

Os limites da participação privada na investigação criminal



Márcio Anselmo
Delegado da Polícia Federal

O tema da investigação preliminar voltou à baila com as últimas alterações

introduzidas no Estatuto da OAB, previstas pela Lei 13.245/16, que buscou estabelecer balizas sobre a atuação do causídico na defesa do cliente investigado pela prática de ilícitos. Veja-se, a título de exemplo, nos artigos publicados por [Henrique Hoffmann e Adriano de Souza Costa](#), [Rodrigo Carneiro Gomes](#) e [Ruchester Marreiros Barbosa](#).

Não é com menos propósito que Leonardo Marcondes Machado, [em artigo recente nesta coluna](#), ao reforçar o papel da investigação preliminar, bem colocou que:

“De fato, não se pode subestimar a importância das preliminares. Cada vez mais têm ficado evidente, na sistemática dos jogos, os efeitos determinantes da partida prévia sobre o jogo principal. A investigação preliminar, por muito tempo relegada a segundo plano pela doutrina e pelos atores processuais, funciona, em muitos casos, como verdadeiro local de resultado. O placar (antecipado) tem sido constantemente definido na investigação, apesar de toda a válida crítica doutrinária a esse respeito”.

A investigação preliminar tem assumido cada vez mais o protagonismo das discussões no âmbito do processo penal, sobretudo pela sua importância para a fase seguinte, a do processo penal propriamente dito.

A par dessa mudança, que visa disciplinar o papel do advogado na fase de investigação preliminar, outro tema latente nessa seara consiste na investigação privada e seus limites de utilização, tema este tratado com maestria recentemente por Rafael França^[1] na obra *Participação Privada na Investigação Criminal no Brasil: Possibilidades e Limites*.

Neste momento, presenciamos uma participação cada vez maior do particular nas investigações, sejam elas de natureza meramente de auditoria em pessoas jurídicas, seja, por exemplo, na condição de sujeitos obrigados pela lei de lavagem de dinheiro, ou mesmo atendendo a mecanismos de *compliance* no âmbito



da lei anticorrupção, tema esse cada vez mais presente no cotidiano das atividades criminosas.

Em que pese o binômio da obrigatoriedade e oficialidade da atuação do Estado enquanto agente de investigação, a reflexão acerca do papel do particular deve permear a atual investigação criminal. Rafael França, na obra citada, estabelece, a partir do estudo dos direitos fundamentais, a existência de um direito à ação policial e investigativa a ser efetivada pelo Estado. Tal intervenção deve ser desenvolvida por meio de procedimentos e instituições criados e mantidos pelo ente estatal.

Mas qual o papel do particular nos casos de ausência ou ineficiência da investigação criminal oficial, algo bem mais comum do que se imagina no cotidiano da polícia judiciária, notadamente em razão do sucateamento vivenciado pela mesma, que sempre carece de recursos materiais e humanos para a sua atividade?

Desnecessário lembrar que o “dever de investigar” foi motivo de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Damião Ximenes Lopes*^[2], ao assegurá-lo como uma das condições para garantir efetivamente o direito à vida e à integridade pessoal, mediante o dever de investigar as afetações a eles, em decorrência do artigo 1.1 da convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido. O Estado tem, de acordo com a corte, o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade.

A investigação criminal, à luz do Estado Democrático de Direito, deve ser vista como um direito fundamental do indivíduo. Sua concretização ressalta um dever de proteção, cuja eficácia resta imprescindível.

Um primeiro ponto nessa questão deve ser a fixação dos limites da participação privada na investigação criminal, sob duas perspectivas: quanto à produção de elementos de prova e, por outro lado, quanto à pessoa que pode investigar. Até que ponto o ordenamento jurídico permite ao mesmo colher depoimentos, arregimentar documentos, fazer perícias e apresentá-los como argumentos de prova em procedimentos investigatórios oficiais? Pode uma auditoria contábil, que apurou sobre supostas fraudes em determinada empresa, ter seus relatórios incorporados a procedimentos oficiais?

O que se observa é que cada vez mais ao particular tem sido atribuídas tarefas e deveres de atuação no sentido de participação ativa na identificação e comunicação de práticas com indícios de crime. Veja-se, por exemplo, no caso da legislação de prevenção à lavagem de dinheiro, a figura dos “sujeitos obrigados” a reportar as operações atípicas ou suspeitas às unidades de inteligência financeira, cuja atuação negativa pode, inclusive, ser sancionada administrativa e até criminalmente.

Entendemos, portanto, que deve ser discutida a admissão da atuação privada na investigação criminal, notadamente quando a investigação regular promovida pelo ente estatal não funciona ou funciona mal, seja em cooperação ou em substituição aos órgãos oficiais de investigação.

Quem investiga e o que pode ser produzido por tal investigador? Rafael França busca o fundamento de validade na existência da ação privada subsidiária da pública, constitucionalmente prevista, para a admissão da participação particular na investigação criminal, uma vez que, se o particular pode propor ação penal, deve ter coletado elementos bastantes para tanto, o que, em consequência, leva à conclusão



pela viabilidade da investigação criminal privada subsidiária da pública ainda na fase preliminar ao processo penal.

Tal instituto permite evitar que o Estado, detentor do monopólio da investigação criminal, deixe de fazê-lo e archive notícias de crime sem os devidos fundamentos, seja pela ineficiência do Estado em dar início ao processo penal com a denúncia, cuja investigação oficial nem sequer possa ter sido desenvolvida, ou, ainda, para que obtenção das informações necessárias para alcançar as condições mínimas de propor a ação penal subsidiária.

O tema é reforçado ainda pela recente alteração no Estatuto da OAB, notadamente pelo inciso XXI do artigo 7º, ao instituir, entre os direitos do advogado:

“XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.”

Nos parece fora de qualquer dúvida que, nesse inciso, ao reforçar o papel do advogado na investigação criminal, reforça-se também a possibilidade da atuação do particular nas investigações privadas, notadamente nos casos em que a atuação do Estado tenha se demonstrando inerte ou ineficiente.

A atuação privada, por exemplo, mediante a realização de exames ou auditorias, pode permitir alcançar elementos que deixaram de integrar a investigação criminal feito pelo órgão estatal. Tal estrutura, sobretudo no âmbito corporativo, mediante a instituição de departamentos ou até mesmo diretorias de *compliance*, tem se tornado cada vez mais frequentes, sobretudo com o seu papel preventivo, mediante medidas, como por exemplo, a guarda de documentos considerados suspeitos, mensagens de correio eletrônico ou imagens de sistema de segurança, que podem ser perdidas pelo tempo ou mesmo pela ação de algum interessado na destruição de provas, prática essa tão recorrente no Brasil.

Rafael França, na obra já citada, parte da premissa de um “direito fundamental à polícia”, como gênero do qual o “direito à investigação criminal” seria uma de suas espécies, dentro de um contexto de proteção a direitos fundamentais, a partir de tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, em que é dever do Estado o desenvolvimento de atividades investigatórias, o que revela a obrigação de, dentre outras medidas, apurar indícios com seriedade e esgotamento de todas as possibilidades, isso por meio de atos ordenados, determinando e documentando dados que permitam definir a materialidade e a autoria de crimes. Embora a regra determine que o Estado detenha o monopólio da apuração de crimes no Brasil, há espaço para a participação privada em determinados casos e sob condições. Por outro lado, tal atuação necessita de regulamentação da atividade de investigador particular no país, tal qual, a título exemplificativo, ocorre no sistema norte-americano.

Assim, o tema ainda é objeto de poucas discussões na doutrina nacional, carecendo de uma profunda reflexão visando sua adequação e melhor garantia ao Estado Democrático de Direito, no sentido de que sejam estabelecidos critérios e limites para a atividade privada, que já se evidencia como uma constante no mundo moderno, no grande panoptico^[3] cujos instrumentos de acompanhamento e monitoramento cada vez se avolumam, sobretudo no mundo corporativo, e devem ser utilizados em benefício da



sociedade, notadamente na investigação criminal.

[1] FRANÇA, Rafael Francisco. *Participação Privada na Investigação Criminal no Brasil – Possibilidades e Limites*. Porto Alegre, Núria Fabris, 2015.

[2] Acerca do caso, recomenda-se o trabalho elaborado pela Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública, disponível em http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf, no qual se faz aprofundado estudo sobre o caso.

[3] Termo utilizado para designar uma penitenciária ideal concebida pelo filósofo e jurista inglês [Jeremy Bentham](#) em 1785. O conceito do desenho permite a um vigilante observar todos os prisioneiros sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. De acordo com o design de Bentham, este seria um design mais barato que o das prisões de sua época, já que requer menos empregados. O sistema panóptico seria aplicável, segundo Bentham, em prisões, escolas, hospitalis ou fábricas. Aquele que estivesse sobre uma torre ou estrutura circular central, poderia observar todos os presos (ou os funcionários, loucos, estudantes etc.), tendo-os sob seu controle. Fonte: Wikipédia (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pan-%C3%B3ptico>).

Date Created

09/02/2016