

**O TRANSPLANTE DA ANÁLISE DE CONTEXTO
PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL NO DIREITO
INTERNO COLOMBIANO**

// THE TRANSPLANTATION OF CONTEXT
ANALYSIS FOR THE CRIMINAL LAW
INVESTIGATION IN COLOMBIA'S DOMESTIC LAW

Carlos Bernal Pulido

>> RESUMO // ABSTRACT

O transplante de conceitos jurídicos é uma tendência do direito em nossos dias. Esta tendência tem especial importância na América Latina, onde as altas cortes de quase todos os países começaram a introduzir, no direito interno, conceitos e metodologias estruturadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma dessas metodologias é a análise de contexto. Este artigo estuda os principais problemas que suscita para a investigação penal. // In contemporary legal systems, the transplantation of legal concepts has become a trend. This trend is especially evident in Latin America, where the law from the highest legal institutions of many countries is being introduced into domestic law. Including concepts and methodological structures taken from the Inter-American Court of Human Rights. One of these methodologies is context analysis. This article studies the main problems that the transplantation of this methodology has for criminal investigation, by looking from international law and Colombia's domestic law.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Conceitos Jurídicos; Transplantes Jurídicos; América Latina; Análise de Contexto; Colômbia. // Legal Concepts; Legal Transplantations; Context Analysis; Colombia.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor associado da Macquarie Law School. Bacharel em Direito (Universidad Externado de Colombia, 1996), Doutor em Direito (Universidad de Salamanca, 2001), Master em Filosofia (Universidad de la Florida, 2008) e Doutor em Filosofia (Universidad de la Florida, 2011). E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au // Associate professor at Macquarie Law School. Graduated in law (Universidad Externado de Colombia, 1996), Doctor in Law (Universidad de Salamanca, 2001), Master in Philosophy (Universidad de la Florida, 2008) and Doctor in Philosophy (Universidad de la Florida, 2011). E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Tradução de Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais-Brasil, Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Master em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante, Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a UFMG. E-mail: gmariabfreitas@gmail.com; graca.borges@est.uexternado.edu.co. // The author thanks Livia Cherem for the translation of this article into English and Andrew Morrell for a careful revision of the translation.

I. INTRODUÇÃO

O transplante de conceitos jurídicos é uma tendência do direito em nossos dias. Esta tendência tem especial importância na América Latina, onde as altas cortes de quase todos os países começaram a introduzir, no direito interno, conceitos e metodologias estruturadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma dessas metodologias é a análise de contexto. Este artigo estuda os principais problemas que suscita para a investigação penal o transplante desta metodologia desde o direito internacional para o direito interno colombiano.

Este texto está centrado em três problemas teóricos: o problema conceitual, o problema funcional e o problema do transplante. O problema conceitual deriva de dois fatores. O primeiro é a existência de diferentes concepções acerca da análise de contexto. O segundo radica em que a investigação de fatos puníveis pode ser levada a cabo mediante o uso de várias metodologias. A análise de contexto é uma delas. Então, surgem as questões sobre em que se diferencia a análise de contexto das demais metodologias e que relações existem entre aquela e estas (são metodologias complementares, alternativas ou contraditórias?). De forma mais específica, o primeiro elemento consiste em que os operadores jurídicos internacionais e nacionais – neste último âmbito, notadamente, a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia – utilizam o conceito de análise de contexto com vários significados. Estes diversos significados podem ser denominados concepções. Isso faz com que o conceito de análise de contexto sofra de ambiguidade. É possível vincular interpretativamente a este conceito várias concepções. Portanto, é preciso investigar quais são essas concepções, que relações guardam entre elas e qual delas é preferível. O segundo elemento do problema conceitual é estabelecer quais são as relações existentes entre o conceito de análise de contexto e outros conceitos relevantes para a investigação de fatos puníveis. Em relação a esse aspecto, aqui se levará em conta os conceitos de designio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão. Estes conceitos foram utilizados no âmbito do direito internacional, sobretudo, pela jurisprudência da Corte Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como parte de metodologias de investigação de fatos puníveis complexos e sistemáticos.

Um segundo problema teórico a que dá lugar a utilização da análise de contexto no direito interno é o problema funcional. Este problema se refere à necessidade de estabelecer a função que cumpre esse tipo de análise. Ao menos três funções podem ser consideradas a esse respeito: ser uma heurística para a investigação penal, ser base para a imputação de responsabilidade penal, e ser substituto da prova. É preciso investigar este problema desde dois pontos de vista: um analítico e outro crítico-normativo. Desde a perspectiva analítica, deve ser estabelecido qual destas funções é a que a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia atribui ou pretende atribuir à análise de contexto. Desde a perspectiva crítico-normativa, é preciso determinar qual dessas funções é a que deve corresponder à análise de contexto dentro do marco de um Estado de direito.

A análise de contexto é uma metodologia de investigação judicial que a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia transplantou ao direito interno desde o direito internacional. O terceiro problema, ou seja, o problema do transplante, se refere à pergunta sobre se levar a cabo tal importação conceitual resulta admissível. Para responder a esta questão é preciso analisar três aspectos. Primeiro, quais são as condições que devem reunir os âmbitos de origem e de destino dos conceitos jurídicos para que um transplante seja admissível. Segundo e terceiro, se os âmbitos de origem e de destino da análise de contexto reúnem tais condições, de tal modo que o transplante desse conceito desde aquele até este possa ser catalogado como admissível.

II. O PROBLEMA CONCEITUAL

Esta seção se divide em três partes. Na primeira, se explica a diferença existente entre conceito e concepção em filosofia geral e na teoria do direito. Na segunda, se explora o surgimento do conceito de análise de contexto a partir dos conceitos de desígnio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão. Ali se defende a tese de que a análise de contexto é uma metodologia que se origina a partir de uma evolução desses outros conceitos no direito penal internacional e no direito internacional dos direitos humanos. Na terceira seção se expõe a maneira em que essa singular origem deu lugar a que a Procuradoria Geral da Nação da Colômbia faça emprego de distintas concepções do conceito de análise de contexto.

A. A DIFERENÇA ENTRE CONCEITO E CONCEPÇÃO EM FILOSOFIA E EM TEORIA DO DIREITO

O direito se refere a algumas ideias sobre as quais podem ser gerados debates intermináveis. Um exemplo claro é a ideia de justiça. Para os utilitaristas, por exemplo, a justiça consiste em distribuir bens na sociedade, de forma tal que se otimizem os benefícios e se minimizem os danos e os ônus. Por sua parte, para os que professam teorias deontológicas, a justiça consiste no respeito aos direitos humanos. Além disso, existem desacordos no interior dessas correntes teóricas. Os utilitaristas debatem sobre o que deve ser entendido por benefício, ao passo que quem defende a deontologia não compartilha um conceito uníssono de direitos humanos.

O uso no direito de conceitos que dão lugar a desacordos profundos suscitou o surgimento, na filosofia geral e na teoria do direito, da distinção entre conceito e concepção. Enquanto os conceitos se referem a ideias gerais, por exemplo, a ideia de justiça, as concepções denotam os variados entendimentos que os teóricos podem ter de cada um de tais conceitos. Assim, por exemplo, as distintas teorias utilitaristas e deontológicas expressam diferentes concepções do conceito de justiça.

A diferença entre o conceito e as concepções sobre um conceito se deve ao filósofo William Gallie, quem, em 1956, escreveu um influente artigo

com um título que poderia ser traduzido como “Conceitos essencialmente controvertidos” (Gallie: 1956). A ideia básica de Gallie é que certos conceitos teóricos que se aplicam à moral e ao direito, tais como os que aludem ao “justo”, ao “correto” e ao “bom”, são essencialmente controvertidos. Estes conceitos parecem ter um significado que, em parte, é compartilhado por quem os usa, como, por exemplo, que é bom evitar sofrimentos desnecessários. Sem embargo, mais além dessa zona de acordo, estes conceitos dão lugar a disputas e a que sejam usados pelos teóricos de formas diversas e, às vezes, inconsistentes entre si.

Depois de Gallie, John Rawls utilizou a diferença entre conceito e concepção em sua *Teoria da justiça* (Rawls: 1999). Rawls aludiu à distinção entre o conceito de justiça e à existência de diversas concepções particulares acerca da justiça. Dentro deste marco, Rawls defendeu sua ideia de justiça como equidade, como a melhor concepção de justiça.

Depois de Rawls, Ronald Dworkin valeu-se também da diferença entre conceito e concepção em *O império do Direito* (Dworkin: 1988). A ideia fundamental de Dworkin é que quando interpretam os conceitos constitucionais (como, p. ex., o conceito de igualdade), os juizes devem estabelecer qual é a concepção de ditos conceitos (p. ex., a concepção de igualdade) que melhor se ajusta à prática do direito. Dessa forma, Dworkin enfatizou que a diferença entre conceito e concepção deve levar os juristas a esquadriñar qual das diferentes concepções sobre um conceito é a mais apropriada.

A existência de várias concepções em relação aos conceitos também é relevante em relação a conceitos jurídicos que têm menos implicações valorativas. Um exemplo pode ser encontrado no conceito de causalidade. Em matéria de responsabilidade penal ou civil existem várias concepções sobre o conceito de causalidade. Uma delas é a de causalidade fática, que se refere a que, de fato, o evento ‘B’ tenha sido causado pelo evento ‘A’. Outras concepções da causalidade se referem à causalidade jurídica. De acordo com uma delas, o famoso *but for test*, pode ser reputado juridicamente que o evento ‘A’ foi causa do evento ‘B’ se, e somente se, no caso de que se o evento ‘B’ não tivesse acontecido, o evento ‘A’ tampouco havia tido lugar.

Quando um conceito dá lugar a várias concepções é preciso analisar ditas concepções, para estabelecer quando, de que maneira e em que sentido os interlocutores que participam no diálogo social o utilizam. Como a seguir se mostrará, devido à sua origem multiforme, em diferentes âmbitos do direito internacional, o conceito de análise de contexto deu lugar a várias concepções dentro do discurso da própria Procuradoria Geral da Nação. Resulta ineludível analisar tais concepções com três objetivos: primeiro, para ter clareza acerca do que significa e em que consiste a metodologia de análise de contexto; segundo, para estabelecer se alguma das diversas concepções desta metodologia poderia eventualmente resultar apropriada para sua aplicação no direito penal interno colombiano, e, se é assim, terceiro, para determinar qual delas seria a mais adequada.

B. ANÁLISE DE CONTEXTO, DESÍGNIO COMUM, ATIVIDADE CRIMINOSA CONJUNTA, MODUS OPERANDI, PRÁTICA E PADRÃO

Como mais adiante se verá, o conceito e a metodologia de análise de contexto pretendem servir de base para estruturar, de uma maneira mais forte ou mais débil, os fundamentos para imputar responsabilidade penal a indivíduos por sua participação em uma atividade penal coletiva. Nesse sentido, esta metodologia surge como uma elaboração dos conceitos prévios de desígnio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão, desenvolvidos e utilizados para fins similares – ainda que não idênticos – em vários âmbitos do direito internacional.

A) O CONCEITO DE DESÍGNIO COMUM

Um primeiro antecedente se encontra no conceito de desígnio comum. Este conceito foi utilizado pela primeira vez no âmbito da investigação de atividades penais coletivas, por parte das comissões e cortes militares criadas pelos aliados após sua vitória na Segunda Guerra Mundial. É bem certo que o conceito de desígnio comum já contava com uma trajetória notável no direito penal inglês. Sem embargo, foi no marco da segunda pós-guerra, que, pela primeira vez, foi utilizado para acusar e condenar as pessoas que trabalhavam nos campos de concentração e os adeptos do regime nazista que haviam incentivado as turbas e os linchamentos contra os aliados. A responsabilidade penal derivada do conceito de desígnio comum exigia a existência de evidências de que o acusado era consciente (*mens rea*, é a expressão anglo-saxã relevante) de que sua conduta havia contribuído ao delito de alguma maneira (ver os casos *Werner Rohde & Eight Others* e *Bruno Tesch & Others*)¹. Junto a isso, exigia um elemento físico que era um tanto ambíguo. Tratava-se de que a cooperação do acusado houvesse tido um efeito real na prática do delito (ver o caso *Max Wielen & Seventeen Others*). Deve ser advertido que esta teoria não permitia diferenciar o delinquente do cúmplice. Todos os acusados eram considerados como partícipes no delito em um mesmo grau.

B) O CONCEITO DE ATIVIDADE CRIMINOSA CONJUNTA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

Um segundo antecedente do conceito de análise de contexto se encontra na doutrina da atividade criminosa conjunta (*Join Criminal Enterprise*). Esta doutrina foi acunhada e utilizada pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, e logo, pela Corte Penal Internacional para Ruanda. Ela estabelece um modelo de responsabilidade penal pessoal derivado da comissão de um delito coletivo (Olásolo: 2009).

O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia desenhou o conceito de atividade criminosa coletiva no caso *Tadić*. Em tal processo, a sala de apelações da Corte se referiu às debilidades da doutrina do desígnio comum, explicadas na seção anterior. Sustentou que o conceito

de desígnio comum se aplicava a três categorias diferentes de delitos coletivos. A primeira categoria se refere aos casos nos quais todos os acusados têm a mesma intenção de levar a cabo um desígnio penal comum (p. ex., o homicídio de uma pessoa). A segunda categoria tem a ver com os casos atinentes aos campos de concentração. Em tais casos se exige que o acusado tenha tido participação ativa na implementação de um sistema de repressão. Esta participação pode ser inferida de sua posição de autoridade e das funções específicas que cada acusado cumpria. Além disso, o elemento subjetivo-intencional abarcava dois aspectos: (1) o conhecimento da natureza do sistema de repressão e (2) a intenção de levar a cabo o desígnio comum mediante o maltrato dos prisioneiros no campo de concentração. Este elemento subjetivo-intencional também podia ser inferido da posição que o acusado tinha no campo de concentração. Por último, a terceira categoria alude a casos nos quais um dos perpetradores leva a cabo um ato que, apesar de afastar-se do desígnio comum, é uma consequência natural e previsível de fazer efetivo o desígnio comum (*Tadić*: 228).

Destas três categorias, é a terceira a que resulta mais debatível desde o ponto de vista teórico. Dela pode ser derivada a responsabilidade penal de pessoas que tiveram uma implicação bastante remota com os fatos delictivos. No caso *Tadić*, por exemplo, o acusado foi condenado com base na doutrina concernente a esta categoria. Em desacordo com o determinado pela sala de primeira instância, a sala de apelações condenou a *Tadić*, pelo homicídio de cinco pessoas que foram transportadas para fora de Jaskici, com o mesmo grau de responsabilidade com o que foram condenados quem de fato perpetraram o homicídio. A sala de apelações argumentou que se havia provado que, apesar de que *Tadić* não havia levado a cabo fisicamente o homicídio, sim compartilhava com os perpetradores a intenção de transportar as vítimas para fora de Jaskici. Ademais, a sala considerou que o homicídio de tais vítimas durante sua mobilização fora de Jaskici era previsível.

Isso quer dizer que o elemento subjetivo-intencional da terceira categoria da teoria do desígnio comum é diferente daquele das duas primeiras. As duas primeiras exigem do acusado a intenção de participar e de levar a cabo a atividade criminosa que constitui o propósito do grupo. Exigem que todos os participantes tenham esta mesma intenção. Diversamente, a utilização da terceira categoria faz possível atribuir responsabilidade penal ao participante em um crime que se afaste do objetivo comum (no caso *Tadić*, o objetivo era transportar as vítimas para fora de Jaskici), quando se apresentam as seguintes duas condições: (1) que seja previsível que algum dos membros do grupo perpetre o delito sobrevivendo como parte da atividade comum; y (2) que o acusado voluntariamente haja aceitado esse risco (*Tadić*: 192).

Em razão da particularidade dessa terceira categoria, desde então se independizou como a doutrina da atividade criminosa coletiva. Esta doutrina fundamenta a imputação de delitos coletivos, quando por detrás destes existe um plano coletivo ou uma política desenhada ou implementada por indivíduos que atuam em diferentes níveis e com

papéis distintos, cada um dos quais contribui de uma maneira particular para alcançar o objetivo criminoso conjunto. O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia utilizou o conceito de atividade criminosa coletiva sobretudo para acusar e condenar a autores intelectuais, quer dizer, políticos e militares de alto nível que, em sua qualidade de superiores hierárquicos, idealizaram a comissão de crimes internacionais. Dentro deste marco, o exemplo mais proeminente é o da Sentença contra de Slobodan Milosevic.

C) *MODUS OPERANDI*, PRÁTICA E PADRÃO

As noções de *modus operandi*, prática e padrão também guardam uma relação conceitual com a metodologia de análise de contexto. Em uma extensa jurisprudência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (de agora em diante, a CIDH) utilizou estas noções com o fim de encontrar uma base para imputar não agora responsabilidade penal a indivíduos, senão responsabilidade internacional aos Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos por violações aos direitos humanos cometidas por autoridades estatais. Dentro deste âmbito, a base para a imputação de responsabilidade estatal é a reconstrução de certas maneiras de atuar reiteradas por parte das autoridades estatais, que dá lugar a certas práticas e padrões de comportamento reconhecidos publicamente e que são violadores dos direitos humanos.

Sobre esta base, por exemplo, a CIDH declarou a responsabilidade internacional de Honduras, nos casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís*, por desaparecimentos forçados cometidas no meio de uma situação de violência generalizada no país. Ditas desaparecimentos faziam parte de uma prática oficial de persecução contra a oposição. No caso marco, *Velásquez Rodríguez*, a CIDH sustentou:

... no modus operandi da prática de desaparecimentos, os sequestros seguiram o mesmo padrão: se usava automóvel com vidros escurecidos (cujo uso requer uma permissão especial da Direção de Trânsito), sem placas ou com placas falsas e os sequestradores algumas vezes usavam trajes especiais, perucas, bigodes postiços, o rosto coberto, etc. Os sequestros eram seletivos. As pessoas eram inicialmente vigiadas, em seguida, se planificava o sequestro, para o qual se usavam micro-ônibus ou carros fechados. Algumas vezes eram sequestradas no domicílio, outras na via pública. Em um caso em que interveio um carro patrulha e interceptou os sequestradores, estes se identificaram como membros de um corpo especial das Forças Armadas e se lhes permitiu ir-se com o sequestrado (Velásquez Rodríguez: 99).

Na mesma Sentença, a Corte assinalou que os conceitos de *modus operandi*, prática e padrão permitem condenar a um Estado por violações dos direitos humanos, apesar de não existir uma evidência concreta disso. Nesse sentido, a Corte aclarou: “Quando a existência de tal prática ou política haja sido provada, é possível, seja mediante prova circunstancial ou

indireta, ou ambas, ou por inferências lógicas pertinentes, *demonstrar* a desapareição de um indivíduo concreto, que de outro modo seria impossível, pela vinculação que esta última tenha com a prática geral” (Velásquez Rodríguez: 124, ênfase fora do texto).

Desta maneira, para evidenciar a responsabilidade do Estado por uma determinada violação dos direitos humanos, basta provar (1) a existência de um *modus operandi*, uma prática ou um padrão de violação de direitos humanos, e (2) que existe algum tipo de vinculação entre a violação dos direitos humanos e aquele *modus operandi*, prática ou padrão.

A CIDH, sem embargo, precisou que, em razão do impacto que tem sobre o devido processo, esta metodologia é diferente daquela que deve ser utilizada no interior dos Estados para fundamentar a imputação de responsabilidade penal. Neste sentido, a Corte aclarou: “Para um tribunal internacional, os critérios de valoração da prova são menos formais que nos sistemas legais internos. No que tange ao requerimento de prova, esses mesmos sistemas reconhecem gradações diferentes que dependem da natureza, caráter e gravidade do litígio” (Velásquez Rodríguez: 128).

Além disso, esclareceu: “a proteção internacional dos direitos humanos não deve ser confundida com a justiça penal. Os Estados não comparecem ante a Corte como sujeitos de ação penal. O Direito internacional dos direitos humanos não tem por objeto impor penas às pessoas culpadas de suas violações, senão amparar às vítimas e dispor sobre a reparação dos danos que lhes tenham sido causados pelos Estados responsáveis por tais ações” (Velásquez Rodríguez: 134).

De alguma maneira, essa diferença se deve ao propósito de aliviar as dificuldades que tem o demandante para ter acesso às evidências para um processo internacional. A CIDH sustentou a respeito: “[à] diferença do Direito penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode repousar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não podem ser obtidas sem a cooperação do Estado” (Velásquez Rodríguez: 135).

Por último, é relevante destacar que a metodologia baseada nas noções de *modus operandi*, prática e padrão foi utilizada pela CIDH em outros casos, tais como *Loayza Tamayo*, *Castillo Páez*, *Blake*, *Massacre de Plan de Sánchez*, *Massacre dos 19 comerciantes*, *Mapiripán*, *Pueblo Bello*, *Ituango* e *La Rochela*, estes últimos cinco contra Colômbia.

C. CONCEITO E CONCEPÇÕES DA ANÁLISE DE CONTEXTO

Com base no estudo do surgimento da análise de contexto a partir dos conceitos de designio comum, atividade criminosa conjunta e *modus operandi*, prática e padrão, é possível empreender agora a tarefa de discernir em que consiste o conceito de análise de contexto, e se trata-se de um conceito unívoco ou, pelo contrário, de um conceito que dá lugar a várias concepções.

Para este fim, aqui serão levadas em conta quatro fontes oficiais da Procuradoria Geral da Nação: a Resolução 1810 de 2012, mediante a qual o Procurador Geral da Nação criou a Unidade Nacional de Análise e

Contextos; o livro *La priorización* (Fiscalía, 2013,b); o Relatório do primeiro ano da Unidade Nacional de Análise e Contextos: “Inovação na investigação penal. Relatório de Prestação de contas 2012-2013” (Fiscalía, 2013,a); e a Diretiva 001 de 2012.

1) A ANÁLISE DE CONTEXTO NA RESOLUÇÃO 1810 DE 2012

A Resolução 1810 de 2012 torna explícitas várias propriedades do conceito de análise de contexto. Sem embargo, ao mesmo tempo, contém algumas ambiguidades que originam diversas concepções deste conceito.

Uma avaliação do texto de tal Resolução revela que a análise de contexto é um novo “paradigma de investigação” dos delitos ou um novo “modelo de gestão judicial da investigação penal”. Este modelo se opõe a um modelo anterior, que se qualifica de ineficaz, e de ser causa de impunidade. De acordo com a Resolução, a característica principal do modelo anterior consiste em que os delitos eram investigados como “fatos isolados”. Se isso é assim, deve concluir-se que uma propriedade essencial do novo modelo é que nele não se investigam os delitos como fatos isolados.

Contudo, a Resolução torna-se obscura no que concerne à explicação dos alcances dessa característica. Por uma parte, a Resolução estabelece que o novo modelo se enfoca no “desenho e implementação de umas estratégias que conduzam a combater, de maneira eficaz, os diversos fenômenos delinquentes atribuíveis a organizações delitivas”. Esta primeira indicação daria lugar a pensar que o novo modelo será aplicado exclusivamente para a persecução de delitos atribuíveis a organizações delitivas. É possível chamar a esta concepção da análise de contexto a *concepção subjetiva* atinente a organizações delitivas. Resulta plausível vincular esta concepção às doutrinas internacionais do desígnio comum ou da atividade criminosa conjunta. Tais doutrinas também se oferecem como metodologias para o esclarecimento de fatos puníveis que podem ser atribuídos a organizações.

Não obstante, a Resolução, de forma um tanto misteriosa, assinala que o novo modelo pretende corrigir o seguinte problema: “que a atividade investigativa da Procuradoria Geral da Nação não pôde ser focalizada na persecução de delitos, que se bem é certo, não são perpetrados por organizações delitivas, mas afetam de maneira irreversível o tecido social da Nação, devido a sua particular gravidade em termos de vulneração dos direitos fundamentais das vítimas, dos bens juridicamente amparados ou pela existência de padrões culturais discriminatórios”.

Desta indicação derivaria uma segunda concepção do conceito de análise de contexto. Trata-se de uma *concepção objetiva* desta. Segundo esta concepção, o modelo do contexto não se aplicaria à persecução de delitos cometidos por organizações delitivas, senão de delitos que afetam de maneira irreversível (o significado de “irreversível” não é de todo claro) o tecido social e vulneram gravemente os direitos fundamentais.

A concepção subjetiva da análise de contexto, ou seja, a primeira, dá lugar ao problema de identificar o que deve ser entendido por

um delito perpetrado por uma organização delitiva. A concepção objetiva, quer dizer, a segunda, dá lugar a um problema maior. Ela implica uma mudança total de paradigma da investigação penal dos delitos que afetam de maneira irreversível o tecido social e que implicam graves violações aos direitos fundamentais.

Um câmbio de paradigma desta natureza não pode ser objeto de uma Resolução da Procuradoria senão de uma reforma constitucional. A Constituição Política é a fonte de direito chamada a estabelecer as bases do sistema penal. Se o povo considera que tais bases devem ser reformadas, então é preciso emendar o texto da Constituição Política, por exemplo, da forma em que se levou a cabo mediante os atos legislativos 03 de 2002 e 02 de 2003, que estruturaram o sistema acusatório.

Uma leitura sistemática da Resolução parece indicar que a concepção que nela se estabelece é a concepção subjetiva atinente a organizações delitivas. Neste sentido, a Resolução fundamenta a criação da Unidade Nacional de Análise de Contexto da Procuradoria Geral da Nação, em que deve ser acolhido “um modelo de investigação que permita adiantar a indagação das condutas delitivas não como fatos isolados e desconexos, senão como o resultado do acionar de organizações delitivas dentro de um determinado contexto”, ou, em outros termos, “um modelo investigativo onicompreensivo do fenômeno criminoso, suportado sobre a análise criminal e a construção de contexto”. Dita Unidade, portanto, se perfilha como uma “unidade especializada em análise criminal que lhe permita à Procuradoria Geral da Nação criar os respectivos contextos e desentranhar os fenômenos delitivos da macro-criminalidade”.

Contudo, a Resolução não limita a competência desta Unidade à concepção subjetiva. No sentido da concepção objetiva, também lhe atribui poderes para investigar casos de alta prioridade e aqueles que afetam de maneira grave os direitos e garantias fundamentais. Neste aspecto, a Resolução incorre também em vagueza, porque não define o que deve ser entendido por “alta prioridade” nem por afetação grave dos direitos e garantias fundamentais, dentro deste marco.

2) A ANÁLISE DE CONTEXTO NO LIVRO A PRIORIZAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DA NAÇÃO

Sobre este último tema resulta pertinente o que tanto o Procurador Geral da Nação como o, então, Diretor da Unidade Nacional de Análise e Contextos sustentam no livro *A priorização* (Fiscalía, 2013,b).

De acordo com o Procurador Geral da Nação, a priorização “é uma técnica de gestão da investigação penal que permite estabelecer uma ordem de atenção entre petições cidadãs de justiça com o fim de garantir, em condições de igualdade material, o gozo efetivo do direito fundamental de acesso à administração de justiça” (Fiscalía, 2013,b: 20). O Procurador vincula, de uma forma que não resulta de todo clara, a investigação de contexto com o outorgamento de prioridade a algumas petições cidadãs de justiça. De forma metafórica, o Procurador explica a investigação de contexto como a tarefa de elucidar o funcionamento dos elementos da

maquinaria [delitiva]” (ibíd.). Sustenta que “pretende-se não investigar todos e cada um dos delitos cometidos pelo aparato organizado de poder, como se tratassem de condutas isoladas, senão [...] compreender a estrutura e o funcionamento de organizações a serviço delitivo, a efeitos de imputar responsabilidade penal aos máximos responsáveis, sejam planejadores ou colaboradores” (ibíd.).

Desta maneira, reitera a concepção subjetiva da análise de contexto, atinente às organizações delitivas. Sem embargo, não resta claro que relação tem isso com os temas prioritários, ou dito na terminologia do Ato Legislativo 01 de 2012, que estabelece os instrumentos de justiça transicional do Marco Jurídico para a Paz, com o conceito de priorização². Nem todos os temas que podem ser catalogados como prioritários se relacionam necessariamente com organizações delitivas, nem todos os delitos perpetrados por organizações delitivas se relacionam com temas prioritários, como aqueles que se mencionam em *A priorização*, a saber, “graves violações aos direitos humanos e infrações ao Direito Internacional Humanitário” (Fiscalía, 2013,b: 21).

Que concepção da análise de contexto seja a prevalecente para a Procuradoria Geral da Nação, é algo que fica ainda menos claro, se atende-se à contribuição de Alejandro Ramelli Arteaga, então Chefe da Unidade Nacional de Análise e Contextos, ao livro *A priorização*. De forma desconcertante, Ramelli sustenta uma terceira concepção da análise de contexto. Aqui se denominará a *concepção da investigação de crimes desde a perspectiva internacional*. De acordo com Ramelli, o objetivo da Unidade de Análise e Contextos é “a persecução de crimes internacionais” (Fiscalía, 2013,b: 22, ênfase fora do texto). Ramelli aclara que esta tarefa implica “a conformação de uma equipe de expertos (sociólogos, cientistas políticos, etc.) dirigida a construir os contextos de violência, em especial nas diferentes regiões do país” (ibíd.). Além disso, sustenta que tal trabalho “permitiria: (i) determinar atores e fatores do conflito armado; (ii) estruturas de comando; (iii) colaboradores, entre outros” (ibíd.).

Se bem esta terceira concepção vincula o conceito de análise de contexto com metodologias de investigação como as do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, antes explicadas, ela suscita várias perplexidades. A primeira é que parece apartar-se do que estabelece a Resolução 1810 de 2012, que relaciona a análise de contexto com as organizações criminosas e não com crimes internacionais. A segunda é que, à primeira vista, não parece claro que seja competência da Procuradoria Geral da Nação a investigação de crimes internos com as metodologias do direito internacional. Ademais, no que tange ao aspecto metodológico, essa possibilidade seria contrária à própria jurisprudência da CIDH que adverte das diferenças abismais que existem entre a investigação da responsabilidade internacional de um Estado e a investigação penal doméstica.

3) A ANÁLISE DE CONTEXTO NO RELATÓRIO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DO PRIMEIRO ANO DA UNIDADE DE ANÁLISE E CONTEXTOS E NA DIRETIVA 001 DE 2012 DA PROCURADORIA GERAL DA NAÇÃO

O documento “Inovação na investigação penal. Relatório de Prestação de contas 2012-2013” (Fiscalía, 2013,a), correspondente ao primeiro ano de trabalho da Unidade Nacional de Análise e Contextos, faz pensar que, na prática, esta Unidade (UNAC) se encaminhou por uma simbiose entre a primeira e a terceira concepção da análise de contexto. Esta simbiose resulta na investigação de crimes de organizações delitivas desde a perspectiva e com as metodologias que se utilizam no direito internacional. Neste sentido, o Relatório faz explícito que “no centro do desenho de uma metodologia para a UNAC se encontra o diálogo interdisciplinar entre o direito e as ciências sociais, ademais da discussão sobre como estabelecer as responsabilidades individuais sobre fatos cometidos por organizações, alianças ou redes criminais. Este guia metodológico toma como ponto de partida as práticas internacionais sobre a investigação penal de crimes internacionais e crimes de sistema assim como a análise delitual estratégica, entre outras fontes” (Fiscalía, 2013,a: 41).

Para levar a cabo esta tarefa, a metodologia de análise de contexto se divide em quatro fases: “(1) Delimitação e caracterização de situações; (2) Identificação dos máximos responsáveis; (3) Investigação para a acusação dos máximos responsáveis; e (4) juízo” (Fiscalía, 2013,a: 42).

Entretanto, cabe aqui perguntar-se se a construção do contexto neste marco constitui uma heurística, quer dizer, uma rota de investigação para a consecução de provas, ou se o contexto se utiliza para substituir as provas. Desta disjuntiva surgem outras duas concepções da análise de contexto: *a análise de contexto como heurística y a análise de contexto como sucedâneo de prova. Recorde-se que a CIDH utiliza a análise de modus operandi*, práticas e padrões como sucedâneo de prova da responsabilidade internacional de um Estado por um fato particular. A pergunta é se a Unidade de Análise e Contextos adota esta mesma perspectiva. Este é o objeto do problema funcional da análise de contexto, que se aborda à continuação.

III. O PROBLEMA FUNCIONAL

Um segundo problema a que dá lugar a utilização da análise de contexto no direito interno é o problema funcional. Este problema se refere à necessidade de esclarecer a função que cumpre este tipo de análise. Ao menos três possíveis funções podem ser consideradas a este respeito: ser uma heurística para a investigação penal, ser base para a imputação de responsabilidade penal, e ser sucedâneo de prova.

É preciso investigar este problema desde dois pontos de vista: um analítico e outro crítico-normativo. Desde a perspectiva analítica, deve ser estabelecido qual destas funções é a que a Unidade de Análise e Contextos atribui ou pretende atribuir à análise de contexto. Desde a perspectiva

crítico-normativa, é preciso determinar qual destas funções é a que deve corresponder à análise de contexto dentro do marco do Estado de direito.

No que tange à perspectiva analítica, há alguns apartes do Relatório “Inovação na investigação penal” (Fiscalía, 2013,a) dos quais cabe derivar a conclusão de que a Procuradoria Geral da Nação considera a análise de contexto como uma heurística. Assim, por exemplo, segundo este Relatório, dentro das quatro fases que o compõe,

... tanto procuradores como investigadores e analistas participam de maneira coordenada, com objetivos estratégicos comuns porém com tarefas diferenciadas. Isso permite que as hipóteses investigativas se nutram da perspectiva de diferentes disciplinas e que os achados da investigação em contexto possam guiar a consecução do material probatório, de maneira tal, que a verdade judicial se acerque o mais possível ao ocorrido e que, ademais, se possam estabelecer responsabilidades individuais atendendo ao funcionamento de organizações, alianças e redes criminais. Este último permite que se possa investigar tanto os responsáveis diretos dos fatos – conhecidos como autores materiais – [...] como os responsáveis, mais distantes dos fatos, porém que, sem embargo, em ocasiões, são os que mais se beneficiaram dos crimes – conhecidos como autores intelectuais ou mandantes – (Fiscalía, 2013,a: 42, ênfase fora do texto)

Não obstante, em uma interpretação conjunta deste Relatório e da Diretiva 001 de 2012 pode fundar-se a dúvida de se em alguns aspectos a análise de contexto acaso possa ser utilizada pela Procuradoria Geral da Nação como base para a atribuição de responsabilidade penal ou inclusive como sucedâneo de prova. Nesta direção, o Relatório especifica que na primeira fase da análise de contexto “a delimitação de situações [a investigar] pode provir da análise de um caso particular, a partir do qual se encontrem padrões comuns com outros, ou que este exemplifique um plano criminoso e seja representativo dos padrões de conduta delitiva, características de uma organização, aliança ou rede criminosa” (Fiscalía, 2013,a: 44).

A reconstrução destes padrões (note-se que aqui inclusive o vocabulário é o mesmo da jurisprudência da CIDH, na qual a reconstrução destes padrões é um sucedâneo de prova) se leva a cabo mediante a formulação do contexto no que, supostamente, tiveram lugar. De acordo com a Diretiva 001 de 2012, se entende por contexto o “marco de referência abrangente de aspectos essenciais, acerca de a) os elementos de ordem geográfica, política, econômica, histórica e social, no qual foram perpetrados delitos por parte de grupos criminosos, incluídos aqueles nos quais servidores públicos e particulares colaboraram em sua realização. Deve igualmente compreender b) uma descrição da estratégia da organização delitiva, suas dinâmicas regionais, aspectos logísticos essenciais, redes de comunicações e manutenção de redes de apoio, entre outros”.

A partir dessa definição, os objetivos perseguidos com a formulação do contexto, segundo a Directiva 001 de 2012, são: estabelecer a verdade dos fatos; evitar a sua repetição; estabelecer a estrutura da organização

criminosa; definir os níveis de responsabilidade dos membros da organização delitiva e de seus colaboradores; articular os processos internos da Procuradoria com vistas a estabelecer padrões de conduta e cadeias de comando, e desenvolver esquemas de imputação penal que contemplem a possibilidade de determinar as responsabilidades das organizações criminosas e de seus membros.

Esta descrição da tarefa de formulação do contexto suscita dúvidas acerca do rigor da exigência de provas das responsabilidades individuais dos sujeitos que possam ser vinculados a uma investigação penal guiada pela análise de contexto. Uma vez formulado o contexto, ainda é necessário que, para a acusação de um indivíduo particular pelo acontecimento de um delito determinado, se prove a comissão de dito delito por parte do indivíduo e, no caso de que se trate de um delito coletivo, o grau preciso de participação do indivíduo em tal delito? Nem o Relatório nem a Diretiva atribuem a esta pergunta uma resposta categórica³. Só uma resposta afirmativa, sem exceções nem ambiguidades, a esta questão garantirá que a análise de contexto não se converta em um sucedâneo da prova.

Entretanto, desde a perspectiva normativa, deve ser dito que a análise de contexto pode ser uma metodologia muito apropriada como heurística para a investigação penal. Não cabe dúvida de que a construção de contextos pode orientar os investigadores por bom caminho para a coleta de evidências e a identificação de responsáveis de fatos ilícitos. Além disso, enquanto heurística, a análise de contexto é uma estratégia que favorece a celeridade e a eficiência na atuação da administração de justiça.

Pelo contrário, utilizar a análise de contexto como sucedâneo de prova e como fundamento único para a imputação de responsabilidade penal resulta contrário à presunção de inocência. De acordo com esta presunção, reconhecida no inciso 4º do artigo 29 da Constituição Política da Colômbia, “[t]oda pessoa se presume inocente enquanto não seja declarada judicialmente culpada”. Os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia – que fazem parte do bloco de constitucionalidade em virtude do artigo 93 da Constituição Política – contêm tal garantia em termos similares. Assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece em seu artigo 8º que “[t]oda pessoa acusada do delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se estabeleça legalmente sua culpabilidade”. A seu turno, o artigo 14.2 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos prescreve que “[t]oda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei”. Como deriva desta normativa, a presunção de inocência acompanha a pessoa investigada por um delito “até a decisão ou veredito definitivo e firme de culpabilidade”. Então, o sujeito a quem possivelmente deva ser imposta uma sanção se presume inocente, a menos que existam provas suficientes que demonstrem o contrário. Em palavras da Corte Constitucional, no marco do direito penal, com fundamento neste princípio, “qualquer pessoa é inicial e essencialmente inocente, partindo do suposto de que só se pode declarar responsável o acusado ao termo de um processo no qual deva estar rodeado das plenas garantias processuais e se lhe haja demonstrado

sua culpabilidade” (Sentença C-289 de 2012, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto).

Presumir algo é supor que existe e que é indiscutível ainda que não se encontre provado. A presunção consiste em um juízo do constituinte ou do legislador, em virtude do qual se considera como certo um fato com fundamento nas regras ou máximas da experiência, que indicam o modo normal em que o fato sucede. A presunção se converte em um guia para a valoração das provas, de tal maneira que estas devem demonstrar que o fato presumido não é certo. Desta maneira, a presunção de inocência impõe o ônus da prova a quem acusa, especialmente, aos órgãos estatais que cumprem esta função. O trabalho destes órgãos consiste em demonstrar, sem que reste nenhuma dúvida razoável, que o acusado é responsável pelo fato que lhe é imputado e que, portanto, se faz merecedor da sanção prevista no direito. A presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum* ou legal. Isso quer dizer que não é uma presunção absoluta. As provas da acusação podem afastá-la. Sem embargo, só pode ficar afastada definitivamente quando se profere uma Sentença que tenha caráter definitivo e que se funde em evidências convincentes.

Nesse sentido, como enfatizou a Corte Constitucional na Sentença SU-960 de 1999 (Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo), a presunção de inocência “exclui, portanto, toda predeterminação legal da responsabilidade penal, todo pré-julgamento por parte do julgador no caso concreto, toda presunção de culpa e toda forma de responsabilidade objetiva”. Nenhum órgão estatal pode presumir a responsabilidade penal de ninguém. A responsabilidade penal e a culpabilidade, pelo contrário, devem ser demonstradas com plena certeza, “no curso de um devido processo, perante um tribunal competente, conforme as regras pré-existentes ao ato que se lhe imputa, e com a plena garantia de sua defesa” (ibid.). Qualquer tipo de responsabilidade penal objetiva ou qualquer norma que presuma a culpabilidade do imputado, portanto, está proscrita do ordenamento jurídico colombiano.

A presunção de inocência “se constitui em regra básica sobre o ônus da prova” de acordo com a qual “corresponde sempre à organização estatal o ônus de provar que uma pessoa é responsável por um delito (...) o que se conhece como princípio *onus probandi incumbit actori*. A atividade probatória que desenvolva o organismo investigador deve então ser dirigida a destruir a presunção de inocência de que goza o acusado, a produzir uma prova que respeite as exigências legais para sua produção, de maneira suficiente e racional, no sentido de ajustar-se à experiência e à sã crítica. Assim pois, não incumbe ao acusado desenvolver nenhuma atividade a fim de demonstrar sua inocência, o que conduziria a exigir-lhe a demonstração de um fato negativo, quando, pelo contrário, é o acusador que deve demonstrar-lhe sua culpabilidade” (Sentença C-289 de 2012, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto). Dessa maneira, “o acusado não está obrigado a apresentar prova alguma que demonstre sua inocência, e pelo contrário ordena às autoridades judiciais competentes a demonstração da culpabilidade do agente” (Sentença C-774 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil). É um direito que “acompanha o acusado

desde o início da ação penal (por denúncia, representação ou de ofício) até a decisão ou veredito definitivo e firme de culpabilidade, e exige para ser desvirtuada a convicção ou certeza, mais além de uma dúvida razoável, baseada no material probatório que estabeleça os elementos do delito e a conexão deste com o acusado” (Sentença C-774 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil). Isso é assim porque, ante à dúvida acerca da realização do fato e da culpabilidade do agente, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual toda dúvida deve ser resolvida em benefício do acusado. É por esta razão que a presunção de inocência é a instituição jurídica mais importante com a que contam os particulares para resguardar-se da possível arbitrariedade das atuações do Estado, quando este exerce o *ius puniendi*. Como consequência, não só é um princípio próprio do devido processo, senão uma garantia da dignidade humana, da liberdade, da honra e do bom nome.

Resulta manifesto que utilizar a metodologia de análise de contexto para imputar responsabilidade penal ou como sucedâneo da prova resultaria incompatível com esta bem consolidada jurisprudência constitucional sobre a presunção de inocência. A vinculação de pessoas a uma investigação penal mediante a construção de um contexto não releva o investigador da tarefa de encontrar evidências certas acerca da participação concreta de cada um dos investigados no fato punível que se investiga. Se o investigador não pode coletar estas evidências, então será necessário seguir presumindo como inocentes os investigados. Isso não quer dizer que a análise de contexto não possa ser utilizada como uma heurística para a investigação penal, que ilumine a Procuradoria nas melhores vertentes para a busca de provas. Sem embargo, a presunção de inocência impõe em todo caso à Procuradoria o dever de coletar tais provas e de acusar a um investigado somente quando existem evidências concretas e fiáveis de sua participação em um fato punível. O contrário suporia uma inversão inconstitucional e ilógica do ônus da prova. De ser admitido que a Procuradoria possa acusar a um investigado só por sua vinculação a um contexto, então dito investigado se veria forçado a ter que provar um fato negativo indeterminado, quer dizer, que, apesar de sua vinculação ao contexto, não participou no fato punível que se lhe imputa. Uma inversão do ônus da prova semelhante violaria, sem dúvida alguma, a presunção de inocência.

Isso quer dizer que a presunção de inocência faria inadmissível que a análise de contexto pudesse ser transplantada desde o direito internacional até o direito interno, para que cumpra neste uma função idêntica à que cumpre naquele. Este é o assunto central do problema do transplante que se aborda à continuação.

IV. O PROBLEMA DO TRANSPLANTE

A análise de contexto é uma metodologia de investigação judicial que a Procuradoria Geral da Nação transplantou ao direito interno desde o direito internacional. O problema do transplante se refere à pergunta a

respeito de se ser levado a cabo dito transplante resulta admissível. Para responder a esta questão é preciso analisar dois aspectos. Primeiro, quais são as condições que devem reunir os âmbitos de origem e de destino dos conceitos jurídicos para que um transplante seja admissível. Segundo, se os âmbitos de origem e de destino da análise de contexto reúnem tais condições, de tal modo que o transplante de dito conceito desde aquele até este possa ser catalogado como admissível. Estes aspectos serão desenvolvidos nas seguintes seções, sobre transplantes e migrações de conceitos jurídicos (A), e sobre a comparação entre o marco de origem (a responsabilidade coletiva e a busca da verdade em direito internacional) e o marco de recepção (a responsabilidade penal individual no direito interno) da análise de contexto (B).

A. TRANSPLANTES E MIGRAÇÕES DE CONCEITOS JURÍDICOS

Aquela dos transplantes e das migrações de conceitos jurídicos é uma das manifestações da interação dos sistemas jurídicos que mais se acentuaram com a globalização. Sem embargo, diante de cada transplante cabe perguntar-se, por uma parte, se existe alguma razão que justifique o fato de que um conceito jurídico ou uma metodologia jurídica, como a da análise de contexto, migre de um sistema jurídico a outro; e, por outra, se dita migração é apropriada.

As duas perguntas foram o objeto de uma abundante literatura na filosofia do direito e no direito constitucional comparado (sobre este aspecto, ver a literatura comentada por Choudhry: 2007, 7). Em geral, a possibilidade de justificar o transplante de um conceito ou metodologia depende de dois fatores. Primeiro, se existe uma justificação em abstrato para o uso de dito conceito ou metodologia. No que concerne a esta investigação, esse aspecto se refere a se o uso da análise de contexto está justificado em abstrato. O segundo fator é se existe uma justificação concreta para tomar o conceito tratado desde um sistema de direito estrangeiro e transplantá-lo a outro sistema jurídico, em um tempo determinado, e em uma área do direito em particular (p. ex., transplantar a metodologia da análise de contexto desde o direito internacional até o direito penal interno colombiano).

Esta seção não se centra no primeiro fator. Seu centro de atenção é o segundo. Os conceitos jurídicos, como a metodologia de análise de contexto, podem ser tomados emprestados e ser transplantados desde um sistema jurídico a outros. Existe uma correlação entre a justificação em abstrato para o uso de um conceito jurídico e a justificação concreta para sua migração. Uma razão válida para transplantar conceitos jurídicos deriva de sua racionalidade e legitimidade intrínsecas. Sem embargo, nem esta justificação em abstrato nem o fato de que um uso concreto do conceito jurídico no contexto original resulte plausível, constituem razões que, *per se*, façam admissível sua migração. O direito constitucional e o direito penal interno, no que se enquadra o uso da metodologia da análise de contexto por parte da Procuradoria Geral da Nação, são, em parte, uma expressão da identidade nacional. O direito se encontra

arraigado nas atitudes e na bagagem jurídica dos servidores públicos e advogados de cada cultura. Mais ainda, estes elementos determinam, ao menos em parte, o significado das regras jurídicas. Esta singularidade explica o profundo debate que os transplantes em matéria jurídica geraram. Os críticos mais radicais consideram que este tipo de transplante é contrário à democracia e ao caráter limitado que o exercício do poder judicial tem em um Estado de direito⁴. Estes autores opinam que os transplantes jurídicos favorecem interesses e ideologias estrangeiras, e permitem que os juízes manipulem a seu arbitrio o conteúdo e alcance das normas constitucionais. Esta possibilidade colocaria em risco a integridade do processo judicial, que é um bastião do Estado de direito, e a essência de princípio democrático, segundo o qual as normas devem representar a vontade popular⁵. Outros críticos defendem uma postura menos radical. Estes autores consideram que os métodos e conceitos de uns sistemas jurídicos podem ser tomados emprestados e ser adaptados a outros contextos políticos, sociais, culturais e jurídicos, sempre e quando a função que tais conceitos estão chamados a cumprir nos contextos de recepção seja comparável à que têm nos contextos de origem.

Desta linha argumentativa se segue que as razões que podem justificar o uso da análise de contexto em abstrato não justificam por si mesmas seu transplante desde sua jurisdição de origem até uma área específica de outro sistema jurídico. Um transplante só estará justificado em duas circunstâncias. Primeiro, se o objeto do transplante pode cumprir, nos dois contextos, a mesma função ou uma função análoga. Segundo, se, em caso de que isso não seja possível, o objeto do transplante se adapta para que no âmbito de recepção cumpra uma função apropriada, que não o converta em um elemento exógeno, incompatível com o resto dos elementos do sistema jurídico ao qual se incorpora.

B. A COMPARAÇÃO ENTRE O ÂMBITO DE ORIGEM E O ÂMBITO DE RECEPÇÃO DA ANÁLISE DE CONTEXTO

No caso da análise de contexto, é claro que existe uma assimetria no que tange à função que esta metodologia cumpre no âmbito de origem e no âmbito de recepção. Como antes se mostrou, no âmbito de origem, quer dizer, no direito internacional, e em especial, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a metodologia da análise de contexto é utilizada para atribuir responsabilidade coletiva ao Estado pela violação de direitos humanos e para esclarecer a verdade dos fatos que rodearam tais vulnerações. Se observado desde a perspectiva dessa função, não parece inadequado que no âmbito de origem a análise de contexto possa servir não só para orientar a investigação judicial senão também, de algum modo, como sucedâneo de prova. A finalidade principal dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos é holística. Eles pretendem prevenir, em geral, a perpetração de vulnerações aos direitos humanos por parte dos Estados, e abrir caminhos para a reparação das vítimas. Dentro deste marco, as exigências do devido processo podem ser interpretadas de uma maneira mais laxa. A ninguém escapa que inclusive dentro

de um sistema judicial de direito internacional, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as sanções têm um acentuado matiz político e exemplarizante, mais além de seu caráter jurídico.

Estas características não se apresentam por igual no marco de recepção da análise de contexto, quer dizer, sua utilização por parte da Procuradoria Geral da Nação para a imputação de responsabilidade penal individual no âmbito doméstico colombiano. Dentro desse âmbito, a finalidade é constituir a base para a acusação penal de um indivíduo com base em provas suficientes de sua participação como autor o co-autor de um ilícito penal. Desta maneira, do que se trata é de desvirtuar a presunção de inocência que a Constituição Política estabelece a favor de cada sujeito investigado. O caráter de direito fundamental desta presunção faz que ela não possa ser interpretada de uma maneira laxa. Por conseguinte, no marco de chegada, a análise de contexto deve ser adaptada. Desde logo, pode ser utilizada como uma heurística para a investigação penal. Sem embargo, de nenhum modo pode ser usada como sucedâneo de prova.

Um uso da análise de contexto como sucedâneo de prova não só vulneraria a Constituição Política, senão também todo um corpo normativo de direito internacional dos direitos humanos que estabelece o respeito intransponível do direito fundamental ao devido processo no âmbito penal.

V. CONCLUSÕES

As conclusões deste texto são as seguintes:

- A. Um conceito pode dar lugar a várias concepções. Enquanto o conceito é uma ideia geral, suas concepções são os diversos entendimentos acerca dessa ideia.
- B. O conceito de análise de contexto surgiu a partir dos conceitos de desígnio comum, atividade criminosa conjunta, *modus operandi*, prática e padrão.
- C. Na Resolução 1810 de 2012, o livro *A priorização* (Fiscalía, 2013,b), o Relatório “Inovação na investigação penal” (Fiscalía, 2013,a), de Prestação de contas do primeiro ano de trabalho da Unidade de Análise de Contexto, e a Diretiva 001 de 2012, a Procuradoria Geral da Nação utiliza o conceito de análise de contexto pelo menos de acordo com cinco concepções. Elas são: a concepção subjetiva atinente a organizações delitivas, a concepção objetiva, a concepção da investigação de crimes desde a perspectiva internacional, a concepção da análise de contexto como heurística, e a análise de contexto como sucedâneo de prova. Estas concepções são alternativas e, de certo modo, incompatíveis entre si.
- D. A Procuradoria Geral da Nação parece aplicar uma simbiose entre a concepção subjetiva e a da investigação em direito internacional. Não é claro se utilizará esta concepção eclética como uma heurística ou como um sucedâneo de prova.

- E. A análise de contexto pode cumprir de forma legítima a função de heurística para a investigação penal porém não pode ser sucedâneo de prova para a atribuição de responsabilidade penal individual. Seu uso como sucedâneo de prova vulneraria a presunção de inocência.
- F. O direito fundamental à presunção de inocência impede que a análise de contexto possa transplantar-se sem ajustes desde o direito internacional até o direito penal interno. Enquanto naquele pode servir como sucedâneo de prova para imputar responsabilidade internacional ao Estado, neste não pode substituir à prova para servir de base de imputação de responsabilidade penal individual contra sujeitos investigados no marco de um contexto.

>> NOTAS

- ¹ Em *Werner Rohde & Eight Others*, por exemplo, nove acusados estavam implicados no homicídio de quatro mulheres britânicas que eram prisioneiras dos alemães. O juiz explicou da seguinte forma o elemento da consciência que os acusados deviam ter de que sua conduta havia contribuído ao delito: “Se dois ou mais homens prepararam um homicídio e um deles estava a meia milha do local em que se levou a cabo porque, por exemplo, estava vigiando que ninguém viesse, apesar de que na realidade não esteve presente quando se cometeu o delito, sim participou naquele junto com o autor material, com a consciência de que este ia levar a cabo o homicídio, então é tão responsável pelo delito como o agente que disparou”. Cfr. *Werner Rohde & Eight Others*, United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of War Criminals (UNWCC)* (Londres: HMO 1947-1949), vol. V, 56.
- ² O artigo 1.º do Ato Legislativo 01 de 2012 atribui ao Procurador Geral da Nação a competência para determinar “critérios de priorização para o exercício da ação penal”.
- ³ A referência que faz a Diretiva 001 de 2012 a “estabelecer a verdade dos fatos” poderia dar lugar a pensar que o contexto é só uma heurística que guia a busca de provas. Sem embargo, esta referência, por si mesma, não exclui as interpretações, adversas ao devido processo, segundo as quais mediante a própria análise de contexto se estabeleceria a verdade dos fatos, ou esta verdade se estabeleceria no processo de construção do contexto que, desde logo, não oferece todas as garantias processuais aos investigados.
- ⁴ Aqui deve ser incluído um esclarecimento. Esta crítica não surge de maneira específica a respeito da possibilidade do transplante da análise de contexto, senão a respeito do uso, por juízes domésticos, de conceitos e doutrinas desenvolvidas por cortes estrangeiras. Discussão semelhante ocorreu no Brasil acerca da adequação do uso da “teoria do domínio do fato”, de Claus Roxin, na Ação Penal 470, conhecida como o “processo do mensalão”, ou na apuração de crimes empresariais.
- ⁵ Para conhecer este ponto resulta ilustrativa a discussão que os juízes da Corte Suprema estadounidense tiveram nos anos 2003 e 2004 sobre a possibilidade de fundar suas decisões em fontes estrangeiras, ver: Choudhry (2007) e Saunders (2006, 37).

>> REFERÊNCIAS

Decisões das comissões militares da segunda pós-guerra

- Werner Rohde & Eight Others, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of War Criminals (UNWCC), Londres, HMO 1947-1949, vol. V, 56.
- Bruno Tesch & Others, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of War Criminals (UNWCC), Londres, HMO 1947-1949, vol. I, 101.
- MaxWielen & Seventeen Others, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of War Criminals (UNWCC), Londres, HMO 1947-1949, vol. XI, 46.

Corte Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia

- The Prosecutor v. Dusko Tadic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-94-1-A (15 July 1999).

Jurisprudência da Corte Constitucional colombiana

- Sentença T-011 de 1992, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-063 de 1992, Magistrado Relator: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentença T-412 de 1992, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-414 de 1992, Magistrado Relator: Ciro Angarita Barón.
- Sentença T-445 de 1992, Magistrado Relator: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentença T-482 de 1992, Magistrado Relator: Jaime Sanín Greiffenstein.
- Sentença T-512 de 1992, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentença T-585 de 1992, Magistrado Relator: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentença T-047 de 1993, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença T-101 de 1993, Magistrado Relator: Jaime Sanín Greiffenstein.
- Sentença C-208 de 1993, Magistrado Relator: Hernando Herrera Vergara.
- Sentença T-213 de 1993, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-257 de 1993, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença C-024 de 1994, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-097 de 1994, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença C-214 de 1994, Magistrado Relator: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentença T-228 de 1994, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentença SU-082 de 1995, Magistrado Relator: Jorge Arango Mejía.
- Sentença SU-089 de 1995, Magistrado Relator: Jorge Arango Mejía.
- Sentença T-335 de 1995, Magistrado Relator: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentença T-411 de 1995, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentença T-444 de 1995, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentença C-489 de 1995, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença T-296 de 1996, Magistrado Relator: Hernando Herrera Vergara.
- Sentença C-617 de 1996, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentença C-040 de 1997, Magistrado Relator: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentença T-552 de 1997, Magistrado Relator: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentença C-655 de 1997, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentença T-066 de 1998, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentença T-408 de 1998, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentença T-504 de 1998, Magistrado Relator: Alfredo Beltrán Sierra.
Sentença SU-087 de 1999, Magistrado Relator José Gregorio Hernández Galindo.
Sentença T-242 de 1999, Magistrado Relator: María Victoria Sáchica de Moncaleano.
Sentença T-307 de 1999, Magistrado Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentença T-751A de 1999, Magistrado Relator: Fabio Morón Díaz.
Sentença SU-960 de 1999, Magistrado Relator: José Gregorio Hernández Galindo.
Sentença T-977 de 1999, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
Sentença T-1012 de 1999, Magistrado Relator: Alfredo Beltrán Sierra.
Sentença C-383 de 2000, Magistrado Relator: Álvaro Tafur Galvis.
Sentença C-392 de 2000, Magistrado Relator: Antonio Barrera Carbonell.
Sentença C-699 de 2000, Magistrado Relator: Alejandro Martínez Caballero.
Sentença T-1202 de 2000, Magistrado Relator: Vladimiro Naranjo Mesa.
Sentenças C-1335 de 2000, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.
Sentença C-252 de 2001, Magistrado Relator: Carlos Gaviria Díaz.
Sentença T-578 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.
Sentença C-774 de 2001, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.
Sentença C-131 de 2002, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.
Sentença T-181 de 2002, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentença T-464 de 2002, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentença C-489 de 2002, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.
Sentença T-494 de 2002, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.
Sentença C-506 de 2002, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentença T-729 de 2002, Magistrado Relator: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentença C-948 de 2002, Magistrado Relator: Álvaro Tafur Galvis.
Sentença C-1076 de 2002, Magistrado Relator: Clara Inés Vargas Hernández.
Sentença C-125 de 2003, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentença C-252 de 2003, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.
Sentença T-685 de 2003, Magistrado Relator: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentença T-1225 de 2003, Magistrado Relator: Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentença T-220 de 2004, Magistrado Relator: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentença T-437 de 2004, Magistrado Relator: Clara Inés Vargas Hernández.
Sentença T-787 de 2004, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.
Sentença T-1093 de 2004, Magistrado Relator: Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentença C-237 de 2005, Magistrado Relator: Jaime Araújo Rentería.
Sentença T-577 de 2005, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentença C-818 de 2005, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.
Sentença C-176 de 2007, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentença T-233 de 2007, Magistrado Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentença T-405 de 2007, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.
Sentença C-519 de 2007, Magistrado Relator: Nilson Pinilla Pinilla.
Sentença C-1011 de 2008, Magistrado Relator: Jaime Córdoba Triviño.
Sentença C-025 de 2009, Magistrado Relator: Rodrigo Escobar Gil.
Sentença T-129 de 2010, Magistrado Relator: Juan Carlos Henao Pérez.
Sentença C-640 de 2010, Magistrado Relator: Mauricio González Cuervo.
Sentença C-980 de 2010, Magistrado Relator: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Sentença C-089 de 2011, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentença C-371 de 2011, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentença C-748 de 2011, Magistrado Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentença C-879 de 2011, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentença C-030 de 2012, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentença C-239 de 2012, Magistrado Relator: Juan Carlos Henao Pérez.
Sentença C-289 de 2012, Magistrado Relator: Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentença C-315 de 2012, Magistrado Relator: Maria Victoria Calle Correa.
Sentença C-012 de 2013, Magistrado Relator: Mauricio González Cuervo.
Sentença T-141 de 2013, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentença C-248 de 2013, Magistrado Relator: Mauricio González Cuervo.
Sentença T-634 de 2013, Magistrado Relator: Maria Victoria Calle Correa.
Sentença C-838 de 2013, Magistrado Relator: Luis Ernesto Vargas Silva.

Regulações e documentos da Procuradoria Geral da Nação

Directiva 001 de 2012.
Resolución 1810 de 2012.
Fiscalía, 2013,a. “Innovación en la investigación penal. Informe de rendición de cuentas 2012-2013”, disponible en Internet en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendici%C3%B3n-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf>
Fiscalía, 2013,b. *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf>

Doutrina

CHOUDHRY, S., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
GALLIE, W. B., “Essentially contested concepts”, 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167, 1956.
DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1988.
OLÁSULO, Héctor, “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal comum en direito penal internacional”, *Indret*, 2009.
RAWLS, John, *A Theory of Justice*, ed. revisada, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1999.
SAUNDERS, Ch., “The use and misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13, 1, 2006, 37 s.
TIEDEMANN, K., “El derecho procesal penal”, en Id., *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ariel, 1989.

Bibliografia complementar

AMBOS, K., “Joint criminal enterprise and command responsibility”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 159-183.
BOOT, M., *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen, Intersentia, 2002.
CASSESE, A., “The proper limits of individual responsibility under the Doctrine of joint criminal enterprise”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 109-133.

- DANNER, A. M. y J. S. MARTINEZ, "Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility and the development of International Criminal Law", *California Law Review* 93, 2005, pp. 75-170.
- ELEWA BADAR, M., "Just convict everyone! - Joint perpetration from Tadic to Stakic and back again", *International Criminal Law Review* 6, 2006, pp. 293-302.
- FICHTELBERG, A., "Conspiracy and International Criminal Justice", *Criminal Law Forum* 17, 2006, pp. 149-176.
- GUSTAFSON, K., "The requirements of an 'Express Agreement' for joint criminal enterprise liability: A critique of Brdanin", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 134-158.
- HAAN, V., "The development of the concept of joint criminal enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review* 5, 2005, pp. 167-201.
- OHLIN, J. D., "Three conceptual problems with the Doctrine of joint criminal enterprise", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 69-90.
- OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- OLÁSOLO, H., "Joint criminal enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration giving rise to principal liability, a notion of accessorial liability or a form of partnership in crime?", *Criminal Law Forum* 2, 20, 2009, pp. 263-287.
- POWLES, S., "Joint criminal enterprise: Criminal liability by prosecutorial ingenuity and judicial creativity?", *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, pp. 606-619.
- Van SLIEDREGT, E., "Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 184-207.
- Van der WILT, H., "Joint criminal enterprise: Possibilities and limitations", *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 91-108.
- WERLE, Gerhard, *Tratado de Direito Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ZAHAR, A. y G. SLUITER, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2007.