

El Juez, la construcción de los hechos y el estado de excepción: un análisis del caso Lula

*Silvio Luis Ferreira da Rocha*¹

En diferentes artículos, traté de poner de relieve la importancia del papel del magistrado en la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales, incluso ante el delicado tema de la corrupción, que suscita en diversos segmentos sentimientos sociales justos de asco.

Me llamó la atención el hecho de que un sistema eficiente de liquidación y rendición de cuentas de los actos de corrupción, que todos nosotros deseamos, debería:

a) tener una comprensión precisa de la interdependencia entre el estado y el mercado y lo mucho que un sistema económico capitalista tiende a estimular y estimular los actos de corrupción pública y privada;

b) no deslegitimar al estado como instancia capaz de regular los conflictos sociales y reducir las desigualdades;

c) no tratar los actos de desaprobación y persecución de la corrupción como escándalos o espectáculos;

d) no criminalizar la política, ni tratar de deslegitimarla como principal mediador de los conflictos sociales en una sociedad democrática;

e) no actuar de manera condescendiente con los agentes económicos verdaderamente responsables de la corrupción de los agentes privados y públicos, otorgando importantes beneficios criminales y de procedimiento para la mera privación de los participantes o delitos de menores importancia;

¹ Maestro y Doctor en Derecho Civil por la PUCSP. Doctor y Libre-Docente en Derecho Administrativo por la PUCSP. Profesor Asistente Doctor de la PUCSP. Juez Federal Titular del décimo Tribunal Penal en Sao Paulo.

f) establecer y llevar a cabo una cualificación rigurosa de los actos practicados y evitar generalizaciones incompatibles con el principio de estricta legalidad, que debe guiar la persecución criminal en las sociedades democráticas, y, con ello, clasificar como actos de corrupción que no serían;

g) garantizar en el contexto de un sistema democrático un juicio justo a todos los acusados, que, entre otras garantías, exijan el respeto de su integridad moral (artículo 5, XLIX, de C.F).

Entre la exigencia de asegurar, en el contexto de un sistema democrático, un juicio justo a todos los acusados, está el de condenar a alguien, en especial en el ámbito penal, sólo cuando está cierta la ocurrencia de un crimen y comprobada por pruebas acerca de su autoría, coautoría o participación.

Esto plantea el delicado problema de la justificación de las sentencias. Es cierto que prevalece el sistema de persuasión racional en el que el juez tiene el deber de fundamentar su decisión, de indicar las razones y circunstancias que lo llevaron a admitir la veracidad de los hechos sobre los que basó la decisión. Sin embargo, este sistema de persuasión racional no se contentaría, tan sólo, con la producción de una motivación clara y coherente, pero requeriría más, como la existencia efectiva de los hechos confirmados por el análisis crítico de todas las pruebas disponibles.²

Un caso que suscitó controversia entre los profesionales del área jurídica fue el proceso incoado contra el ex presidente Luis Ignacio Lula da Silva, conocido como el caso del triplex. Básicamente, la controversia reside en saber si las pruebas producidas en los autos justificarían la condena del ex presidente.

El resumen de la denuncia, localizado en los distintos apartados abajo, transcritos de ella misma, conforme abundante puesta a disposición en innumerables sitios de internet revela que ella trata de un típico caso de corrupción bilateral en que habría por parte de empresarios la oferta o promesa de ventaja

² Michelle Taruffo, *Una simple verdad: el juez y la construcción de los hechos*, p. 278

indebida a funcionario para determinarlo a practicar, omitir o retrasar el acto de oficio (Corrupción activa, artículo 333 del CP) seguido de la aceptación de la promesa o de la recepción indebida por el funcionario (corrupción pasiva, artículo 317 del CP).

De hecho, narra la denuncia:

135. Lo que la evolución de la investigación reveló, como se ha descrito anteriormente, es que, detrás de todo ese esquema partidista distribuido entre diferentes Directores e incluso organismos públicos federales, existía un comando común, LULA, que era al mismo tiempo jefe del gobierno beneficiado y líder de uno de los principales subtítulos involucrados. Así, RENATO DUQUE y PEDRO BARUSCO actuaron en la ejecución de un comando central que orquestó la macrocorrupción que objetivaba, ilícitamente, enriquecer a los involucrados, alcanzar gobernabilidad criminal y perpetuarse en el poder.

Los contratos que originaron las ventajas indebidas.

136. Como expuesto, las ofertas, promesas y recibos de ventajas indebidas se efectuaron dentro de un amplio esquema criminal que se desarrolló en el seno y en desfavorable de la Administración Pública Federal, involucrando la práctica de crímenes contra el orden económico, corrupción, fraude a licitaciones y lavado de dinero²⁴⁶. En este contexto, en lo que se refiere a los contratos de obras de PETROBRAS, la corrupción era bilateral e involucra no sólo la corrupción activa, por parte de los ejecutivos de las contratistas cártelizadas, sino también, y de forma concomitante, la corrupción pasiva de agentes públicos, a fin de que éstos velar, ilegalmente, en el ámbito de la estatal y del propio gobierno federal, por los intereses de las empresas cartelizadas y de los partidos políticos que representaban.

Para la presente denuncia, interesan específicamente los actos de corrupción practicados en detrimento de la Administración Pública Federal, en el marco de contratos relativos a tres emprendimientos de PETROBRAS: (a) obras de "ISBL de la Cartera de Gasolina y UGHE HDT de inestables de la Cartera de Coque "De la Refinería Getúlio

Vargas - REPAR; (b) implantación de las UHDT's y UGH's de la Refinería Abreu y Lima - RNEST; (c) implantación de las UDA's de la Refinería Abreu y Lima - RNEST. En estas conductas delitivas, por un lado figuran LÉO PINHEIRO y AGENOR MEDEIROS, ejecutivos del Grupo OAS, participante del conjunto de contratistas cártelizados y, por otro, LULA, RENATO DUQUE, PEDRO BARUSCO y PAULO ROBERTO COSTA.

En esta senda, LÉO PINHEIRO y AGENOR MEDEIROS, ejecutivos del Grupo OAS, integrante del CONSORCIO CONPAR, ofrecieron y prometieron ventajas indebidas a RENATO DUQUE, PEDRO BARUSCO, y PAULO ROBERTO COSTA²⁶², funcionarios de alto rango de PETROBRAS, así como LULA, que se se beneficiaba y actuaba para el mantenimiento del esquema y la permanencia de esos directores en los respectivos cargos. Las ofertas y promesas objetivaban también que los funcionarios públicos se omitir en los deberes que provenían de su oficio y permitían que la elección interna del cártel para la ejecución de la obra se concretase. Todo el procedimiento de negociación para la contratación directa del CONSORCIO CONPAR fue comandado por el entonces Gerente Ejecutivo de Ingeniería, PEDRO BARUSCO²⁶³, entonces subordinado de RENATO DUQUE²⁶⁴, en procedimiento también sometido al Director de Abastecimiento, PAULO ROBERTO COSTA.

La bilateralidad (promesa seguida de aceptación o oferta seguida de recepción) no es requisito en nuestro ordenamiento jurídico para la caracterización del crimen de corrupción, porque el ordenamiento jurídico disciplinó los crímenes de corrupción activa y el de corrupción pasiva en tipos penales distintos y autónomos, de modo que la comprobación de uno de ellos no presupone la del otro. Sin embargo, en el presente caso, el propio órgano de acusación afirmó la existencia de la bilateralidad en la corrupción y, con ello, quedó vinculado a lo alegado por él en la inicial acusatoria, lo que significa que habría habido la promesa de una ventaja por un agente privado aceptada por un agente público a cambio de la práctica de actos de oficio.

Los sujetos centrales del crimen de corrupción, según la denuncia, además de los empresarios serían Luís Inácio Lula da Silva, citado como el supuesto comandante, y Renato Duque, Pedro Barusco y Paulo Roberto Costa, los ejecutores de sus órdenes.

Narra la denuncia:

135. Lo que la evolución de la investigación reveló, como se ha descrito anteriormente, es que, detrás de todo ese esquema partidista distribuido entre diferentes Directores e incluso organismos públicos federales, existía un comando común, LULA, que era al mismo tiempo jefe del gobierno beneficiado y líder de uno de los principales subtítulos involucrados. Así, RENATO DUQUE y PEDRO BARUSCO actuaron en la ejecución de un comando central que orquestó la macrocorrupción que objetivaba, ilícitamente, enriquecer a los involucrados, alcanzar gobernabilidad criminal y perpetuarse en el poder.

Así, la condena de los acusados, incluso la del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva, exigiría, además de la prueba de la ocurrencia de los crímenes, la comprobación por las pruebas producidas en el proceso de la autoría o coautoría en los respectivos crímenes, consubstanciada en la designación de órdenes y instrucciones a los ejecutores.

Además de Luiz Inacio Lula da Silva, la denuncia implicó a Renato Duque, Pedro Barusco, Paulo Roberto Costa, como agentes públicos. Ellos, excepto LULA, sin embargo, hicieron un acuerdo de colaboración premiado, lo que les obligó, entre otros deberes, el de decir la verdad y el de cooperar en la instrucción probatoria.

En el juicio fueron oídos Paulo Roberto Costa y Pedro Barusco, apuntados como ejecutores, que, sin embargo, al declarar inocentaron o al menos no incriminaron al ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva.

Paulo Roberto Costa dijo que no tenía intimidad con el ex presidente. Las veces que lo encontró fue para discutir proyectos específicos de la empresa y negó tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al ex presidente.

De acuerdo con la sentencia, ítem 744:

744. Paulo Roberto Costa, Director de Abastecimiento de Petrobrás entre 2004 y 2012, también celebró acuerdo de colaboración y que fue homologado por el Egrégio Supremo Tribunal Federal. Ya fue condenado en diversas acciones penales ante este Juicio por crímenes de corrupción y lavado de dinero (copia de las sentencias en el evento 847). Prestó testimonio en Juicio como testigo (evento 394).

745. En su testimonio en Juicio, confirmó el esquema delictivo sintetizado por el Juicio en los ítems 266-274, retro, con recepción de ventaja indebida en contratos de Petrobrás con grandes contratistas y el reparto de ella entre él y agentes políticos del Partido Progresista. También declaró que tuvo conocimiento de que las tasas también eran pagadas para la Dirección de Servicios e Ingeniería de Petrobras, de esta vez con dirección de parte para el Partido de los Trabajadores.

746. Las tasas se calcularon en los porcentajes del 1% al 3% sobre el valor de los contratos (“No, como ya he mencionado, para el PP era el 1% para el PT, a veces el 2%, el 1%, dependiendo del valor que se daba en la licitación, a veces el PP recibía menos del 1%”).

747. Confirmó haber recibido una ventaja indebida de la Constructora OAS, incluso en los contratos relativos a la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) ya la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), y que habría tratado incluso de esta cuestión con los acusados Agenor Franklin Magalhães Medeiros y José Adelmario Pinheiro Filho.

748. Admitió haber conocido al entonces Presidente Luiz Inácio Lula da Silva y tratado, en reuniones con él, de asuntos de Petrobrás.

“Asistente de Acusación: –Rápidamente, excelencia, son pocas preguntas. ¿Cuál era la relación del testigo con el ex presidente Lula?

– Paulo Costa: –Bueno, el presidente Lula era el representante mayor allí del país, tuvimos algunas reuniones

en Brasilia siempre acompañado del presidente de Petrobras o de la directiva toda, cuando tenía algún proyecto específico que él mostraba interés para el desarrollo de estado y etc.

“Yo fui algunas veces a Brasilia, inicialmente con el presidente José Eduardo Dutra, que ya falleció, y luego también tuve algunas reuniones con la participación de José Sergio Gabrielli junto con el presidente Lula, entonces eran asuntos de la corporación que tenía interés de ver en algunos estados, para el desarrollo de los estados.

– Asistente de Acusación: –Hay algunos testigos, e incluso la prensa dice que el presidente Lula llamaba al señor de Paulinho, cuál era su relación con él, era cercana, no era, por qué tenía ese apodo cariñoso para usted?

– Paulo Costa: –Yo nunca tuve intimidación con el presidente de la república, el presidente Lula, yo no recuerdo, puedo decir, afirmar que no existió de él usar ese término en relación a mí directamente, si él usó con terceros allí yo no puedo pero yo personalmente, primero que nunca tuve ninguna reunión yo sólo con el presidente Lula, como he hablado siempre he tenido reuniones con participación del presidente de Petrobras o del directorio de Petrobras, y yo no tenía intimidación con el presidente Lula, pero si él llamaba de Paulinho delante de otros yo no puedo decirle, no tengo ese conocimiento.”

749. Negó tener conocimiento, sin embargo, de solicitud o pago de ventaja indebida al entonces Presidente Luiz Inacio Lula da Silva. (G.n).

Pedro José Barusco Filho, a su vez, no tuvo contacto con el ex Presidente.

De acuerdo con la sentencia, ítems 750 y siguientes:

750. Pedro José Barusco Filho, gerente ejecutivo del Área de Servicios e Ingeniería de Petrobrás entre 2003 y 2011, también celebró acuerdo de colaboración y que fue homologado por este Juicio. Ya fue condenado en diversas acciones penales ante este Juicio por crímenes de corrupción y lavado de dinero (copia de las sentencias

en el evento 847). Prestó testimonio en Juicio como testigo (evento 394).

751. En su testimonio en Juicio, confirmó el esquema delictivo sintetizado por el Juicio en los ítems 266-274, retro, con recepción de ventaja indebida en contratos de Petrobrás con grandes contratistas y la distribución de ella entre él, el Director Renato de Souza Duque y agentes políticos del Partido de los Trabajadores o para el propio partido representado por João Vaccari Neto. También declaró que tuvo conocimiento de que las tasas también se pagaban a la Dirección de Abastecimiento de Petrobrás.

752. Las tasas se calcularon en los porcentajes del 1% al 2% sobre el valor de los contratos:

“Ministerio Público Federal: –¿Y cuándo había ese cobro de propina, cuál era el porcentaje que incidía?

Pedro Barusco: Bueno, ahí ya empieza a detallar, pero, por ejemplo, porque Petrobras tiene tres áreas de negocios, gas y energía, exploración y producción, llamada EP, y el área de abastecimiento, cuyo director era el director Paulo

Roberto Costa en la época, entonces cuando la directiva de servicios trabajaba en contratos para el área de abastecimiento la propina era normalmente o casi siempre el 2%, hasta donde yo sabía, hasta donde yo sepa era hasta el 2%, el 1% era encaminado al director Paulo Roberto Costa, y él que daba a ese 1%, decía cómo era la distribución, y otro 1% venía al área de servicios, y ahí quien daba, vamos a decir, quien orientaba cómo debía ser dividido era el director Duque, y por lo que el 1% que venía para el área de servicios mitad era para el partido de los trabajadores y la mitad se quedaba para quien la gente llamaba “casa”, que normalmente era el doctor Duque y yo mismo. Cuando los contratos eran para el área de otros directores, como gas y energía, EP ya veces a través de la propia área de servicios, ese porcentaje del 2% era totalmente, vamos a decir, gestionado por el director Duque, ahí era el 1% para el PT y un 1% para la casa.

753. Confirmó haber recibido una ventaja indebida de la Constructora OAS, incluso en los contratos relativos a la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR). En los contratos de la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), que salió de la empresa antes de recibirla. Declaró que trataba de propina con el acusado Agenor Franklin Magalhães Medeiros y que tenía conocimiento de que Juan Vaccari Neto trataba la parte del partido con José Adelmario Pinheiro Filho:

“Ministerio Público Federal: –Específicamente en el caso de la empresa OAS, usted se recuerda quiénes eran los ejecutivos que trataban de propina?

Pedro Barusco: –Es, ahora entonces tienes que separar un poco, tenía empresas cuyo agente que trataba, vamos a decir, conmigo también trataba con el partido, y tenían empresas que el agente que trataba conmigo era diferente y quien trataba con el partido era otro el agente, la OAS, yo trataba con el señor Agenor Medeiros, y creo que el, porque no estoy seguro, no sabía exactamente cómo, que el Juan Vaccari tratase con el señor Léo Pinheiro directo.

Ministerio Público Federal: –Pero ese ‘creo’ del señor se basa en que?

Pedro Barusco: –En conversaciones, en ...

Ministerio Público Federal: –Alguien relató a usted, ¿qué pasó para usted creer en eso?

Pedro Barusco: –No, porque el Vaccari conversaba con los dueños de las empresas, él tenía normalmente dentro del escalón de las empresas una interlocución un poquito superior a la mía.

Ministerio Público Federal: –Seguro. En el caso de que se produzca un accidente de tránsito en el que se haya producido un accidente de tránsito en el que se haya producido un accidente de tránsito.

Pedro Barusco: –Creo que tuvo una combinación sí, ese es el típico contrato en el que había combinación.

Ministerio Público Federal: –Voy a hacer otra pregunta aquí mientras tomo la hoja de trabajo y muestra la hoja de cálculo con las tres. UHDT y UGH de Rnest?

Pedro Barusco: –Ese tuvo combinación, pero yo acababa de recibir porque cuando empezó a implementar y yo luego salí de Petrobras.

Ministerio Público Federal: –¿Pero hubo el acierto?

Pedro Barusco: –Ha habido.

Ministerio Público Federal: –Seguro. UDA de Rnest.

Pedro Barusco: –También hubo acierto, UDA. “

Otros testigos también prestaron testimonio. Ellas tampoco incriminaron al ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva.

Una de ellas bastante conocida, el cambiador de dinero Alberto Youssef.

Consta de la sentencia:

759. Alberto Youssef también prestó testimonio en Juicio (evento 417). También celebró un acuerdo de colaboración homologado por el Supremo Tribunal Federal. En su testimonio, declaró que intermediaba el pago de ventaja indebida entre las contratistas y el Director de Abastecimiento de Petrobras Paulo Roberto Costa y también para agentes políticos del Partido Progresista. También confirmó los ajustes fraudulentos de licitación entre contratistas proveedoras de Petrobrás.

760. También él ya fue condenado por corrupción y lavado por este Juicio (copia de las sentencias en el evento 847).

761. La propina se fijaba normalmente en el 1% del valor del contrato. La OAS participaba de los ajustes de licitación y también del pago de la propina. El testigo trataba con Agenor Franklin Magalhães Medeiros por la OAS. Declaró tener conocimiento de que también había pago de propina a la Dirección de Servicios e Ingeniería de Petrobras y que parte de los valores eran destinados al Partido de los Trabajadores.

762. Confirmó además el pago de tasas en los contratos mencionados en la denuncia, involucrando a la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST).

763. Confirmó que utilizó las empresas de fachada MO Consultoría y Contratista Rigidez para recibir y repasar los recursos de propinas, incluso en esos contratos.

764. Declaró no tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al ex Presidente de la República Luiz Inacio Lula da Silva. (g.n)

Milton Pascowitch, que de acuerdo con la acusación era el responsable de la intermediación de pagos de ventajas indebidas entre proveedores de Petrobras y agentes del Área de Servicios e Ingeniería de Petrobras, Renato de Souza Duque y Pedro José Barusco de Oliveira, también prestó testimonio.

Consta del ítem 770 de la sentencia:

770. Milton Pascowitch también prestó testimonio en Juicio (evento 417). Antes, celebró acuerdo de colaboración con el MPF y que fue homologado por el Juicio. En su testimonio, declaró que intermediaba el pago de ventaja indebida entre proveedores de Petrobras y agentes del Área de Servicios e Ingeniería de Petrobras, Renato de Souza Duque y Pedro José Barusco Filho, así como para agentes del Partido de los Trabajadores, entre ellos el ex-Ministro Jefe de la Casa Civil José Dirceu de Oliveira e Silva. Las tasas se calcularon en un 1% sobre el valor del contrato y divididas entre los agentes de Petrobrás y los agentes políticos. Milton Pascowitch, así como José Dirceu de Oliveira e Silva, fueron condenados por crímenes de corrupción y lavado en la acción penal 5045241-84.2015.4.04.7000, con copia de la sentencia en el evento 847.

Afirmó que no tiene conocimiento de la participación del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva (gn).

Se oyeron, además:

Delcídio del Amaral Gomes.

729. Delcídio del Amaral Gómez, Senador de la República, al tiempo de los hechos, celebró un acuerdo de colaboración que fue homologado por el Egrégio Supremo Tribunal Federal. En Juicio (evento 388),

declaró, en síntesis, que había una distribución de cargos por el Gobierno Federal en el ámbito de la Administración Pública Federal directa o indirecta. Esta distribución abarcaba a Petrobrás. Según el testigo, los indicados a los cargos en la Petrobrás tenían una obligación de recaudar propina para los partidos políticos, lo que era del conocimiento, aunque no en detalles, del entonces Presidente de la República Luiz Inacio Lula da Silva. A pesar de las afirmaciones del ex senador, él también declaró que no llegó a tratar directamente de este asunto con el ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva pues “no tenía esa relación cercana con el presidente para tener ese tipo de diálogo con él” (gn.).

Augusto Ribeiro de Mendonça Neto.

730. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, gestor de las empresas que componían el Grupo Setal al tiempo de los hechos, también prestó testimonio en Juicio (evento 388). También celebró un acuerdo de colaboración y fue homologado por este Juicio. Fue condenado por crímenes de corrupción y lavado en la acción penal 5012331-04.2015.4.04.7000, por el pago de ventaja indebida y ocultación de producto del crimen, en contratos con Petrobrás en los Consorcios Interpar y CMMS involucrando obras en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y en la Refinería de Paulínia (REPLAN), con copia de la sentencia en el evento 847.

733. El dirigente del Grupo Setal negó, sin embargo, tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al entonces Presidente Luiz Inacio Lula da Silva. (gn).

Eduardo Hermelino Leite y Dalton dos Santos Avancini, ejecutivos de Camargo Corrêa:

737. Eduardo Hermelino Leite, Director de Petróleo y Gas de la Camargo Correa, en la época de los hechos, y en situación similar a Dalton dos Santos Avancini, con acuerdo de colaboración y condena criminal en la acción penal 508325829.2014.4.04.7000, confirmó, en síntesis ,

los mismos hechos por él, Dalton dos Santos Avancini, declarados en Juicio, es decir, los aciertos fraudulentos de licitación y los pagos de ventajas indebidas en contratos de Petrobrás a los agentes de Petrobras y la destinación parcial de ellas a los partidos políticos (evento 388).

738. Ninguno de los ejecutivos de Camargo Correa afirmó, sin embargo, tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al entonces Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (gn).

Los empresarios y ejecutivos José Adelmario Pinheiro Filho, Presidente de OAS, y Agenor Franklin Magalhaes Medeiros, admitieron los crímenes de corrupción activa y pasiva, pero indicaron el ajuste con persona diversa del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva.

Consta de la sentencia en los párrafos 771 y siguientes:

771. También, como ya adelantado en los apartados 516-537 y 568-578, José Adelmario Pinheiro Filho, Presidente de la OAS, y Agenor Franklin Magalhães Medeiros, reconocieron la existencia del esquema criminal que ha victimizado a Petrobrás, los ajustes fraudulentos de licitación y el pago de ventaja indebida en contratos con Petrobrás para agentes de Petrobrás, agentes políticos y partidos políticos.

772. También reconocieron específicamente el pago de ventaja indebida en los contratos de Petrobrás con el Consorcio CONPAR y en el Consorcio RNEST / CONEST en las obras de la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST).

773. Para ser más preciso, José Adelmario Pinheiro Filho declaró no recordar específicamente los aciertos en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR), pero que, en cuanto al contrato en la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), fue buscado directamente por João Vaccari Neto para el pago del 1% sobre el valor del contrato al Partido de los Trabajadores (“Yo fui buscado por el señor Juan Vaccari y él me dijo que tenía un pago del 1% para el PT, eso fue directamente conmigo”).

774. Agenor Franklin Magalhães Medeiros, encargado específicamente de los contratos de la Construtora OAS con Petrobrás, confirmó que José Adelmario Pinheiro Filho interfirió junto al Gobierno Federal para que la OAS pasara a finales de 2006 a ser invitada a grandes obras en la estatal. También declaró que los contratos implicaban el pago de tasas de 2% a agentes públicos y agentes políticos y que los contratos en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR) y en la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST) fueron obtenidos mediante ajuste fraudulento de licitación.

775. Declaró que en el contrato de la CONPAR, en la Refinería Presidente Getúlio Vargas (REPAR), la ventaja indebida a los agentes públicos y políticos quedó a cargo de Odebrecht y de la UTC Engenharia, desconociendo el deponente los detalles de cómo se hizo.

776. En el caso de los contratos de CONEST / RNEST, en la Refinería del Nordeste Abreu y Lima (RNEST), confirmó que hubo ajuste del 2% de tasas sobre el valor de los dos contratos, que ellas se destinaban a los agentes de Petrobrás ya los agentes políticos y que parte de los valores fueron pagados por Odebrecht y parte por la OAS.

777. Del total de tasas dieciséis millones de reales se asignaron al Partido de los Trabajadores, a través de Juan Vaccari Neto (“Ahí es donde tiene entre 13 millones y medio de más de seis millones y medio total de 20 a 36 dejó más de 16 millones de dólares para el PT, y así fue hecho, Léo estuvo en contacto con João Vaccari y se decidió que 16 millones de reales, por nuestra parte en la RNest, serían para el PT “).

Ninguno de los empresarios o agentes públicos directa o indirectamente involucrados en la narrativa de los hechos incriminó al ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva, ni en el curso de la instrucción fue identificado la práctica de acto funcional del ex presidente, derivado de su competencia y objeto de la promesa inadecuada.

La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia exige que en los crímenes de corrupción pasiva haya el indispensable nexo de causalidad entre la conducta del servidor y la realización del acto funcional de su competencia, conforme a la tesis consolidada en Jurisprudencia en Tesis, edición n° 57, verbis:

En los crímenes de corrupción pasiva es indispensable haber nexo de causalidad entre la conducta del servidor y la realización del acto funcional de su competencia.

En ese sentido también decidió el Supremo Tribunal Federal, en emblemático precedente, que “para la configuración de la corrupción pasiva debe ser apuntado acto de oficio del funcionario, configurador de transacción o comercio con el cargo entonces por él ejercido” (Acción penal 307 / DF, Corte en pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 13/10/1995). De acuerdo con dicho juzgado, para verificar el crimen de corrupción pasiva, no basta que la solicitud, recepción o aceptación de la promesa se haga por el funcionario público en razón del ejercicio de la función, aunque fuera de ella o antes de su inicio. Indispensable se convierte en la existencia de nexo de causalidad entre la conducta del funcionario y la realización de acto funcional de su competencia.

Por esa razón, Heleno Fragoso (Lecciones de Derecho Penal, Vol. II, forense, 1980, p. 438) sostiene que el crimen de corrupción pasiva está en la perspectiva de un acto de oficio que a la acusación cabe apuntar en la denuncia y demostrar en el curso del proceso, siendo indispensable que el agente tenga conciencia de que recibe o acepta retribución por un acto funcional que ya ha practicado o debe practicar. Y por acto de oficio, según un uniforme jurisprudencia, se entiende solamente aquel pertinente a la función específica del funcionario.

Así, para la configuración del crimen del art. 317, del Código Penal, la actividad contemplada por el soborno ha de estar comprendida en las atribuciones o en la competencia del funcionario que la realizó o se comprometió a realizarla, o que, al menos, se encuentre en una relación funcional inmediata

con el desempeño de su cargo, así sucediendo siempre que la realización del acto sobornado corresponda en el ámbito de los poderes inherentes al ejercicio del cargo del agente.

Sin embargo, la instrucción probatoria no lo encontró; Y la sentencia lo reconoció al recurrir al instituto del acto de oficio indeterminado, figura inexistente en el Derecho Penal brasileño, admitida en el Derecho norteamericano, lo que, desde el punto de vista jurídico, salvo mejor juicio, ninguna utilidad tendría como argumento válido para fundamentar una condena, porque en Derecho penal se prohíbe el recurso a la analogía y otras formas de integración para fundamentar un juicio condenatorio contra el acusado.

Consta de la sentencia:

862. Hay crimen de corrupción si hay pago de ventaja indebida a agente público en razón del cargo por él ocupado.

863. La efectiva práctica de acto de oficio ilegal es causa de aumento de pena, pero no es exigido para la tipificación de los crímenes de los arts. 317 y 333 del CP.

864. Así, una empresa no puede realizar pagos a agentes públicos, tanto si tiene o no presente una contrapartida específica en ese momento.

865. Basta para la configuración que los pagos se realicen en razón del cargo aunque a cambio de actos de oficio indeterminados, a ser practicados tan pronto como las oportunidades aparezcan. “Es suficiente que el agente público entienda que de él o de ella se esperaba que ejerciera alguna influencia en favor del pagador tan pronto como las oportunidades surgieran” (“US v. DiMasi”, nº 11-2163, 1st Cir. 2013, en el mismo sentido, vg, “US v. Abbey”, 6th Cir. 2009, “US v. Terry”, 6th Cir. 2013, “US v. Jefferson”, 4th Cir. 2012, todos de Cortes de Apelación Federales de los Estados Unidos) (gn).

La ventaja supuestamente obtenida por Luis Inacio Lula da Silva se compondría de la diferencia de precio entre la unidad

simple y el apartamento triplex, así como los costos de la reforma del apartamento.

De acuerdo con lo que consta en la sentencia, la solicitud de esa ventaja habría ocurrido en mayo o junio de 2014, cuando José Adelmario Pinheiro Filho se habría encontrado con João Vaccari Neto y acertado que la diferencia de precio entre la unidad simple y el apartamento triplex serían abatidos de la mencionada cuenta general de tasas que el Grupo OAS tenía con el Partido de los Trabajadores.

529. José Adelmario Pinheiro Filho aún declaró que se reunió con Juan Vaccari Neto en mayo o junio de 2014 y restó acertado con él que la diferencia de precio entre la unidad simple y el apartamento triplex, así como los costos de la reforma del apartamento y también del sitio en Atibaia, serían abatidos de la mencionada cuenta general de tasas que el Grupo OAS tenía con el Partido de los Trabajadores. Juan Vaccari Neto confirmó esa posibilidad sólo en un segundo encuentro con José Adelmario Pinheiro Filho. También serían abatidos otros costos de emprendimientos del BANCOOP, pasivos ocultos –según él–, que fueron asumidos por la OAS

Se constata, aquí, nuevamente, que el supuesto acierto no se da directamente con el ex presidente Luís Inácio Lula da Silva, sino con tercero, en fecha definida como mayo o junio de 2014, distante, por lo tanto, de las fechas de las firmas (31.08.2007, 10.12.2009 o últimos aditivos 28.12.11, 23.01.12) y cuando Luís Ignacio Lula da Silva ya no era más Presidente de la República, pues había dejado el cargo el 31.12. 10 y no más ostentaba la condición de agente político y, así, no podía ser el sujeto activo del crimen de corrupción pasiva, que presupone la investidura en función pública.

La actividad del juez es pautada por la persuasión racional o libre convencimiento motivado. Sin embargo, ese sistema de persuasión racional no se contenta, tan sólo, con la producción de una motivación congruente y coherente, pero en especial con la existencia efectiva de hechos, confirmada por el

análisis crítico de todas las pruebas disponibles. La narrativa se presenta como verídica cuando sus enunciados componentes encuentran en las pruebas grado adecuado de confirmación.³ Es la distinción entre verdad y certeza. La verdad es objetiva y determinada por la realidad de los hechos de que se habla. La certeza es un status subjetivo, que corresponde a un grado elevado de intensidad del convencimiento del sujeto.⁴

Un proceso judicial penal democrático y sustancialmente justo, aplicable a todos, no se contenta con la certeza, pero requiere y exige verdad. Por eso es difícil condenar a alguien. Así, a partir de una concepción democrática de un juicio justo preocupado por exigir una narración verídica como fundamento para la condena, nosotros podríamos indagar si las acusaciones y las pruebas constatadas contra el ex presidente llevarían a considerarlo culpable de los crímenes por los que fue el acusado?

Aunque cabe al lector sacar sus propias conclusiones a nosotros nos parece que la respuesta sería negativa. En esta acción penal, el Ministerio Público Federal no presentó pruebas que demostrasen con alto grado de certeza objetiva ser el ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva el autor de los crímenes descritos en la denuncia, de modo que debería haber sido observada la lección doctrinal que determina que “en sede procesal penal vigora el principio de la presunción de inocencia, en virtud del cual nadie será considerado culpable hasta el tránsito en juzgado de sentencia penal condenatoria (CF, art. 5º, LVII), del cual deriva la denominada regla probatoria , según la cual recae sobre la acusación la carga de demostrar la culpabilidad del acusado además de cualquier duda razonable.

No obstante, el ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva fue condenado y ahora se encuentra preso, cumpliendo pena. ¿Por qué ocurrió esto? La pregunta gana mayor densidad porque su

³ Michelle Taruffo, *Una simple verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, p. 278.

⁴ Michelle Taruffo, *Una simple verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, p. 108.

condena puede alejarse de la elección presidencial y, con ello, en vez de uno, tendría dos derechos fundamentales violados: la libertad y el derecho de participar en la vida política.

En Brasil una corriente de pensadores políticos y jurídicos, como Rafael Valim y Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, sostiene la presencia de estados (situaciones) de excepción, también, en la jurisdicción, en especial cuando sus decisiones se presentan como mecanismos de deconstrucción del derecho, con finalidad eminentemente política, sea por la suspensión de la propia democracia, sea por la suspensión de derechos de parcela de la sociedad.⁵

Reconocer el ejercicio de la jurisdicción como posible fuente de decisiones de excepción en la contemporaneidad es algo complejo, pero, de acuerdo con la doctrina especializada, puede ocurrir de dos maneras: a) como decisión jurisdiccional ocasionadora o legitimadora de la interrupción institucional de la normalidad democrática (lo que podría tener que se produjo en el caso del impeachment de la ex presidenta Dilma) o b) como decisión suspensiva de derechos fundamentales del ser humano (lo que podría haber ocurrido en el caso del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva).⁶

En este último caso, la decisión de excepción suspendería derechos fundamentales del ser humano y, como característica, se podría decir que la relación jurídica procesal no significa más que el lugar donde se realizará el ejercicio de defensa, pero, en realidad, *se inicia el proceso conociéndose el resultado que se obtendrá, independientemente de lo que en él se produzca.*⁷

Rafael Valim es aún más contundente en su análisis. Para él los tres elementos centrales del *estado de excepción*: *el*

⁵ Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*, p. 104.

⁶ Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*, p. 105.

⁷ Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*, p. 108.

soberano, el enemigo y la superación de la normatividad estarían presentes en el contexto de la Operación Lava Rapida. El verdadero *soberano* en Brasil sería el mercado, encarnado en una élite que se apropia por medio de la recepción de intereses y amortizaciones de la deuda pública cerca del 42% (cuarenta y dos por ciento) del presupuesto de la Unión. El *enemigo* estaría plasmado en la figura *del corrupto* a quien se les niega las más obvias garantías procesales afines al principio del debido proceso legal, mientras que la *superación de la normatividad* se origina fundamentalmente en el Poder Judicial a quien cabría ser la última frontera de defensa del orden constitucional y del catálogo de derechos fundamentales.⁸

Es la impresión que queda en el caso del ex presidente Luiz Inacio Lula da Silva para alguien, como nosotros, acostumbrados a ejercer la jurisdicción por casi 30 (treinta) años, y que se confronta con la condena del ex presidente, cuando los principales implicados en los hechos no lo incriminaron.

La condena, en ese caso, podría explicarse por el fenómeno del *estado (situación) de excepción* que por distintos fundamentos, aparentemente racionales, ofrecen al juez un poder incompatible con la idea de Estado de Derecho y le permite hacer su valoración moral (ideológica) sobre los hechos de una forma libre y le posibilita tomar decisiones no racionalmente fundamentadas, pero apoyadas, tan sólo, en certezas subjetivas; extremadamente peligrosas para las personas y el Estado Democrático de Derecho.

En el caso Lula, certezas subjetivas alcanzaron a la persona de un prestigioso líder popular, sindical y político, de centroizquierda, que no representa los intereses hegemónicos del capital financiero internacional o nacional o los intereses de una sociedad aún autoritaria y hostil a los más elementales avances en términos de derechos humanos.

⁸ *Estado de Excepción: La Forma Jurídica del Neoliberalismo*, p. 49-52.

Referencias bibliográficas

- Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo y Golpes en América Latina, Breve ensayo sobre jurisdicción y excepción*. San Pablo: Editorial Alameda, 2016.
- Taruffo, Michelle. *Una simple verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, San Pablo: Marcial Pons, 2012.
- Valim, Rafael. *Estado de Excepción: La Forma Jurídica del Neoliberalismo*, San Pablo: Editorial Contracorrente, 2017.