

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033, de Itajaí
Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. TORTURA (LEI 9.455/97, ART. 1º, I, "a", e II). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. PROVA DA MATERIALIDADE. PALAVRAS DAS TESTEMUNHAS. INCONGRUÊNCIA DOS DEPOIMENTOS DOS ACUSADOS. LESÕES DA VÍTIMA 2. NEXO CAUSAL. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS. CONCAUSA NÃO COMPROVADA. CAUSA NÃO INDEPENDENTE. 3. TORTURA. DOLO ESPECÍFICO. INTENSO SOFRIMENTO. NÃO VERIFICAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS.

1. Resta comprovada a ocorrência de agressões dos agentes contra a vítima pelas palavras de testemunhas compromissadas que viram o ocorrido, narrando-o com detalhes, somadas às declarações da própria ofendida logo após o incidente, e às provas das lesões dele decorrentes, bem como pela inconsistência das versões dos acusados, que omitiram fatos importantes e mudaram seus relatos em momentos processuais distintos.

2. As lesões corporais gravíssimas decorreram das ações dos agressores, pois não restou comprovada causa superveniente independente e, ainda que tenha havido concausa, pela doença possivelmente preexistente de neurotoxoplasmose, agravada por ser a vítima soropositiva, ela não teria levado ao resultado não fossem as contusões externas sofridas, de modo que se mantém intacto o nexo de causalidade.

3. Ausente o dolo sádico de causar intenso sofrimento, bem como não tendo sido observada a excepcionalidade deste, a não ser pelas consequências das lesões sofridas, deve o crime de tortura imputado ser desclassificado ao tipo de lesões corporais gravíssimas.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

2

0033287-94.2009.8.24.0033, da Comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal), em que é Apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelados Lucas Egídio Ubiali e outro:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso; dar-lhe parcial provimento para condenar Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, a serem cumpridas inicialmente no regime aberto, pelo cometimento do crime previsto no art. 209, § 2º, do Código Penal Militar; e determinar, após o exaurimento da possibilidade de interposição de recursos nesta Corte, o encaminhamento da íntegra do presente *decisum* ao Juízo da Condenação para que expeça os documentos necessários à execução provisória das penas impostas aos Acusados, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de junho de 2019, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 19 de junho de 2019.

Sérgio Rizelo
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

3

RELATÓRIO

Na Comarca de Itajaí, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 1º, I, "a", e II, c/c §§ 3º, primeira parte, e 4º, I, da Lei 9.455/97, nos seguintes termos:

No dia 31 de maio de 2009, por volta das 16:00 horas (fl. 195), na Rua Odílio Garcia, Bairro Cordeiros, em Itajaí, os policiais militares Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali faziam patrulhamento naquela localidade, quando decidiram abordar Gilberto Isensee (44 anos de idade), o qual circulava de bicicleta, a fim de nele proceder uma busca pessoal. De acordo com os denunciados, o motivo da abordagem foi o modo suspeito como aquele teria se portado ao se deparar com a guarnição, momentos antes, na Rua Pedro Camilo Vicente, no mesmo bairro.

Durante o procedimento, como nada encontraram em poder de Gilberto Isensee, e supondo que este ocultasse drogas consigo, os agentes públicos, com nítida intenção de torturá-lo, constrangeram-no com emprego de violência, consistente em pontapés e pisões, especialmente na região da cabeça da vítima, com o fim de obter informações sobre a localização de substâncias entorpecentes.

Por não terem conseguido a informação desejada, os policiais militares continuaram a sessão de espancamento. Com isso, os denunciados submeteram Gilberto Isensee, que estava sob seu poder e autoridade, mediante emprego do mesmo tipo de violência (pontapés e pisões), a intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo pessoal.

Tanto é assim que a vítima ficou desorientada, necessitando auxílio do Auto Socorro de Urgência (ASU), do Corpo de Bombeiros Militar local, que a encaminhou ao Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen.

Os denunciados disseram aos socorristas que Gilberto Isensee havia ingerido drogas (duas ou três pedras de *crack*), informação que acabou sendo repassada por aqueles quando da entrega da vítima no referido nosocômio. Todavia, não há registro nos autos de que alguma substância tóxica tenha sido encontrada, seja no momento da abordagem, seja no hospital, nem há indicativos de que essa situação tenha de fato ocorrido.

O ofendido recebeu alta médica em 1º de junho, às 14:35 horas (fl. 221), porém foi reconduzido ao mesmo hospital, a pedido de familiares, pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) durante a noite, eis que apresentou sinais de "agressão com déficit motor em dimídio direito" (fl. 244). No boletim de atendimento de urgência de fl. 242, também foi registrado o motivo do atendimento como "agressão", sendo descrita a existência de "hematoma + escoriações na face". Na autorização de internação hospitalar de fl. 238, consta que o procedimento autorizado foi "tratamento conservador de traumatismo craniocéfálico, CID S068 – Outros traumatismos intracranianos". Gilberto Isensee permaneceu internado até o dia 29 de junho de 2009 (fl. 286v.).

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

4

Os atos de tortura praticados pelos denunciados em comunhão de esforços e unidade de desígnios, resultaram na vítima lesão corporal de natureza gravíssima. Conforme o laudo de lesão corporal de fl. 204, o exame pericial, realizado em 4 de novembro de 2011, demonstrou "evolução tardia de condição traumática cranio encefálica, resultando quadro plegia com deficiência motora importante de membros a direita [...]" (*sic*). Em resposta aos quesitos do laudo, o médico legista consignou que o fato resultou para o ofendido incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, perigo de vida, debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função e incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável ou deformidade permanente (fls. 1-3).

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito julgou improcedente a exordial acusatória e absolveu Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali com fundamento no disposto no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 824-831).

Insatisfeito, o Ministério Público deflagrou recurso de apelação (fl. 833).

Em suas razões, arguiu haver prova suficiente da autoria e da materialidade delitivas para lastrear a condenação dos Acusados, analisando detidamente o que foi produzido durante a instrução processual (fls. 836-845).

Os Acusados ofereceram contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 863-885 e 895-900).

A Procuradoria de Justiça Criminal, por sua vez, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Gilberto Callado de Oliveira, posicionou-se pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 903-910).

Este é o relatório.

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

5

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

No mérito, comporta provimento a pretensão de reforma da sentença absolutória, pois comprovadas nos autos a ocorrência dos fatos, que constituem crime, e a autoria, que recai sobre os Apelados Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali.

Ao menos cinco testemunhas presenciaram os fatos que deram origem à presente ação, quatro delas afirmando terem visto a Vítima Gilberto Isensee ser agredida fisicamente pelos Policiais Militares Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali.

Francisco Alves, quando ouvido em Juízo, compromissado a dizer a verdade, por não conhecer nem ter relação de amizade com os Apelados ou com o Ofendido, bem relatou o ocorrido, dizendo que viu a Vítima passando normalmente, de bicicleta, na ciclovia em frente à sua casa; quando estava na frente da casa da vizinha do lado, a Vítima foi abordada pelos Policiais; levantou-se para ver o que ocorria, presenciou o Ofendido no chão, sendo chutado pelos dois Policiais Militares que o pararam, tratando-se estes dos Apelados; enquanto era agredida, a Vítima tentava levantar segurando em uma grade de metal, mas era novamente derrubada pelos Agentes Públicos; o Ofendido não oferecia resistência, mas mesmo assim ambos os Policiais o chutavam, "de graça", na cabeça e nas canelas, dizendo que "ele engoliu droga, agora vai ter que cuspir". Aduziu que, durante a ação, um dos Agentes deixou cair sua arma, o que o alarmou, pois temeu que pudesse disparar acidentalmente, mostrando o despreparo dos Apelados; juntamente com seu filho, nesse momento, pediu aos Apelados que parassem de "massacrar" a Vítima, colocassem-na na viatura e a levassem ao hospital; devido às agressões, ela desmaiou, o que fez os Apelados buscarem um balde de água, em uma casa vizinha, e despejar todo o seu

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

6

conteúdo sobre o Ofendido, tentando fazê-lo recobrar a consciência. Aclarou que, com a água, o Ofendido começou a se mexer, momento em que se retirou, não sabendo dizer como Gilberto Isensee foi levado ao hospital (mídia contida no CD da fl. 592).

Tal depoimento mostra-se coerente, no tocante à visualização das agressões, com o prestado pelo mesmo espectador dos fatos quando ouvido na fase administrativa (fls. 198-199), ocasião na qual disse:

o ciclista, ao cair, tentava se levantar agarrando-se às grades da frente da propriedade de Cleusa, mulher do "Zuza"; que os policiais não colocaram a mão no ciclista, apenas davam "botinadas" na cabeça e no corpo do mesmo; que, os policiais nada perguntaram e simplesmente partiram para as agressões, tendo estes dito, que era para o mesmo colocar para fora a droga que havia engolido; que, após tantas agressões, o ciclista desmaiou, tendo os policiais ainda tentado reanimá-lo jogando um balde de água; que, afirma que o ciclista não estava cometendo nenhum ato ilícito, apenas dirigindo sua bicicleta pela ciclovia, quando foi fechado pela viatura policial, e em seguida se iniciado as agressões a ele; que, o declarante se lembra que o rapaz começou a se reanimar, após os policiais terem jogado um balde de água, porém não se recorda se o levaram ou deixaram no local [...].

O filho da referida Testemunha, Dionísio Alves, ouvido apenas na fase administrativa, narrou que chegou ao local somente após a Vítima Gilberto Isensee estar desacordada, presenciou os Policiais Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali jogarem água, com um balde, na cabeça dela, para tentar reanimá-la, tendo que ser conduzida ao hospital. Afirmou, no entanto, que ouviu de terceiros (vizinhos que acompanharam os fatos), que o Ofendido foi agredido pelos Policiais (fls. 200-201).

Sandra Cristina dos Santos, também ouvida apenas na fase investigativa (fls. 202-203), corroborou inteiramente o depoimento de Francisco Alves colhido sob o contraditório, ao afirmar que:

no dia dos fatos, numa tarde de domingo, a declarante se encontrava em casa, quando ocorreu um tumulto na via pública, próximo à sua residência; que a declarante foi ver o que ocorria, quando há menos de cinquenta metros, do outro lado da rua, dois policiais militares estavam agredindo um rapaz que se encontrava caído, com chutes e pontapés; que, inclusive um deles, chutou a cabeça do rapaz; que, os policiais mandavam que ele se levantasse, porém ele não conseguia, mesmo agarrando-se a cerca; que, a declarante vendo que o

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

7

rapaz estava passando mal, interveio junto aos policiais para que não o agredissem mais e chamassem uma ambulância; que, os policiais inclusive jogaram um balde de água em cima do rapaz, para que ele se recuperasse, porém não o conseguiram [...].

Além desses, a Testemunha Antônio Carlos Félix, ouvida em Juízo (mídia do CD da fl. 269), afirmou que, à época, era mototaxista e trabalhava em um ponto em frente ao local dos fatos; viu um ciclista passando e, em seguida, uma viatura com Policiais o abordaram com hostilidade; a Vítima, apesar de ter porte físico aparentemente maior que os dos Policiais, não ofertou resistência e, após uma pequena conversa ou discussão cujo conteúdo não ouviu, um dos Agentes desferiu um tapa na cara do Ofendido, prostrando-o. Asseverou que, mesmo caído, a Vítima ainda levou um pontapé na cabeça desferido pelo outro Policial; ela tentou ficar em pé, agarrando-se em uma cerca, mas não conseguiu, e acabou desmaiando; diante disso, pareceu que os Policiais deram-se conta da gravidade de suas ações e um deles foi até uma casa vizinha pedir um balde de água para tentar acordar o Ofendido; queriam "forçar ele pra se levantar". Foi, enfim, chamada uma ambulância para levar o Ofendido ao hospital; não viu outras agressões, mas se retirou do local porque "já tinha visto o suficiente"; outras pessoas, segundo o que sabia, teriam presenciado o ocorrido, inclusive outro mototaxista.

Na fase administrativa, da mesma forma, Antônio Carlos Félix esclareceu (fls. 215-216):

viu uma viatura da Polícia Militar circular devagar na via pública; que na ciclovia estava circulando um rapaz conduzindo sua bicicleta; que, a viatura ao passar pelo rapaz, o policial mandou-o parar, no que foi atendido de imediato; que, os policiais pediram ao rapaz para entregar a droga, e ele respondeu que não tinha; que, então um dos policiais deu um tapa no rosto do rapaz, deixando-o meio atordoado; que o outro policial também deu outro tapa, tendo o rapaz caído sentado no meio-fio da via pública; que então um dos policiais lhe deu um chute no rosto, derrubando-o e deixando deitado, e o outro deu um chute na cabeça, tendo o rapaz entrado em estado de choque, semelhante a epilepsia; que, então os policiais o arrastaram até o muro deixando-o sentado; que, mandaram o rapaz se levantar, mas ele se agarrava à grade do muro com uma das mãos e não conseguia, devido ao estado em que se encontrava; que, então os policiais se dirigiram a uma senhora, em cuja casa, em frente se encontrava

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

8

e pediram um balde de água, que jogaram no rapaz, tentando reanimá-lo; que, então o rapaz caiu de uma vez, tendo sido acionada a ambulância do corpo de bombeiros [...].

Jurandir Ribeiro Mello, chamado a depor porque contou ao amigo (o Policial Militar "Soldado Maiarte") que viu o ocorrido (mídia do CD da fl. 655), declarou que viu a viatura parada e, caída ao seu lado, a Vítima. Os Policiais estariam mexendo na boca do Ofendido, o que o fez pensar que ele sofrera um mal súbito; o homem se levantou, por conta própria, e ficou no meio dos dois Agentes Públicos; após, seguiu seu caminho sem mais nada presenciar.

Todos os presentes viram, ao menos, os Apelados no local e o Ofendido caído e desacordado. Ademais, as três pessoas que observaram a cena quase por completo, Francisco Alves, Sandra Cristina dos Santos e Antônio Carlos Félix (nenhuma delas suspeita para depor e duas ouvidas em Juízo), afirmaram terem presenciado agressões de ambos os Apelados contra a Vítima, o que a teria levado a desmaiar. Disseram, ainda, detalhe confirmado por Dionísio Alves, que os Agentes Públicos jogaram água sobre o Ofendido para reanimá-lo, fato este relevante para demonstrar, no mínimo, a gravidade do incidente.

Afora eles, o Informante Giovani Isensee afirmou, na fase judicial, que, apesar de nada ter visto, soube que seu irmão Gilberto Isensee foi agredido pelos Apelados, vindo a sofrer gravíssimas sequelas. O Ofendido, segundo informou, era trabalhador; nunca causou incômodo à família e, no dia seguinte ao dos fatos, recebeu uma ligação de sua esposa (que por sua vez tinha sido contatada por sua mãe), dizendo que seu irmão estava no hospital; chegando à casa de sua genitora, no fim do dia, encontrou o Ofendido acamado, confuso, sem nem conseguir falar direito, apenas repetindo "os homi me bateram", "os homi me bateram". Agregou que a Vítima estava "toda roxa" no rosto e na cabeça, tendo, inclusive, sido batidas fotografias da sua aparência (as quais se perderam); até então a família não sabia o que tinha ocorrido, achando que o Ofendido poderia ter sido atropelado; chamou seu outro irmão, Gerson, e

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

9

encaminharam a Vítima novamente ao nosocômio, onde ficou internada por cerca de 30 dias. Aludiu que, procurando descobrir o que acontecera, acabou sabendo, pela vizinhança (especialmente de um mototaxista, de um rapaz de uma oficina e de uma mulher da casa em frente ao local), que seu irmão talvez estivesse com entorpecentes na boca, levou um tapa de um Policial, bem como um chute na cabeça, e foi despejado sobre si um balde de água (mídia do CD da fl. 522).

Perante o Delegado de Polícia, por sua vez, Giovani Isensee aduziu (fls.196-197):

na segunda feira, sua mãe recebeu um telefonema do hospital informando que Gilberto se encontrava internado; que, seus pais então trouxeram Gilberto para casa; que, sua esposa ligou para o declarante, informando destes fatos, tendo então se dirigido à casa de seus pais, onde verificou que Gilberto mal falava, e encontrava-se com um lado do corpo paralisado; que, ao ser perguntado, seu irmão apenas dizia: "os homi, os homi me bateram"; que, em vista do estado de Gilberto, chamaram o SAMU que conduziu seu irmão de volta ao hospital, onde permaneceu por aproximadamente um mês; que, seu irmão fumava maconha, porém não era de conhecimento do declarante, que ele fosse usuário da droga conhecida por *crack* [...]; que, através de comentários soube que seu irmão havia sido abordado, na rua Odilio Garcia, por policiais militares, quando lhe foi mandado colocar as mãos na viatura policiais, em posição para revista pessoal; que, em dado momento, um dos policiais teria dado um tapa no rosto do seu irmão, que caíra, e em seguida um deles teria dado um chute em sua cabeça quando ele se encontrava caído; que, como se ele se encontrava desacordado, teriam solicitado um balde de água, a uma mulher que morava nas proximidades, para acordá-lo; que, os policiais ficaram assustados, uma vez que Gilberto não voltava a si e chamaram o corpo de bombeiros; que, ao procurar saber o que aconteceu, foi no pronto-socorro do hospital, onde lhe foi informado que ele havia dado entrada naquele nosocômio, em virtude de embriaguês [...].

Gerson Isensee, que comunicou a ocorrência por meio do boletim da fl. 3, quando tomadas suas declarações na fase administrativa, confirmou ter ciência que seu irmão Gilberto, a Vítima, foi abordado por Policias Militares, que o agrediram fisicamente, causando lesões corporais gravíssimas, que o deixaram "paralítico". Ao ser levado à casa de saúde, no entanto, os mesmos Policiais teriam dito apenas que ele estava embriagado e "mandaram fazer uma lavagem de estômago" (fls. 3; 7 e 108-109).

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

O mesmo depoimento foi relatado pelos pais do Ofendido, Maria Eleonor Isensee e Érico Isensee, quando ouvidos na fase administrativa (fls. 6 e 107).

A própria Vítima Gilberto Isensee, quando prestou declarações em Juízo (em informes colhidos a termo nas fls. 549-550, pela sua dificuldade de fala decorrente das lesões sofridas), afirmou que, na data dos fatos:

foi abordado pela polícia militar por volta das 16:00 horas. Que ato contínuo, mandaram o depoente encostar no carro com as mãos para cima e logo em seguida um dos policiais enfiou o dedo na boca do informante como se estivesse procurando algo [...]. Que após a revista perdeu os sentidos. Que somente acordou quando estava dentro da ambulância do SAMU. Que o informante não se recorda de nenhuma agressão eventualmente praticada pelos policiais. Que deduz que suas lesões podem ter sido provocadas pelas agressões. Que acredita terem sido praticadas pelos acusados. Que o informante antes dos fatos nunca apresentou nenhum tipo de doença do tipo epilepsia ou que provocasse a perda dos sentidos. Que não sabe dizer por que desmaiou. Que o médico que atendeu o informante também não explicou a razão do desmaio. Que a última imagem que o informante tem é o dedo na boca acima referido [...]. Que o informante era usuário de maconha na época dos fatos (cerca de 4 anos). Que os policiais não perguntaram a respeito de drogas. Que não se recorda da chegada da ambulância do SAMU [...]. Que o informante não tinha nada na boca no momento da revista. Que apenas um policial fez a revista. Que no dia dos fatos não usou maconha nem bebida [...]. Que quando quando acordou já na ambulância não percebeu nenhum corte no rosto. Que o informante esclarece que não ficou com nenhuma lesão no rosto depois dos fatos.

Na fase administrativa, pela gravidade de suas lesões, a Vítima Gilberto Isensee não conseguia se expressar, conforme consta na certidão da fl. 205, de onde se lê que "demonstra dificuldade em se expressar verbalmente, em virtude das agressões sofridas, praticadas por policiais militares, sendo na maioria das vezes suas manifestações ininteligíveis para a própria mãe, com quem convive atualmente".

A Vítima, certamente em razão das lesões sofridas, não tem lembrança dos acontecimentos, até porque, segundo os relatos reproduzidos, desmaiou durante a abordagem. Revelou, no entanto, não estar levando drogas consigo (nem tê-las ingerido); não ter resistido à abordagem; nem ter doenças

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

11

anteriores capazes de causar seu desmaio súbito.

Tais relatos, coerentes entre si, prestados por pessoas compromissadas e que não tinham motivos para imputar aos Apelados fatos não verídicos, por não terem sido apontadas entre eles inimizade ou animosidade prévias, acabam por desmentir as defesas de Marcos Aurélio Machado e de Lucas Egídio Ubiali, os quais, ouvidos em Juízo, assim se manifestaram:

Lucas Egídio Ubiali descreveu que ele e seu colega estavam em ronda quando viram a Vítima, já conhecida por portar drogas, em atitude suspeita, passando por beco conhecido por ser local de tráfico de narcóticos, e evadindo-se da guarnição; mais tarde o Ofendido foi encontrado transitando na região, quando recebeu ordem de parada; a Vítima parou imediatamente e colocou-se na posição para revista; enquanto seu colega fazia a "segurança de área", revistou o Ofendido e começou a entrevistá-lo; nada foi encontrado em sua posse, mas a Vítima não respondia as perguntas que lhe eram feitas; diante disso, mandou que abrisse a boca, o Ofendido assim o fez muito rapidamente; viu certa quantidade de substância análoga a *crack*, embrulhada em plástico verde; a Vítima tentou se evadir, porém, tropeçou na sua perna, deu alguns passos e caiu. Aludiu que ainda tentou segurar a Vítima, para que não caísse, mas não conseguiu impedir a queda; em vista do acidente, a Vítima bateu a cabeça no chão, fazendo ruído o impacto, onde permaneceu; tentou ajudá-la a levantar, mas a Vítima passou a expelir a provável droga que tinha na boca, já mastigada (mesmo estando dentro de sacolas); mesmo assim o Ofendido conseguiu levantar com força própria, sendo apenas ajudado. Asseverou que a droga expelida, e as sacolas, não foram recolhidas porque tinha medo de se contaminar com alguma coisa e porque estava preocupado com a vida do Ofendido; a ambulância logo chegou ao local, sendo chamada porque a Vítima teria ingerido drogas, e quando foi levada ela estava acordada (mídia do CD da fl. 677).

O Apelado Marcos Aurélio Machado apontou que fazia

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

patrulhamento com seu colega quando viram o Ofendido Gilberto Isensee se evadir por um beco conhecido pelo tráfico de drogas; quando o encontraram novamente, em sua bicicleta, fizeram-no parar, o que ele acatou; fazia a segurança enquanto o Coacusado realizava a revista; como nada foi encontrado na posse da Vítima, virou-se para a frente da viatura, observando e fazendo a cobertura a área; nesse momento ouviu seu colega conversar com o Ofendido, em seguida um barulho e viu o homem caído, desmaiado, na via; ele estava com pedras de *crack* na boca, de coloração verde ou azul. Aduziu que não teve coragem de retirar as pedras porque temeu que o Ofendido acordasse e o mordesse; o Corréu lhe disse que a Vítima tentara se evadir, tropeçado e batido a cabeça no chão; acionaram a ambulância, momento em que o Ofendido acordou, confuso e desorientado, ficou em pé e queria deixar o local; a droga foi engolida; a Vítima caminhou até a ambulância e foi levada. Agregou que, como o Ofendido ingerira o entorpecente, não foi feito boletim de ocorrência, apenas noticiada a abordagem à central; não foi a primeira vez que via uma pessoa abordada ingerir as drogas que portava; não viu lesões no Ofendido e, se o tivesse chutado com o coturno, ele apresentaria vários hematomas, pois se trata de um sapato muito pesado (mídia do CD da fl. 677).

Na fase administrativa, os Apelados Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali disseram que a Vítima Gilberto Isensee, conhecida de outras abordagens por Lucas, colocou as mãos na viatura, para realização da revista; fizeram-lhe perguntas, mas a Vítima nada respondia, motivo de Lucas mandá-la abrir a boca, instante em que ela tentou fugir, mas tropeçou na perna dele, que a tinha entre as do Ofendido, conforme procedimento padrão de abordagem, e acabou indo ao chão. Por ser muito rápida a queda, não conseguiram proteger sua cabeça, vindo a Vítima a batê-la no meio-fio; tentaram reanimar o Ofendido e perceberam, em sua boca, uma coloração esverdeada, vinda de duas ou três pedras de *crack*; mandaram a Vítima, então, ao hospital (fls. 147-148, 181-182, 80-82 e 83-85).

Acontece que no dia da ocorrência, o Apelado Lucas Egídio Ubiali fez o seu registro, narrando que a guarnição "realizou a busca pessoal [da Vítima], constatando que o masculino possuía três pedras de *crack* na boca. Assim que foi determinado que 'guspisse' as pedras, o mesmo engoliu e, após engolir, se jogou no chão, simulando estar passando mal, vindo a bater com a cabeça no chão, lesionando o supercílio direito" (fl. 48).

Veja-se, pois, que a estória do esbarrão só veio a ser mencionado pelos Apelados quando já estavam sendo investigados, dado que, no registro inicial de ocorrência, foi relatado que o Ofendido jogara-se no chão, simulando um mal súbito.

Ademais, nenhuma referência fizeram ao marcante evento de jogar um balde de água sobre a cabeça da Vítima, o que não só causa espanto, mas também imprime desconfiança sobre as palavras dos Apelados Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali.

Pela leitura da certidão de ocorrência do Corpo de Bombeiros Militar, de fato, vê-se que a ambulância foi chamada ao local dos fatos pelos Apelados, apenas em razão de uma suposta "ocorrência de intoxicação", por ter a Vítima, alegadamente, engolido duas pedras de *crack* (fl. 59).

O Bombeiro Militar Jocelito Pacheco, quando ouvido em Juízo, disse não recordar da ocorrência, mas que, se ali constava a intoxicação, é porque alguém informara que poderia ter ocorrido. Disse, ademais, que se tivessem sido constatadas lesões, elas constariam no registro (mídia do CD da fl. 592).

Semelhante relato foi declinado pelo também Bombeiro Militar Gene Fernandes Pereira Júnior, fazendo-se referência a que o documento da fl. 223, preenchido na data dos fatos, não atesta nenhuma lesão externa visível no Ofendido (mídia do CD da fl. 629).

O mesmo foi informado ao Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, para onde a Vítima Gilberto Isensee foi levada, sob a alegação de

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

14

ter apresentado "intoxicação exógena", liberada no dia seguinte, porém novamente internada na mesma data, "com história de agressão física e rebaixamento do nível de consciência" (fl. 190).

Inicialmente, como as indicações dos Apelados não sinalizavam agressão ou queda da Vítima, ela recebeu tratamento somente para "intoxicação exógena", pela suposta ingestão das pedras de *crack*, conforme noticiado nos documentos das fls. 221 e 225. No dia seguinte, no entanto, a Vítima passou a ser tratada por "traumatismo cranioencefálico (grau médio)", conforme mencionado no documento da fl. 238, tendo sido constatados "hematomas e escoriações na cabeça", bem como hemiparesia (paralisia parcial) do lado direito de seu corpo (fl. 239). Da mesma forma, os documentos das fls. 242 e 244 falam de hematomas e escoriações na face da Vítima (no olho esquerdo, segundo o documento da fl. 277), bem como déficit motor importante nos seus membros superior e inferior direitos, *em razão de agressão*.

As demais testemunhas arroladas pelos Apelados, Antônio Carlos Galvão, Jonathan Cardoso Régis e Rodrigo Gustavo Duarte, todos Policiais Militares, pouco puderam esclarecer acerca do ocorrido, pois não presenciaram os fatos, narrando, apenas, as informações que obtiveram dos próprios Acusados ou no inquérito instaurado pela Corporação (que resultou inconclusivo, por não ter sido ouvida nenhuma das testemunhas diretas dos acontecimentos), prestando-se apenas para abonar as conduta de Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali enquanto Agentes Públicos (ouvidas nos CDs das fls. 629 e 670).

É inegável, pois, que foram praticadas agressões contra a Vítima Gilberto Isensee, dado que esse fato é afirmado por diversas testemunhas compromissadas, foi referido pelo Ofendido no dia posterior ao ocorrido, e está positivado nos documentos hospitalares.

Além disso, vê-se que os interrogatórios dos Apelados Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali não merecem confiança, pois

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

15

comprovadamente omitiram acontecimentos importantes (como a água do balde jogada na cabeça da Vítima), fazendo referência à ingestão e expulsão de drogas, sem que tenha sido colhido no local alguma evidência material para ser periciada, ou que tenha sido constatada, efetivamente, a existência dessa substância no organismo da Vítima (embora, ainda que houvesse, não justificaria a agressão do Ofendido com tapas e pontapés).

Restaria determinar se foram tais agressões que, de fato, levaram às desastrosas consequências à saúde do Ofendido, ou se elas advieram de causa independente, o que se faz necessário para que se afirme a ocorrência de lesão leve, grave ou gravíssima.

Isso porque, segundo os Apelados, a hemiparesia (paralisia de um lado do corpo) do Ofendido (que caracterizaria a lesão corporal gravíssima) não decorreu das agressões sofridas, mas de infecção possibilitada por seu quadro anterior avançado de AIDS.

Estabelece o art. 29 do Código Penal Militar:

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores, imputam-se, entretanto, a quem os praticou.

Conforme se infere do dispositivo reproduzido, adota-se, quanto ao nexos causal, a teoria da *conditio sine qua non*, para a qual é causa toda ação sem a qual o resultado não teria ocorrido. Segundo essa teoria, "para que se possa verificar se determinado antecedente é causa do resultado, deve-se fazer o chamado juízo hipotético de eliminação, que consiste no seguinte: imagina-se que o comportamento em pauta não ocorreu, e procura-se verificar se o resultado teria surgido mesmo assim, ou se, ao contrário, o resultado desapareceria em consequência da inexistência do comportamento suprimido. Se se concluir que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, então não há nenhuma relação de causa e efeito entre um e outra,

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

porque mesmo suprimindo esta o resultado existiria" (BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 289).

Andreas Eisele ensina:

A aferição da relação causal é formulada mediante uma abstração hipotética, mediante a qual se suprime mentalmente a conduta, e se infere (mediante raciocínio indutivo) a probabilidade de ocorrência do evento (individualmente considerado), mesmo que os fatores decorrentes da realização da conduta não tivessem se configurado. Caso a conclusão seja a probabilidade (com um grau de segurança suficiente para conferir certeza ao sujeito que elabora o raciocínio) da não ocorrência do evento (do modo como se concretizou), a conduta é classificada como causa do evento.

Ou seja, se com a abstração, for concluído que o evento não teria ocorrido da forma como se implementou, tal conduta deve ser considerada uma causa desta. Portanto, embora a relação causal seja um fenômeno físico, a aferição da relação causal é uma abstração racional (culturalmente construída). (*Direito penal: teoria do delito*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 240-241).

Ora, ainda que se atribua a grave condição do Ofendido ao *possível* quadro de neurotoxoplasmose, agravado pelo fato de ele ser soropositivo, conforme consta de observação no laudo pericial, com fundamento nas tomografias computadorizadas de crânio das fls. 287-289, as quais, por sua vez, apenas suspeitam da ocorrência de tal infecção (já que delas se lê "(neurotoxoplasmose?)"), certo é que, além de não haver nos autos nenhum registro ou teste que constate a efetiva ocorrência de tal doença, o resultado *hemiparesia* não teria ocorrido sem as lesões externas sofridas pela Vítima.

O depoimento do Perito Elisiário Pereira Neto permite tal conclusão ao admitir que seria possível haver, no caso dos autos, um "somatório de fatores", já que chutes na cabeça (os quais foram provados) poderiam desencadear ou agravar o quadro eventualmente apresentado por outras infecções oportunistas (mídia do CD da fl. 629).

Além disso, seria por demasiado fortuita (ou infortunada) a apresentação de sintomas de doença que nem sequer era conhecida do Ofendido Gilberto Isensee (e que, repita-se, não foi comprovada) exatamente no dia em que sofreu agressões na cabeça dos Policiais Militares Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali, as quais, vale dizer, deixaram hematomas no

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

17

olho esquerdo da Vítima, ocorrendo a inflamação cerebral, também, do lado esquerdo da sua cabeça, conforme atestam os documentos médicos trazidos aos autos.

Obviamente, retirando as agressões sofridas pela Vítima, as quais foram praticadas pelos Apelados, o resultado hemiparesia não teria ocorrido, uma vez que essas lesões, por ação contundente, tiveram o condão de acionar processo inflamatório que pode ter, ou não ter, sido agravado por doença *possivelmente* previamente existente (no caso, a neurotoxoplasmose).

Assim, os tapas e chutes são condição necessária, "sem a qual não" ocorreria o evento lesão gravíssima.

Cabe frisar, ademais, que os problemas de saúde tidos pela Vítima antes do evento (agressões) não excluem a imputação, pois não são causas supervenientes, mas sim antecedentes (existiam antes das agressões). E ainda que se considere que os Apelados, ao darem-e conta da gravidade das lesões causadas (com o desmaio da Vítima), tentaram reanimá-la, só seriam beneficiados com a exclusão do crime doloso, se seu arrependimento tivesse efetivamente impedido o resultado, o que não ocorreu.

A única conclusão possível a que se chega, logo, é que as lesões sofridas pelo Ofendido Gilberto Isensee, caracterizadas como gravíssimas (fl. 204), são consequências das ações dos Apelados Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali, que por elas responderão.

Deve-se determinar, no entanto, se tais agressões configuram o crime de tortura. Lê-se da Lei n. 9.455/97:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como

Gabinete Des. Sérgio Rizelo

forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pelo que restou comprovado nos autos, os Apelados abordaram a Vítima acreditando que ela possuía substâncias entorpecentes. Nada tendo encontrado em sua posse, passaram a agredi-la, primeiro com ao menos um tapa, e depois com chutes (não se sabe em qual quantidade, sendo ao menos um na cabeça), o que a desacordou. Não tendo recobrado os sentidos naturalmente, jogaram água sobre a cabeça dela. Após, mandaram-na ao hospital dizendo que sua condição se devia somente à intoxicação pela ingestão de substância entorpecente, jamais localizada porque inexistente no cenário da violência.

Vê-se que não há prova de que o Ofendido tenha sido constrangido, mediante violência, a prestar informações, pois isso não foi presenciado pelas testemunhas. Não se pode capitular o ocorrido na alínea "a" do inciso I do art. 1ª da mencionada Lei.

As demais alíneas do primeiro inciso da referida norma também não se amoldam ao presente caso, dado que não há sinal de que os Apelados visassem que a Vítima praticasse ação criminosa, ou que a discriminassem por motivos raciais ou religiosos.

Quanto ao inciso II da norma (Lei 9.455/97, art. 1º), para que se configure o tipo penal da tortura, será necessário, concomitantemente, que: a) o agente tenha poder, guarda ou autoridade sobre a vítima; b) atue com violência ou grave ameaça; c) cause intenso sofrimento físico ou mental; d) aja para aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Os Apelados detinham autoridade sobre a Vítima, pois a abordaram na condição de Policiais Militares, dando ordem de comportamento a ser seguida sob pena de ser imputado a ela o cometimento dos crimes de desobediência ou de resistência. Atuaram, também, com violência, sobre o que se discorreu.

Questiona-se, no caso concreto, no entanto, tanto a ocorrência de sofrimento intenso no instante das agressões, quanto a finalidade das agressões.

Com relação a tais elementos da chamada "tortura castigo", Rogério Sanches Cunha ensina:

O inciso II pune a conduta daquele que submete alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a *intenso sofrimento físico ou mental*, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (tortura castigo). [...]

Além dos sujeitos, diferencia-se do inciso anterior porque refere a *intenso sofrimento físico ou mental*. Esta expressão não pode ser desprezada, pois engloba a ideia de um sofrimento atroz, martirizante, insuportável, que, no caso concreto, desperta certa dificuldade de aferição.

O intenso sofrimento físico ou mental, aliás, é o que diferencia este tipo daquele inculpidado no art. 136 do CP.

O que se visa com a prática dessa espécie de tortura é a submissão de alguém, pelo agente, a aplicação de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (finalidade especial). É crime, pois, submeter o preso a tratamento degradante como forma de punição arbitrária pelo delito praticado.

Essa espécie de tortura se consuma com a submissão da vítima a intenso sofrimento físico ou mental, mediante violência ou grave ameaça, atrelada às finalidades previstas no tipo penal em apreço, sendo possível a tentativa (delito plurissubsistente) (*Tortura. In Legislação Criminal Especial. Col. Ciências Criminais*. 2. ed. v. 6. Coord. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1.056).

Sobre o elemento subjetivo, Guilherme de Souza Nucci complementa:

É o dolo, possuindo elemento subjetivo do tipo específico, que é o de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Note-se que não se trata de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto. Não existe a forma culposa (*Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 686).

Foram dolosas as agressões cometidas contra o Ofendido, que vieram a causar as lesões corporais observadas. Não se identifica, no entanto, o intuito sádico, nem tampouco a intenção deliberada voltada ao acometimento da Vítima de intenso sofrimento. Tanto é verdade que, conforme o depoimento de Antônio Carlos Félix, após entenderem a gravidade de seus atos os Agentes Públicos tentaram reanimar o Ofendido, inclusive chamando ambulância para atendê-lo (ainda que o tenham feito reportando motivo diverso e sem sucesso para evitar o resultado).

Também não se verifica, nos atos de agressão em si (comprovados um tapa e um chute, ao menos), a ocorrência de sofrimento exagerado, conquanto se admita que as consequências dos atos, elas sim, possam ter causado enormes dores físicas e mentais à Vítima. Veja-se que o intenso sofrimento a que faz referência a Lei é aquele que imprime imediatamente a ação dolosa do agente, e não aquele que vem a surgir como posterior consequência (também dolosa neste caso, pois foram dados chutes na cabeça do Ofendido, de modo que o resultado não só era previsível, como assumiu-se claramente o risco de produzi-lo, podendo, inclusive, ser ainda mais grave, tal qual a morte da Vítima), daquela. Diga-se: pelo que restou comprovado, o dolo, nestes autos, era de lesar, e não de torturar.

Assim sendo, deve ser desclassificado o delito de tortura àquele contido no art. 209, § 2º, do Código Penal Militar, qual seja, lesão corporal, Lei esta que se aplica à espécie em razão do cargo exercido pelos Apelados (CPM, art. 9º, II, "c"), eis que o fato que caracteriza tal crime está integralmente narrado na denúncia.

O crime é tipificado como segue:

Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Penal – detenção, de três meses a um ano.

Lesão grave

§ 1º Se se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias:

Penal - reclusão, até cinco anos.

§ 2º Se se produz, dolosamente, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura:

Penal - reclusão, de dois a oito anos.

O fato é típico, antijurídico (já que não há sequer alegação de que os Apelados tenham atuado sob o manto de qualquer das causas de exclusão de ilicitude), e punível. Os Agentes eram maiores e capazes à época dos fatos.

Na primeira fase da dosimetria, devem ser valoradas as circunstâncias contidas no art. 69 do CPM:

Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

Pois bem. A gravidade do crime não extrapolou a prevista no tipo legal. Não há nos autos elementos a aferir a personalidade dos Apelados. A intensidade do dolo não foge da normalidade. A extensão dos danos já está contida na previsão do crime (gravíssimos), não servindo para exasperar a pena. Os meios empregados e o modo de execução são normais à espécie. Não foram apurados os motivos determinantes. O tempo e o lugar também não aumentam a gravidade do delito. Os Apelados não contam com antecedentes criminais, nem com sanções administrativas, como consta dos autos. Suas atitudes não demonstram exacerbada insensibilidade, indiferença, nem tampouco arrependimento capazes de alterar a pena nesta fase. Fixa-se a pena-base, pois, aos Apelados, no mínimo legal de 2 anos de reclusão.

Na fase intermediária, aplicável a agravante contida no art. 70, II, "I" do Código Penal Militar ("ter o agente cometido o crime estando em serviço"), de modo a exasperar a pena-base em 1/6. Ausentes atenuantes. A reprimenda, na etapa intermediária, pois, resta fixada, para cada um dos Apelados, em 2 anos e 4 meses de reclusão.

Ao fim, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, resta fixada definitivamente em 2 anos e 4 meses de reclusão para cada Apelado.

O regime para início de cumprimento da reprimenda, fixado conforme o art. 33, II, "c" do Código Penal, pelo permissivo do art. 61 do Código Penal Militar, será o aberto.

É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devido ao emprego de violência (CP, art. 44, I), assim como é inaplicável o *sursis*, devido ao *quantum* da reprimenda (CP, art. 77,

Apelação Criminal n. 0033287-94.2009.8.24.0033

22

caput).

No mais, quanto à pena acessória de perda da função pública (CPM, art. 103, II), é desnecessária sua decretação expressa (CPM, art 107).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso aviado pelo Ministério Público, para condenar Marcos Aurélio Machado e Lucas Egídio Ubiali às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, a serem cumpridas no regime inicialmente aberto, pelo cometimento do crime previsto no art. 209, § 2º, do Código Penal Militar.

Determina-se ao Juízo da Condenação, exaurida a possibilidade de interposição de recurso nesta Corte, que expeça os documentos necessários à execução imediata da pena imposta aos Acusados, caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal (ARExtra 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16).