Internacional tentou codificar as regras aplicáveis aos chefes de Estado perante as jurisdições estrangeiras, propondo, inclusive, uma distinção entre as imunidades de tais dirigentes quando estivessem agindo como representantes do país e quando estivessem agindo como pessoa privada. Tal projeto, no entanto, jamais foi adotado como um tratado internacional.

Em 2001, o Instituto voltou a se ocupar da questão, propondo um conjunto novo de regras em uma Resolução que foi adotada por seus membros em Vancouver. Contudo, diante do descaso demonstrado pela comunidade internacional em adotar tal texto, vem sendo admitido que as imunidades conferidas aos diplomatas pela Convenção de Viena de 1961 se aplicariam, com as adaptações necessárias, aos chefes de Estado, que gozariam, portanto, de uma imunidade de jurisdição e de execução absolutas no território estrangeiro.

Os chefes de Estado beneficiam-se de uma inviolabilidade e imunidade de jurisdição penal absolutas,¹ que se aplicam independentemente da gravidade da infração que lhes é imputada. A inviolabilidade é uma restrição que impede a submissão de uma pessoa a qualquer medida de detenção, estando, portanto, vinculada à ideia de imunidade em matéria penal. Consequentemente, o beneficiário da inviolabilidade encontra-se a salvo de qualquer tipo de perseguição por parte do Estado do foro. Tal inviolabilidade também alcança pela via costumeira os chefes de governo e os ministros das Relações Exteriores, o

¹ Ver art. 29 da CONVENÇÃO de Viena sobre Relações Diplomáticas. 18 abr. 1961.

que foi inclusive confirmado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Mandado de Prisão*².

Podemos, contudo, questionar se haveriam limites a esta regra diante de demandas de restituição de bens desviados do poder público emitidas por um Estado estrangeiro fundamentadas em questões financeiras de natureza penal tais como corrupção e lavagem de dinheiro.

Certo é que o confisco de bens destinados ao funcionamento de uma embaixada ou de uma missão diplomática impedem que o Estado estrangeiro exerça um dos atributos da soberania, manter relação com os demais Estados. Contudo, a apreensão e o confisco de fundos pertencentes a um Chefe de Estado, provenientes do desvio de verbas do Estado, criam um problema um pouco diferente daquele relacionado à prisão, não prejudicando em nada a soberania do Estado ou do chefe do Estado em seu território visto que tais atos de execução não afetam a função estatal estrangeira.

Sob essa ótica, a Suíça desenvolveu uma expertise única em matéria de busca e apreensão de contas bancárias assim como em matéria de restituição de valores aos Estados que haviam sido apropriados pelos seus dirigentes. São inúmeros os exemplos de pedidos de assistência emitidos por Estados estrangeiros à tal país. Em 1979, o Irã pediu a apreensão de fundos de *Pahlevi*; em 1986, o Haiti requereu o bloqueio de bens de *Duvalier*; em 1987-1988, as autoridades romenas pediram a confiscação dos bens de *Ceausescu*; em 1991, os fundos do ex-presidente *Traoré* foram confiscados a pedido do Mali; em 1996,

² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Affaire relative à Mandat d'Arrêt du 11 avril 2000 (Congo contra Bélgica)*. A Haia, 14 fev. 2002, § 55.

foi a vez dos fundos de *Layne*, membro da junta etiópica; em 1997, os fundos de *Mobutu*, *Benazir Bhutto* e *Karadzic* foram confiscados e em 1998, os de *Suharto*. Recentemente, a Suíça ainda executou bens do ditador nigeriano *Abacha*, do ex-Primeiro Ministro ucraniano *Lazarenko* e realizou diversas tentativas de confisco dos bens de *Milosevic*.³

Ocorre que, em todos estes casos, a questão da imunidade dos chefes de Estado permaneceu obscura uma vez que todos os requerentes eram os próprios Estados onde tais dirigentes haviam exercido o poder. Poderíamos entender tais requerimentos como uma forma de renúncia da imunidade do beneficiário por parte de seu titular.

Nestas situações, é válido analisar quem estaria apto a renunciar a imunidade do chefe de Estado. Certo é que quando a retirada da imunidade é direcionada ao agente diplomático ela costuma ser normalmente anunciada pelo superior hierárquico do agente em questão (chefe da missão diplomática, ministro das relações exteriores, etc.). O problema torna-se certamente mais complexo quando o agente em questão se encontra no topo da hierarquia, não havendo superior imediato a quem se possa reportar, como ocorre no caso do chefe de Estado estrangeiro. Nas circunstâncias em questão, caberá ao direito interno dos países e das organizações internacionais resolver a questão. Parece-nos, contudo, mais plausível visualizar a renúncia da imunidade quando o agente em questão não ocupe mais o cargo.

Todavia, a questão mais sensível a ser tratada é se a imunidade dos

³ HENZELIN, Marc. *L'immunité pénale dans le domaine économique, bancaire et financier*. In: VERHOEVEN, Joe (Org.). *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* Bruxelles: Larcier, 2004, p. 235.

dirigentes estatais devem ser relativizadas nos casos em que os requerentes da cooperação internacional são Estados estrangeiros e não aqueles onde tais dirigentes exerçam ou tenham exercido o poder.

3. A ACEITÁVEL RELATIVIZAÇÃO DAS IMUNIDADES DOS ANTIGOS DIRIGENTES ESTATAIS QUANDO OS MESMOS ESTEJAM NA POSSE DE BENS PÚBLICOS PRODUTOS DA CORRUPÇÃO

Os problemas da imunidade penal no domínio bancário e financeiro aparecem sobretudo nos casos envolvendo Chefes de Estado, Chefes de Governo ou Ministros de Relações Exteriores que não mais se encontram em exercício.

Nestes casos, cabe fazer uma diferenciação das imunidades que podem ou não ser relativizadas depois que tais dirigentes tenham deixado o cargo por conta do qual se faziam protegidos pelo privilégio.

As imunidades pessoais indicam que as autoridades estrangeiras estão cobertas pela imunidade de jurisdição e de execução com relação a qualquer tipo de ação, só podendo ser removidas após seu beneficiário ter deixado o cargo oficial. Assim, visto que o fundamento da imunidade consiste em garantir que o agente exerça livre e eficazmente suas funções, parece difícil imaginar o que poderia atrapalhar o exercício de suas funções no momento em que ele se encontre destituído do cargo, não persistindo, assim, razões para que a imunidade seja mantida.⁴ Por outro lado, nada impede que ela seja invocada durante o curso da função para afastar o processamento de condutas anteriores

⁴ HENZELIN, Marc. *L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice. Revue pénale suisse*, Berna, v. 120, n. 3, p. 249-264, 2002, p. 253-254.

ao exercício do cargo. Dessa ótica, pouco importa que os atos tenham ou não um caráter privado, bastando que o exercício das funções de seu titular necessite da garantia de tal benefício.

As imunidades funcionais, por outro lado, por se referirem a atos praticados no exercício de suas funções oficiais, sobrevivem à cessação das funções de seu titular. Sob essa lógica, em se tratando de ato de Estado, o agente figura como um simples intermediário, não podendo, portanto, ser responsabilizado por ele. Tal regra foi codificada pelas convenções sobre relações diplomáticas e consulares⁵, também sendo aplicável aos chefes de Estado, aos chefes de governo e aos ministros das Relações Exteriores – conforme entendido pela Corte Internacional de Justiça no caso *Mandado de Prisão do 11 de abril de 2000*⁶ –, ainda que essa aplicação não seja expressamente prevista em tratado.

No caso *Mandado de Prisão do 11 de abril de 2000*, em um *obiter dictum* concernente às possibilidades de se estabelecer a responsabilidade de um ministro das Relações Exteriores que tenha cometido crimes internacionais, a Corte lembrou que a imunidade de um antigo dirigente estatal subsiste para os atos oficiais que ele tenha praticado, cessando para os atos cometidos a título privado. Ao contrário, a imunidade de um alto dirigente em exercício deveria ser mantida em nome da estabilidade das relações internacionais.

Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional, em seu comentário

⁵ Ver art. 39 §2º da CONVENÇÃO de Viena sobre Relações Diplomáticas. 18 abr. 1961. Ver também art. 53 §4º da CONVENÇÃO de Viena sobre Relações Consulares. 24 abr. 1963.

⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Affaire relative à Mandat d'Arrêt du 11 avril 2000 (Congo contra Bélgica). A Haia, 14 fev. 2002, § 55.

relativo ao projeto de artigos sobre as imunidades jurisdicionais dos Estados e seus bens, explica que:

As imunidades *ratione materiae* são concedidas em favor do Estado, e o fato de que a posição oficial de seus representantes não seja mais a mesma, ou que tenha terminado, não tem qualquer impacto sobre elas. Portanto, não é possível intentar uma ação contra um ex-representante de um Estado estrangeiro em razão de um fato por ele praticado no exercício de suas funções oficiais. A imunidade (...) é mantida mesmo quando a missão ou o cargo do interessado tenha terminado. Isso é assim porque a imunidade em questão não somente pertence ao Estado, mas também se baseia no caráter soberano ou oficial das atividades, na medida em que se trata de uma imunidade *ratione materiae*. (tradução nossa)⁷

A jurisprudência dos diversos países deve ser levada em consideração para estabelecer o que é “internacionalmente” considerado um ato “no exercício de suas funções”, posto que não compete apenas ao direito nacional do Estado interessado impor uma definição precisa. Existe, porém, uma zona cinzenta, na qual os atos podem ser considerados como ligados ao exercício do poder público sem terem sido praticados no quadro das funções de um chefe de Estado.

Assim, a referência aos “atos praticados no exercício de suas funções” pode conduzir à ideia de que somente os atos privados seriam excluídos da imunidade em vigor, enquanto todos os atos oficiais efetuados no curso do mandato seriam cobertos pelo benefício. Mas a expressão poderia significar, igualmente, que somente os atos suscetíveis de serem enquadrados nas

⁷ "Les immunités *ratione materiae* sont accordées au profit de l'État, et le fait que les fonctions officielles des représentants intéressés ne soient plus les mêmes, ou prennent fin, n'a sur elles aucune incidence. Il n'est donc pas possible d'intenter une action contre un ancien représentant d'un Etat étranger en raison d'un fait accompli par lui dans l'exercice de ses fonctions officielles. L'immunité (...) subsiste même lorsque la mission ou la charge de l'intéressé a pris fin. Il en est ainsi parce que l'immunité en question non seulement appartient à l'État, mais est également fondée sur le caractère souverain ou officiel des activités, dans la mesure où il s'agit d'une immunité *ratione materiae*". COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, Rapport sur le Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États, 1991.

funções oficiais continuariam a se beneficiar de imunidade mesmo depois que o plenipotenciário tenha deixado a sua função.⁸

No que concerne à imunidade dos antigos Chefes de Estado, o art. 4º §1º da Resolução de Vancouver descartou a possibilidade de imunidade no caso de bens pessoais do Chefe de Estado a serem executados em razão de uma sentença que disponha sobre um ato estranho às suas funções oficiais. Todavia, conforme a própria resolução, bem como à doutrina dominante, tais representantes continuam a beneficiar-se da imunidade referente aos atos que tenham cometido no exercício de suas funções.

Nesse sentido, poderíamos nos perguntar em que medida a teoria dos “atos de função” poderia ser transportada para o domínio patrimonial. Uma imunidade absoluta em matéria financeira foi admitida para os chefes de Estado em exercício pelo Tribunal Federal suíço na sentença *Marcos*, de 2 de novembro de 1989, mesmo para os casos em que os bens em questão fossem provenientes de corrupção.

O caso *Marcos* consistia em dois pedidos de cooperação enviados à Suíça: um pelo governo das Filipinas e outro pelo Departamento de justiça norte-americano. Ferdinand Marcos e sua mulher estavam sendo processados por corrupção e lavagem de dinheiro cometidos na época em que Marcos era presidente das Filipinas. O casal, por sua vez, em ambos os casos, arguiu imunidade de execução.⁹

⁸ STERN, Brigitte. **Immunités et doctrine de l'Act of State**. Journal du droit international, Paris, v. 133, n. 1, p. 63-87, 2006, p. 73.

⁹ HENZELIN, Marc. **L'immunité pénale des chefs d'État...**, Op. cit., 2002, p. 193.

No que se refere à demanda das Filipinas, o Tribunal federal considerou que tal privilégio poderia ser afastado pelo Estado requerente, titular da imunidade. Assim, a Suíça entendeu que não competia à ela, enquanto Estado requerido, declarar que um ex-chefe de Estado deveria continuar se beneficiando da imunidade pelos atos praticados durante o curso do seu mandato e que tal problema deveria ser resolvido a luz do direito interno do Estado requerente.¹⁰

Contudo, em resposta à demanda norte-americana, o tribunal suíço entendeu que a imunidade do casal pelos atos cometidos no exercício do poder deveria ser admitida, sendo necessária uma renúncia expressa da imunidade por parte do Estado filipino para que a cooperação com os Estados Unidos pudesse ser prestada.

Ocorre que em nota verbal o governo filipino renunciou a imunidade do casal inclusive no que concerne a demanda norte-americana sob o argumento de que a aquisição de bens pessoais não podia ser considerada como sendo um ato público do governo filipino, ainda que tal enriquecimento tenha sido realizado durante o período em que Marcos era uma autoridade estatal.

Neste caso, o tribunal federal suíço admitiu tanto a imunidade do chefe de Estado em exercício quanto a do ex-chefe de Estado. Contudo, apesar de ter admitido a imunidade absoluta *ratione personae* para os chefes de Estado em exercício, seja para os atos públicos ou privados, ele considerou que tratando-se de ex-chefes de Estados, a imunidade *ratione materiae* só alcançava os atos

¹⁰ HENZELIN, Marc. *L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière : vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ?* Revue suisse de droit international et de droit européen, Berna, v. 12, n. 2, 2002, p. 193.

cometidos no exercício das funções oficiais, em oposição aos atos cometidos a título privado¹¹. Tal posição mostra-se consoante com a sentença proferida pela Corte Internacional de Justiça em 14 de fevereiro de 2002 no caso do Mandado de Prisão do 11 de abril de 2000.

Contudo, diante da renúncia manifesta à imunidade de Marcos feita pelas Filipinas, o Tribunal Federal suíço não teve que se pronunciar acerca do que ele entendia como sendo um ato praticado em relação direta com as funções oficiais de um Chefe de Estado. O governo filipino, por outro lado, claramente declarou que os atos de enriquecimento ilícito de um chefe de Estado não constituíam atos públicos.¹²

De fato, os bens públicos de um Estado não deveriam, a princípio, se encontrar na posse de um antigo dirigente estatal. Sob essa ótica, os bens que eventualmente se encontrem na posse de uma autoridade que não mais esteja no poder devem ser considerados como bens a título privado, constituindo elementos de seu patrimônio pessoal, aos quais a imunidade não se aplica. Caso contrário, se tais bens fossem considerados como públicos, poderíamos nos perguntar por qual razão eles permaneceram na posse de um antigo dirigente e na maioria dos casos, a resposta parece ser simples: tais bens são resultados de corrupção e desvio de dinheiro público. Diante disso, tais bens não podem ser considerados como públicos mas devem ser classificados pelo que eles realmente são: bens que entraram ilicitamente na esfera privada de tais

¹¹ HENZELIN, Marc. *L'immunité pénale des chefs d'État...*, Op. cit., 2002, p. 195.

¹² HENZELIN, Marc. *L'immunité pénale des chefs d'État...*, Op. cit., 2002, p. 196.

dirigentes.¹³ Assim sendo, parece-nos que tais bens não merecem ser atingidos pelo benefício da imunidade.

4. A CONTESTÁVEL RELATIVIZAÇÃO DAS IMUNIDADES DOS DIRIGENTES ESTATAIS EM EXERCÍCIO EM MATÉRIA PENAL E FINANCEIRA: UMA CRÍTICA AO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUÍÇOS

No caso dos chefes de Estado em exercício, a possibilidade de relativização da imunidade mostra-se mais sensível por se tratar de imunidades pessoais, cujo fundamento consiste em garantir que o agente exerça livre e eficazmente suas funções, pouco importando que os atos por ele praticados tenham ou não um caráter privado.

Visando tratar da questão, a Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre as Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Chefes de Estado e de Governo concluída em Vancouver em 2001 considerou que os bens pessoais de um chefe de Estado localizados no território de um outro Estado não podem ser penhorados nem ser objeto de execução forçada, salvo nos casos de execução de uma sentença transitada em julgado. Ainda assim, tais bens não podem ser objeto de execução quando o chefe de Estado se encontre no território do foro no exercício de suas funções oficiais, ratificando portanto a ideia da não perturbação do exercício das funções do chefe de Estado quando este se encontre no território estrangeiro¹⁴.

¹³ BORGHI, Alvaro. L'immunité des dirigeants politiques en droit international. Bruxelles: Bruylant, 2003, p. 381.

¹⁴ Article 4. 1. Les avoirs personnels du chef d'Etat qui sont localisés dans le territoire d'un autre Etat ne peuvent y être saisis ni y faire l'objet d'une quelconque mesure d'exécution forcée, sauf pour donner effet à un jugement prononcé contre lui et passé en force de chose jugée. Toutefois, ces avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie ou mesure d'exécution lorsque ce chef d'Etat

Por outro lado, a Resolução dispõe que quando existam dúvidas sobre a legalidade da apropriação de um bem por parte de um Chefe de Estado, as autoridades do país onde ele está situado estariam aptas a tomar as medidas provisórias que considerem necessárias para conservar o controle do patrimônio¹⁵.

Ocorre que, na maior parte dos casos, as autoridades de alto escalão dos países estrangeiros não abrem contas bancárias em seu próprio nome, uma vez que não querem deixar explícito à instituição financeira que são eles os reais beneficiários econômicos das contas em questão. Diante disso, podemos nos indagar sobre a possibilidade de um beneficiário da imunidade de execução fazer valer seus direitos em um processo quando ele não é o titular da conta penhorada, sobretudo quando esta conta foi aberta em nome de uma sociedade da qual ele seja acionista único ou o beneficiário efetivo.

Na ausência de jurisprudência brasileira na matéria, valemo-nos mais uma vez das decisões dos tribunais suíços, país que frequentemente é chamado

se trouve sur le territoire du for dans l'exercice de ses fonctions officielles. Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre as Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estado e de Governo concluída em Vancouver em 2001. Disponível em http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2001_van_02_fr.PDF Acesso em 03/03/2016.

¹⁵ Article 4. 1. Les avoirs personnels du chef d'Etat qui sont localisés dans le territoire d'un autre Etat ne peuvent y être saisis ni y faire l'objet d'une quelconque mesure d'exécution forcée, sauf pour donner effet à un jugement prononcé contre lui et passé en force de chose jugée. Toutefois, ces avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie ou mesure d'exécution lorsque ce chef d'Etat se trouve sur le territoire du for dans l'exercice de ses fonctions officielles. 2. Lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'Etat prête sérieusement à doutes, les dispositions qui précèdent n'empêchent pas les autorités de l'Etat dans le territoire duquel ces biens ou avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit. Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre as Imunidades de Jurisdição e de Execução dos Estado e de Governo concluída em Vancouver em 2001. Disponível em http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2001_van_02_fr.PDF Acesso em 03/03/2016.

para dispor sobre as imunidades dos chefes de Estado no domínio financeiro, a fim de aprender com os erros ou acertos dos que enfrentaram a questão no caso concreto.

No caso *Bongo*¹⁶, o Tribunal Federal suíço recebeu um pedido de cooperação das autoridades judiciais francesas. Tratava-se da busca e apreensão de uma documentação bancária relativa à uma conta debitada em 1 milhão e meio de dólares em favor da conta de um outro banco, aberta por uma sociedade panamenha, mas cuja assinatura era do marido da embaixadora do Gabão na Suíça, portador de um passaporte diplomático.¹⁷

Ocorre que tal indivíduo declarou ter agido em nome do Presidente do Gabão, de quem era conselheiro pessoal, requerendo, assim, à justiça suíça a anulação das medidas de execução intentadas contra o patrimônio diante da imunidade de jurisdição do Chefe de Estado em exercício, que era o efetivo beneficiário da conta.¹⁸

O Tribunal federal suíço, no entanto, negou ao esposo da embaixadora e ao Presidente do Gabão a possibilidade de intervir no procedimento. De acordo com tal jurisdição, se um Estado, um Chefe de Estado, um Ministro de Relações Exteriores ou um diplomata queiram depositar fundos em um banco suíço e poder invocar sua imunidade, devem fazê-lo em nome próprio, sob pena de limitar seu direito de recurso contra uma ordem de penhora.¹⁹ Assim quaisquer

¹⁶ SUÍÇA. Tribunal federal. Caso *Bongo*, sentença de 8 de março de 1999.

¹⁷ HENZELIN, Marc. Op. cit., 2004, p. 239.

¹⁸ HENZELIN, Marc. Op. cit., 2004, p. 239.

¹⁹ HENZELIN, Marc. Op. cit., 2004, p. 240.

peessoas, incluindo os dirigentes estrangeiros, que pretendam criar sociedades com o objetivo de esconder sua real identidade, serão regidas pela sua aparência legal e não pelos privilégios que teriam caso tivessem aberto uma conta em seu próprio nome.

Ora, tal conclusão é contestável. O argumento estritamente processual utilizado pelos tribunais suíços desconsidera o fato de que todo Estado deve verificar de ofício a questão das imunidades de jurisdição e de execução. Assim, ainda que um Estado argua sua imunidade em um quadro determinado *a posteriori*, as instâncias judiciais não podem ignorar o privilégio costumeiramente esculpido na seara internacional. A Suíça, neste caso, pretende se justificar com base em uma legislação interna para validar sua conduta, olvidando a regra clássica do Direito Internacional disposta no artigo 27 da Convenção de Viena de que a um Estado não é permitido invocar o seu direito interno para justificar o inadimplemento de uma obrigação internacional.

Não bastasse, em uma outra oportunidade, a Suíça voltou a incorrer no mesmo erro. A origem do caso *República do Cazaquistão*²⁰ está em um pedido de cooperação enviado pela República do Cazaquistão aos tribunais belgas para os fins de uma investigação penal relativa a um desfalque de dinheiro estatal, na qual os maiores suspeitos eram o ex-Primeiro Ministro do país e sua esposa. Ocorre que a justiça belga, encarregada da cooperação, requereu ao juiz de instrução de Genebra que procedesse à penhora de diversas contas bancárias de estabelecimentos suíços cujos titulares legais eram sociedades *offshore*, uma vez que os extratos bancários mostravam claramente que os bens haviam sido

²⁰ SUÍÇA. Tribunal Federal. Caso República do Cazaquistão. Sentença de 8 de dezembro de 2000.

transferidos de uma conta do Tesouro Nacional do Cazaquistão para tais contas na Suíça, depois de transitar por uma série de contas de passagem.

O juiz de instrução de Genebra, encarregado do caso, concluiu que as diversas transferências bancárias indicavam a ocorrência de lavagem de dinheiro público produto de corrupção, uma vez que ficou identificado que os beneficiários econômicos das sociedades *offshore* eram o Presidente em exercício e o Primeiro Ministro do Cazaquistão, bem como os membros de suas famílias. Tais atos, por sua vez, eram tipificados na lei penal Suíça, mais precisamente nos artigos 314 à 316 do Código Penal local, constituindo crime na esfera local.²¹

Diante disso, o juiz suíço decidiu confiscar as contas. Contudo, por meio desta ação, acabou confiscando uma outra conta que havia sido aberta em nome do Tesouro Nacional do Cazaquistão pelo ministro das Finanças do país.

Reagindo a tal medida, a República do Cazaquistão invocou a imunidade de execução conferida pelo Direito Internacional a todos os Estados opondo-se às medidas de confisco tomadas pelo juiz de instrução ao encontro das sociedades das quais ela era a beneficiária econômica, por intermediação de seus órgãos ou de sociedades do Estado do Cazaquistão. Apesar da invocação da imunidade, a Câmara de Acusação de Genebra e o Tribunal Federal suíço não cuidaram diretamente da questão da imunidade do Estado e do chefe de Estado em exercício. A razão invocada foi que os bens em questão pertenciam

²¹ HENZELIN, Marc. L'immunité pénale des chefs d'État..., Op. cit., 2002, p. 199.

apenas de maneira indireta a tais entes, que eram apenas os beneficiários econômicos de tais contas.²²

Neste caso, além da Suíça ter ignorado as normas relativas à imunidade dos chefes de Estado em exercício, também desconsiderou as normas relativas à imunidade dos Estados propriamente ditos. O mesmo argumento vinculado à questões de ordem interna é invocado, neste caso, inclusive, tipificando um determinado ato como crime local.

Primeiramente, é difícil aceitar que um tribunal nacional se constitua juiz penal das atividades cometidas pelos órgãos estatais de um outro Estado. Chefes de Estado ou outros órgãos do Estado podem ter violado o direito suíço, sobretudo no que se refere à obrigação de declarar que eles eram os beneficiários econômicos das contas em questão, contudo, o direito em questão é de uma importância relativa na ordem jurídica internacional. Mesmo no direito suíço tal obrigação não é das mais relevantes, inúmeros países desconhecendo tal disposição.

Ora, não se pode admitir que a Suíça tome o lugar do Estado da origem dos bens na apreciação da ilicitude do caso. Ao insistir nesta competência, a Suíça pratica claramente uma ingerência nos assuntos internos da República do Cazaquistão, agindo em contrariedade à um dos princípios básicos do Direito Internacional. Além disso, simples afirmação de que uma violação do direito suíço tenha ocorrido em vias de retirar a imunidade de um Estado ou de seu chefe esvaziaria o princípio da imunidade de sua substância, já que a imunidade só opera se uma violação é cometida.

²² HENZELIN, Marc. L'immunité pénale des chefs d'État..., Op. cit., 2002, p. 200.

No mesmo caso, a Câmara de Acusação entendeu que as sociedades titulares de tais contas só poderiam se beneficiar de uma imunidade se elas tivessem seus atos classificados na categoria *jure imperii* e não na categoria *jure gestionis*.²³

A extensão para o direito penal da clássica distinção dos atos de império e de gestão, própria do direito civil e comercial, já é contestável. Não bastasse, para distinguir o ato de império do ato de gestão o Tribunal Federal suíço se recusa a considerar a finalidade ou objetivo final do ato, concentrando-se exclusivamente no critério da natureza da operação. Assim, o Tribunal Federal considerou que os bens que haviam sido confiscados eram produto de operações concernentes a concessões de petróleo, tendo o Cazaquistão neste caso se comportado como uma pessoa privada, pouco importando a destinação que estes bens teriam futuramente.²⁴

No Brasil, ao contrário, a finalidade da transação costuma ser levada em conta na determinação da natureza não comercial. Nesse sentido, em 1º de fevereiro de 2013, a Corte Especial do STJ²⁵ denegou *exequatur* por ofensa à ordem pública e à soberania nacional a uma carta rogatória pela qual a Justiça italiana solicitava a notificação da União para responder aos termos de demanda judicial proposta pela empresa Italplan Engineering Environment e Transports Spa, que buscava o pagamento, em sede de execução provisória, dos valores referentes à realização de estudos relativos a projeto de ligação ferroviária de

²³ HENZELIN, Marc. L'immunité pénale des chefs d'État..., Op. cit., 2002, p. 201.

²⁴ HENZELIN, Marc. L'immunité pénale des chefs d'État..., Op. cit., 2002, p. 202.

²⁵ Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 6.270. Relator: Félix Fischer. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 15 fev. 2013.

alta velocidade entre Campinas, São Paulo e Rio de Janeiro, a pedido da empresa pública federal brasileira Valec Engenharia, Construção e Ferrovias S.A. A Corte entendeu que a responsabilização no estrangeiro, seja da Valec, seja da União, estaria impossibilitada em face do princípio da imunidade de jurisdição, uma vez que qualquer que fosse a sua atuação relacionada ao projeto de ligação ferroviária de alta velocidade, ela não estaria desvinculada de uma conotação estritamente política, cuja expressão mais pontual a identificaria como ato de império. Para a Corte, tal situação ocorreu no exercício da soberania do Estado, dotada de prerrogativa que lhe é exclusiva, diferentemente dos atos estatais equiparados àqueles executados pelos particulares no estrangeiro e que, em tese, poderiam ser reclamados perante ela.

A finalidade da transação parece também ter sido considerada pelo STJ para a determinação da natureza do ato no julgamento de um Recurso Ordinário²⁶ em que o recorrente buscou receber a recompensa prometida pelo Estado estrangeiro para quem informasse o paradeiro de conhecido ditador. Para tanto, alegava que, antes mesmo da evasão daquele, remeteu várias cartas a diversas autoridades estrangeiras contendo a futura localização de seu esconderijo, informação obtida mediante sonhos premonitórios. O Tribunal, contudo, entendeu que a promessa de recompensa em questão traduzia-se como verdadeira expressão da soberania estatal, despida de índole negocial, reconhecendo, portanto, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

Sem dúvida, a inclusão do critério de análise do objetivo da transação

²⁶ Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário 39-MG. Relator: Jorge Scartezzini. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 6 mar. 2006.

comercial na determinação de seu caráter privado aumenta a incidência de atos *jure imperii*, reforçando a regra da imunidade estatal, princípio que os tribunais suíços tem claramente pretendido contornar.

5. CONCLUSÃO

Quando o produto da corrupção tem como destino as instituições financeiras no exterior e os autores da atividade criminosa são chefes de Estado, de Governo e Ministros das Relações Exteriores, o processo de recuperação de ativos esbarra na questão da imunidade internacionalmente conferida aos dirigentes estatais.

Nos casos em que o Estado requerente da cooperação internacional é o próprio Estado onde o dirigente em questão haja exercido o poder o limite da imunidade não precisa ser enfrentado, podendo-se considerar a demanda de cooperação como uma forma de renúncia tácita da imunidade do beneficiário por parte de seu titular. Todavia, quando os requerentes da cooperação internacional são Estados estrangeiros a questão se torna mais sensível.

A divisão das imunidades em imunidades pessoais e funcionais ajudou-nos a nortear o raciocínio necessário para que a relativização do privilégio fosse possibilitada. Enquanto as imunidades pessoais só resguardam as autoridades estrangeiras durante o curso do mandato, as imunidades funcionais sobrevivem à cessação das funções de seu titular quando referentes aos atos oficiais que o agente tenha praticado, cessando para os atos cometidos a título privado. Ao transpor esta divisão para o domínio patrimonial concluímos que, no caso da prática de corrupção por um antigo dirigente, os eventuais bens que se

encontrem na posse de uma autoridade que não mais esteja no poder devem ser considerados como bens a título privado, constituindo elementos de seu patrimônio pessoal, ainda que tendo entrado ilicitamente na esfera privada de tais dirigentes, não merecendo ser atingidos pela imunidade.

No caso dos chefes de Estado em exercício entendemos que as imunidades deveriam ser mantidas, independentemente do ilícito em questão e do momento em que o benefício venha a ser arguido. Não pactuamos, pois, com o entendimento dos tribunais suíços que vinculam o respeito da imunidade dos dirigentes estatais à aparência legal de suas contas bancárias, concedendo o privilégio somente nos casos em que a conta tenha sido aberta em seu próprio nome.

Ao defender a manutenção das imunidades dos dirigentes estatais nestes casos não nos posicionamos em sentido contrário ao combate à corrupção, uma vez que as imunidades não influenciam o mérito da causa, apenas direcionando a demanda para julgamento em um foro mais adequado – em que o privilégio não venha a obstar o exercício da jurisdição.

Seria inocente advogar exclusivamente pelas exigências do combate à corrupção e olvidar que a imunidade é um mal necessário às relações internacionais e trazem em sua essência a nobre função de resguardar os Estados em suas empreitadas extraterritoriais, incentivando a diplomacia internacional e, por conseguinte, a solução pacífica de controvérsias.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGHI, Alvaro. **L'immunité des dirigeants politiques en droit international**. Bruxelles: Bruylant, 2003.

STERN, Brigitte. **Immunités et doctrine de l'Act of State**. Journal du droit international, Paris, v. 133, n. 1, p. 63-87, 2006.

HARARI, Maurice; CORMINBOEUF, Corinne. **Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?** *Revue pénale suisse*, Berna, v. 116, n. 1, p. 1-125, 1998.

HENZELIN, Marc. **L'immunité pénale dans le domaine économique, bancaire et financier**. In: VERHOEVEN, Joe (Org.). **Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?** Bruxelles: Larcier, 2004, p. 219-252.

HENZELIN, Marc. **L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière : vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ?** *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Berna, v. 12, n. 2, p. 179-212, 2002.

HENZELIN, Marc. **L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice**. *Revue pénale suisse*, Berna, v. 120, n. 3, p. 249-264, 2002.

VERHOEVEN, Joe. **Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État**. In: DOMINICÉ, C.; PATRY, R.; REYMOND, C. (Org.). **Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive**, Basileia, 1993, p. 359-373.