

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

EMBARGANTE : PLINIO FELICIO BORDIN JUNIOR

ADVOGADO : ELCIO MORIMOTO

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGOS 1º E 2º DA LEI 7.643/87. MOLESTAMENTO INTENCIONAL DE CETÁCEO. NÃO CONFIGURADA A INTENÇÃO DE MOLESTAR AS BALEIAS FRANCAS. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO.

1. O contexto fático-probatório apresentado descortina situação peculiar, que, de fato, não se confunde com as hipóteses que se enquadram no tipo penal em questão. Impossível extrair dos fatos narrados na denúncia, tampouco da prova constante nos autos, o dolo de "molestar" os cetáceos, elemento imprescindível para a configuração do tipo penal dos artigos 1º e 2º da Lei 7.643/87. Absolvição.

2. Providos os embargos infringentes e de nulidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por voto de desempate, dar provimento aos embargos infringentes e de nulidade, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre - RS, 20 de abril de 2017.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8663923v12** e, se solicitado, do código CRC **ACEF2F48**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Victor Luiz dos Santos Laus

Data e Hora: 27/04/2017 18:34

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

EMBARGANTE : PLINIO FELICIO BORDIN JUNIOR

ADVOGADO : ELCIO MORIMOTO

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por PLÍNIO FELÍCIO BORDIN JÚNIOR contra acórdão da 7ª Turma desta Corte, a qual, por maioria, deu provimento à Apelação Criminal 5035703-95.2014.4.04.7200, restando assim ementado (evento 15):

"PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA FAUNA MARINHA. MOLESTAMENTO DE CETÁCEOS. ARTS. 1º E 2º DA LEI 7.643/87. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. BEM JURÍDICO. MEIO AMBIENTE. PROTEÇÃO. CONSTITUCIONAL. RELEVÂNCIA. MOLESTAMENTO DE BALEIA E FILHOTE. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS.

A relevância da questão atinente ao meio ambiente fez com que o legislador constituinte dedicasse um Capítulo da Constituição Federal de 1988 para tratar de sua proteção (CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE), disciplinando no art. 225, incisos e parágrafos, os fundamentos desse direito coletivo.

Este Tribunal tem se manifestado cautela na aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, dado o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela do meio ambiente. Não se pode admitir como insignificante conduta individual que não pode ser deferida a todos os demais cidadãos, sem risco de comprometimento do bem jurídico tutelado.

Demonstrados a materialidade, a autoria e o dolo na prática do delito previsto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.643/87, consistentes no molestamento de cetáceos em águas jurisdicionais brasileiras, e ausentes causas de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade, condena-se o réu como incurso nas respectivas penas."

Sustenta o embargante a prevalência do voto vencido, da lavra da Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, o qual mantinha a absolvição PLÍNIO por atipicidade, diante da ausência de dolo (evento 14).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (evento 30), requerendo o provimento dos infringentes.

É o relatório.

À revisão.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8663921v5** e, se solicitado, do código CRC **26704486**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Victor Luiz dos Santos Laus

Data e Hora: 27/04/2017 18:34

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

EMBARGANTE : PLINIO FELICIO BORDIN JUNIOR

ADVOGADO : ELCIO MORIMOTO

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

Inicialmente, destaco que os presentes embargos se prestam a solver divergências ocorridas no âmbito da Sétima Turma. Esse é o limite, e essa é a extensão do recurso trazido ao conhecimento desta Seção. São conhecidas outras vias processuais cujo âmbito e a impugnação são mais amplas, mas aqui o âmbito é restrito à divergência ocorrida na Turma julgadora.

In casu, é um tema que integra a presente controvérsia, qual seja, a ausência de dolo na conduta do réu **PLÍNIO FELÍCIO BORDIN JÚNIOR**, no tocante ao delito previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 7.643/87, *in verbis*:

"Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de **molestamento intencional**, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência."

O voto vencido, da lavra da Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, foi elaborado nos seguintes termos (evento 14):

"Pedi vista para melhor exame dos autos e peço vênia para divergir da Eminente Relatoria.

Conforme denúncia, PLÍNIO FELÍCIO BORDIN JUNIOR teria, no dia 15/09/2011, dentro da Unidade de Conservação Federal da APA da Baleia Franca, na localidade da Guarda do Embaú, em Palhoça, molestado, de forma intencional, dois exemplares de baleia franca, animal que integra a Lista de Espécies Ameaçadas de Extinção no Brasil.

O acusado, assim, teria praticado os delitos previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria nº 117/96 do IBAMA, verbis:

'Lei 7.643/87

Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de **molestamento intencional**, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

Portaria 117/96 IBAMA

Art. 3º É vedada a prática de mergulho ou natação, com ou sem auxílio de equipamentos, a uma distância inferior a 50m (cinquenta metros) de baleia de qualquer espécie.

Art. 9º Os infratores das normas estabelecidas nesta Portaria estarão sujeitos às penalidades determinadas pela Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987 3 , e demais normas legais vigentes.'

Pois bem, conforme se vê, o tipo penal ora em análise proíbe a pesca ou qualquer forma de molestamento intencional de cetáceos. A intenção de molestar (causar incômodo, prejudicar, ofender), portanto, faz parte do tipo penal.

E sempre que o tipo penal alojar em seu bojo um elemento subjetivo, será necessário que o agente, além do dolo de realizar o núcleo da conduta, possua ainda a finalidade especial indicada expressamente pela descrição típica (MASSON, Cléber. Código Penal Comentado. São Paulo: Método, 2014).

No caso dos autos, verifico que o réu, utilizando capacete com uma câmera filmadora, nadou, com auxílio de uma prancha de surf, junto a duas baleias, tendo os animais permanecido nas proximidades do local em que ele se encontrava, por alguns minutos.

Ocorre que, **como bem apontado na sentença combatida, 'o acusado aproxima-se não tendo a intenção de molestar ou causar qualquer prejuízo, mas apenas de admirar, já que é fotógrafo**

profissional, surfista e tem vários trabalhos fotográficos ligados às belezas naturais de Santa Catarina'.

De fato, no vídeo filmado pelo réu e disponibilizado na internet, este se mostra maravilhado com as baleias, em verdadeiro êxtase por estar na presença dos animais, fazendo, inclusive, um agradecimento 'ao bom Deus que vive nos protegendo e a essa natureza maravilhosa' (endereço eletrônico em que disponibilizado o vídeo: https://www.youtube.com/watch?v=AfNrUqMMv_0).

Interrogado em juízo, **PLÍNIO FELÍCIO BORDIN JUNIOR** traz os seguintes esclarecimentos quanto aos fatos sub judice: 'eu achei que uma filmagem não ia ocasionar um dano tão grande, uma consequência tão devastadora'; 'eu entrei na água com a intenção de filmá-las, mas jamais com a intenção de ir para cima delas ou tocar no animal'; 'eu não estava na intenção de ofender os animais, e muito menos molestar' (evento 111 - VIDEO8 do processo originário).

A ausência da intenção de causar qualquer tipo de prejuízo aos animais é corroborada pelo depoimento da testemunha Marcos Aurélio Antunes Machado, que relata que o acusado é ativista ambiental, participando de inúmeros atos em defesa da natureza da região em que vive (evento 111 - VIDEO7 do processo originário). Ora, não parece verossímil que um ativo defensor da natureza que nada no mar, de prancha, junto às baleias, tenha agido com a intenção de molestá-las ou prejudicá-las.

E, não restando provada nos autos a intenção de molestar, não há, em decorrência, adequação típica, já que todos os elementos previstos no modelo contido no preceito primário da lei incriminadora devem estar caracterizados.

Ademais, como é sabido, o dolo do agente deve alcançar todas as elementares do tipo legal. E, no ponto, colaciono trecho do parecer do Ministério Público Federal, segundo o qual 'O vídeo realizado pelo apelado demonstra com clareza que ele não teve o dolo de molestar os dois exemplares de baleia franca. Em nenhum momento o acusado causa incômodo, prejudica, ofende, desgosta, contunde ou persegue os referidos cetáceos' (evento 05 - PARECER1).

Não se nega, importa notar, que o réu tenha chegado muito próximo às baleias. E tal conduta, conforme depoimento do analista ambiental do IBAMA/SC, Paulo André de Carvalho Flores (evento 111 - VIDEO4 do processo originário), pode eventualmente ter ocasionado desgaste aos animais.

Mas entendo que o caso em tela não pode ser tratado da mesma maneira do precedente citado pelo Eminentíssimo Relator, em que os tripulantes de uma embarcação perseguem os cetáceos 'com a propulsão da embarcação em franco funcionamento e inclusive passando por cima, atropelando os animais' (TRF4, ACR 1999.04.01.054361-9, Segunda Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 14/02/2001). Com efeito, na sentença condenatória de tal processo consta o seguinte trecho, cuja transcrição entendo oportuna, já que elucida a diferença do animus dos agentes daquele processo em contraposição ao animus do acusado **PLÍNIO FELÍCIO BORDIN JUNIOR** no caso ora em análise:

[...] Chamam a atenção os comentários havidos entre os integrantes da equipe, precisamente entre os denunciados Salum e Nilo, nos termos seguintes:

'Estamos em cima de novo... , ...passamos pela segunda vez em cima dela... , ...vai vai... , Nino, não encosta muito... , ...ficou bem embaixo da baleeira... , ... (A baleia) ficou brava, ficou brava... , ...O Nilo deu um chute, ficou brava...'

Tais comentários demonstram claramente a vontade de molestar e perseguir os cetáceos, no sentido de gravar cenas 'espetaculares' para manchetes no programa sensacionalista 'AQUI E AGORA', independentemente das conseqüências para os cetáceos. [...] (grifei)

Ora, não há, para fins de comprovação do dolo, como considerar-se a atitude de passar reiteradamente por cima de uma baleia - com uma embarcação à propulsão, visando fins comerciais, percebendo o transtorno causado ao animal - com a atitude de nadar ao mar, com uma prancha de surf, juntamente com as baleias.

Finalmente, ressalto que **o Direito Penal deve ser a ultima ratio**, ou seja, a última alternativa, devendo pautar-se, entre outros, pelo **princípio da intervenção mínima**, segundo o qual o intérprete do direito não deve proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador.

Confira-se, quanto à matéria, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

'A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.' (STJ: HC 50.863/PE, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 04.04.2006) (grifei)

Assim, entendo que a imposição de multa, no caso dos autos, revela-se suficiente para a educação do acusado (consta nos autos notícia de que teria havido autuação administrativa no montante de R\$ 5.000,00, ainda pendente de julgamento, cf. evento 13 - DEFESAPI e evento 111 - VIDEOI, ambos do processo originário).

De todo o exposto, tenho que a conduta do réu PLÍNIO FELÍCIO BORDIN JUNIOR, apesar de inadequada, não revelou a intenção de molestamento dos cetáceos, conforme exigido pelo tipo penal do art. 1º da Lei nº 7.643/87, não restando configurada a adequação típica necessária à condenação penal, motivo pelo qual voto pela manutenção da sentença absolutória originária.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao apelo." (grifei)

O Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha apresentou voto, entendendo por dar provimento à apelação, para condenar PLÍNIO pela prática do delito previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria 117/96 do IBAMA, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo, e de serviços à comunidade, e de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na data do fato, com base nos seguintes fundamentos (evento 12):

"1. Preliminar

1. Princípio da insignificância

Registro que este Tribunal tem se manifestado em diversos julgados pela necessidade de máxima cautela na aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, dado o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela do meio ambiente (TRF4, ACR 5000970-42.2010.404.7201, 7ª T., Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 18/10/2012; ACR

2004.72.01.003418-3, 8ª T., Luiz Fernando Wovk Penteado, D.E. 25/02/2009; ACR 2005.72.00.002309-0, 8ª T., Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 03/09/2008).

A relevância da questão - meio ambiente - fez com que o legislador constituinte dedicasse um capítulo da Constituição Federal de 1988 para tratar de sua proteção - CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE -, disciplinando no art. 225, incisos e parágrafos, os fundamentos desse direito coletivo, verbis:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dessarte, nos crimes cometidos contra o meio ambiente, é difícil mensurar a extensão da lesão provocada, porquanto o bem jurídico ostenta titularidade difusa e o dano atinge o ecossistema como um todo, sendo dever de todos protegê-lo, inclusive para as futuras gerações.

Frisa-se que, em situações excepcionais, quando evidenciada a ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, a ausência de periculosidade social da ação, o grau ínfimo da reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico, é cabível a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido, a decisão do STF, verbis:

'AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.' (HC 112563, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 10-12-2012)

No ponto, cumpre salientar que a Union internationale pour la conservation de la nature - União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) - organização civil dedicada à conservação da natureza, classifica a baleia-franca-austral (Eubalena australis) como dependente de conservação. Estima-se que, em todo planeta terra, restam menos de 8.000 baleias de tal espécie, fato que denota a raridade de tal ser vivo (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Baleia-franca-austral>).

Ciente o legislador da importância de se garantir a preservação dessa espécie, criou tipo penal específico visando a garantir a incolumidade desses animais, notadamente nos locais de usuais de reprodução.

Nesse contexto, o tipo apresenta conduta muito específica e particular, deixando claro ser típico o mero molestamento de representantes da espécie, não se exigindo danos físicos. Assim, refoge ao interprete dar interpretação legal ao tipo que nulifique a proteção ao bem jurídico buscada pelo legislador. Bastante claro para se evidenciar a impossibilidade de se ter a conduta aqui narrada como adequada e legal, a formulação hipotética de que, se fosse possível reconhecer que todos os inúmeros cidadãos da localidade apresentassem o direito de agir como o réu, simplesmente não haveria a mínima tranquilidade no ambiente tão importante a preservação. O que não se pode autorizar a todos os cidadãos, está negado a todos como decorrência lógica, e, portanto, não podem ser legitimadas condutas isoladas.

1. Mérito

A sentença absolutória, de lavra do MM. Juiz Federal, Dr. Marcelo Krás Borges, foi exarada nos seguintes termos, que transcrevo para compreensão de seus fundamentos (evento 119, SENT1):

'Analisando o vídeo juntado aos autos, verifico que o réu se aproximou das baleias maravilhado, com a intenção de admirar a beleza de tais animais, filmando os animais.

Percebe-se bem que o acusado aproxima-se não tendo a intenção de molestar ou causar qualquer prejuízo, mas apenas de admirar, já que é fotógrafo profissional, surfista e tem vários trabalhos fotográficos ligados às belezas naturais de Santa Catarina.

Com efeito, não se nega que o réu tenha chegado muito próximo, o que é proibido. Todavia, tenho que a imposição de multa revela-se suficiente para a educação do acusado. O Direito Penal deve ser a 'ultima ratio', ou seja, a última alternativa.

É que o objetivo da normal penal é de evitar danos ou ofensas causadas pela proximidade das baleias. Neste sentido, é comum naquele local a proximidade dos surfistas, que frequentam o mar e muitas vezes se aproximam das baleias.

Por conseguinte, tenho que a conduta do réu revelou-se inadequada, mas não chegou a efetivamente haver o molestamento previsto no tipo penal. Com efeito, percebe-se perfeitamente que o acusado não possuía consciência da ilicitude, pois postou o vídeo na internet como uma forma de homenagem ou admiração pelos animais, sem imaginar que o fato poderia gerar um processo criminal.

Neste sentido, apesar de a proximidade das baleias ter alterado a rotina dos animais, tenho que não houve a intenção de molestar ou causar qualquer ofensa. Trata-se de caso diferente, que não pode ser tratado da mesma maneira de um barco que chega perto e toca nas baleias. Constata-se que agiu ingenuamente o réu, aproximando-se com a intenção de admirar os animais, não havendo a incidência do tipo penal.'

O Ministério Público Federal pugna pela reforma da sentença absolutória, a fim de que seja condenado o réu pela conduta descrita na lei nos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria nº 117/96 do IBAMA.

Pelo que se passará a expor, merece provimento o apelo.

Ab initio, a materialidade e a autoria delitivas estão comprovadas pela matéria publicada no jornal 'PALAVRA PALHOCENSE' e pelo vídeo exibido na rede mundial de computadores, a exemplo do endereço https://www.youtube.com/watch?v=AfNrUqMMv_0 ; Ainda, nos autos de Infração nº 023.631 do ICMBio/SC e 714.633D do IBAMA/SC (Evento 1, PORT_INST_IPL1, fls. 26 e 45).

Relativamente ao enquadramento típico da conduta do réu, seguem os diplomas pertinentes:

'Lei 7.643/87

Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

Portaria 117/96 IBAMA

Art. 3º É vedada a prática de mergulho ou natação, com ou sem auxílio de equipamentos, a uma distância inferior a 50m (cinquenta metros) de baleia de qualquer espécie.

Art. 9º Os infratores das normas estabelecidas nesta Portaria estarão sujeitos às penalidades determinadas pela Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987 3 , e demais normas legais vigentes.'

Pelo teor da norma proibitiva contida na lei, complementada pela Portaria do IBAMA, trata-se de crime formal, o qual dispensa resultado naturalístico. No ponto, a defesa, em contrarrazões, defende que o réu encontrava-se a mais de 50 (cinquenta) metros de distância dos cetáceos e que a aproximação deu-se por iniciativa destes.

No entanto, **analisando-se as imagens contidas no vídeo feito pelo réu, resta cristalina a intenção do réu em se manter próximo às baleias-francas.** Conquanto não seja possível atestar quem fez a primeira aproximação, o que não é importante à configuração do delito, é clarividente que o réu perseguiu os cetáceos, nadando em direção a eles em diversas oportunidades, encostando nos mesmos e cercando-os, alterando sobremaneira, o comportamento natural, bem como o movimentos dos cetáceos.

Em seu depoimento, o analista ambiental do IBAMA/SC, Paulo André de Carvalho Flores, mencionou que a aproximação do réu trouxe desgaste às baleias, porquanto gerou gasto de energia superior ao normal para o exercício das atividades, sendo claro que houve separação da mãe e filhote, tendo em vista a movimentação apresentada pela baleia-mãe, o que denota alteração de comportamento dos cetáceos, a despeito da inexistência, em tese, de dano físico. (evento 111, VÍDEO 4).

Outrossim, quanto ao molestamento, previsto no artigo 1º, da Lei nº 7.643/87, descabe a argumentação no sentido da inexistência de dano físico, porquanto é desnecessário à configuração do delito sua ocorrência. No que tange ao significado do termo molestar, cabe aqui trazer a definição constante do dicionário Priberam:

'mo-les-tar - Conjuguar. verbo transitivo. 1. Causar incômodo a. 2. Prejudicar. 3. Ofender. 4. Desgostar. 5. Contundir. 6. Perseguir insistentemente ou com obsessão.'

Nesse sentido, pode-se afirmar, a partir das imagens referidas pelo Ministério Público Federal, após análise de especialista ambiental, que, o réu persegue insistentemente a baleia-mãe e seu filhote e tal perseguição gera incômodo aos cetáceos, caracterizando molestamento a atitude do réu.

No ponto, assim já decidiu esta Corte:

'PENAL E PROCESSO PENAL - PROVA PERICIAL - ART. 499 DO CPP - INTEMPESTIVIDADE - CRIME CONTRA FAUNA MARINHA - MOLESTAMENTO DE CETÁCEOS - ARTS. 1º E 2º DA LEI 7.643/87 - **ABALROAMENTO DE BALEIA E SEU FILHOTE A PRETEXTO DA REALIZAÇÃO DE REPORTAGEM TELEVISIVA.** 1. Na dicção do artigo 499 do CPP, nessa fase processual somente serão deferidas provas cuja necessidade decorra de fato verificado no curso da instrução criminal, não sendo cabível, portanto, a solicitação de perícia em material probatório já existente nos autos ao momento do oferecimento da defesa prévia. Requerimento dessa natureza feito em apelação, revela mera técnica de desestabilização da sentença, sem amparo legal. 2. **Ao momento em que os réus tomam ciência de que o fato que visavam a noticiar - o encalhe de uma baleia franca fêmea e seu filho - não ocorria, e animados pela vaidade do sensacionalismo e com indiferença à incolumidade dos animais, passam a persegui-los, com a propulsão da embarcação em franco funcionamento e inclusive passando por cima, atropelando os animais, cometem o crime previsto nos arts. 1º e 2º, da Lei n. 7.643/87.** O tipo penal ao referir-se a 'molestamento

intencional' não exigiu um fim especial de agir, mas apenas conduta dolosa genérica e voluntária. Independentemente da Portaria 2306/90 do IBAMA, determinando entre outros aspectos a manutenção de distância mínima de 100 metros por parte do operador de embarcação, e, no caso de aproximação voluntária do animal, o desligamento do motor, tais cuidados são antes de tudo regras de bom senso.' (TRF4, ACR 1999.04.01.054361-9, Segunda Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 14/02/2001)

No que tange ao erro de proibição alegado pela defesa, tenho que este não prospera. Tratando-se de profissional da área da fotografia, o qual, pelo próprio local de residência, vive em contato com o mar, municiando veículos de informação, é de se esperar que possua conhecimento dos limites de sua atividade, superando as expectativas advindas de um homem médio. A existência de viés profissional ao contrário, agrava a necessidade de que fosse obtida, se fosse o caso, a prévia autorização do órgão competente, fosse o objetivo, não identificado nos autos, de realização de documentário para fins científicos ou educativos.

Ainda, a fim de robustecer a tese do erro de proibição, o réu alega que 'os inúmeros vídeos existentes na internet, que incluem pessoas muito próximas de baleias, podem levar qualquer um a crer que não há qualquer ilegalidade na aproximação humana de baleias'. E de fato, essa equivocada interpretação de algumas pessoas, sobre a possibilidade de livremente acessarem os animais, é e foi reforçada pelo próprio réu ao divulgar os seus vídeos, anotando inclusive que em breve retornaria ao encontro dos animais, para a realização de novas imagens.

Da mesma forma, em anda auxilia a alegação da tipicidade sob uma ótica conglobante, pois revelado clara intenção de violação da norma, não obstante o réu ter condições evidentes de entender o caráter ilícito.

Assim, demonstrados a materialidade, a autoria e o dolo no que concerne à prática do delito previsto nos arts. 1º e 2º da Lei 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria 117/96 do IBAMA e ausentes causas de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade, impõe-se a condenação do réu pelo fato narrado na denúncia." (grifei)

No que toca à controvérsia relativa à condenação de PLÍNIO, após analisar detidamente o conjunto probatório dos autos, concluo por perfilhar-me ao entendimento adotado pela Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani.

Com efeito, inexistente o dolo de "molestar" na conduta do acusado, merecendo destaque alguns trechos da narrativa do vídeo produzido pelo réu (disponível em "https://www.youtube.com/watch?v=AfNrUqMMv_0", acesso em 20-10-2016):

"(...)

Vou sair fora pra não estressar mais os bichos, porque acho que estressa.

(...)

E eu não estava entendendo porque que eu caí naquela onde, dá uma olhada. A baleia me levantou, foi inacreditável, foi um momento que, ao mesmo tempo de pânico, foi um momento prazeroso porque é maravilhoso, essa natureza, a Guarda do Embaú, é loucura, é sonho.

Agradecimentos:

ao bom Deus que vive nos protegendo e a essa natureza maravilhosa."

Ademais, conforme bem pontuado no voto vencido, a ausência da intenção de causar qualquer tipo de prejuízo aos animais é corroborada pelo depoimento da testemunha Marcos Aurélio Antunes Machado, no qual relata que PLÍNIO é ativista ambiental, participando de inúmeros atos em defesa da natureza da região em que vive (evento 111 do processo originário, "VIDEO7").

O contexto fático-probatório apresentado descortina situação peculiar, que, de fato, não se confunde com as hipóteses que se enquadram no tipo penal em questão. Impossível extrair dos fatos narrados na denúncia, tampouco da prova constante nos autos, o dolo de "molestar" os cetáceos, elemento imprescindível para a configuração do tipo penal dos artigos 1º e 2º da Lei 7.643/87.

Inobstante a conduta de PLÍNIO possa ser reprimida no âmbito administrativo, tendo, inclusive, o órgão ambiental aplicado multa, o fato não configura ilícito penal.

Convém destacar que nem todas as condutas juridicamente proibidas são consideradas crimes, podendo e devendo ser reprimidas, antes, por outros ramos do Direito, deixando apenas a cargo do Direito Penal, *ultima ratio*, aquelas dotadas de gravidade suficiente a legitimar a interferência, em observância ao princípio da intervenção mínima.

Dessa forma, esse entendimento não legitima condutas semelhantes, apenas afasta a incidência da norma penal à hipótese dos autos.

Neste sentido, consoante apontado pelo Ministério Público Federal (evento 30):

"MÉRITO

O recurso merece êxito, porquanto não há infração à Lei Penal, mas à Portaria 117/96 do IBAMA e só, justificando apenas punição administrativa, como bem decidiu o Juiz de base. É que a norma da Lei 7.643/87, supostamente infringida, não é norma penal em branco a reclamar complemento da mencionada Portaria. Ela é norma completa, sendo que a conduta do réu não se enquadra no tipo, que de conteúdo variado.

Consoante se verifica nos depoimentos dos funcionários do IBAMA, arrolados como testemunhas pela acusação, o que os levou a atuar foi o fato de o vídeo mostrar que o acusado se aproximou das baleias menos de 50 metros, infringindo a Portaria 117/96, que veda tal aproximação.

Para efeito de atuação administrativa, correta a atitude dos funcionários, porquanto o vídeo mostra que a aproximação do réu com os cetáceos violou a distância determinada pela norma administrativa. Inclusive, isso ficou consignado na sentença absolutória (evento 119, processo originário):

'...verifico que o réu se aproximou das baleias maravilhado, com a intenção de admirar a beleza de tais animais, filmando os animais.

Percebe-se bem que o acusado aproxima-se não tendo a intenção de molestar ou causar qualquer prejuízo, mas apenas de admirar, já que é fotógrafo profissional, surfista e tem vários trabalhos fotográficos ligados às belezas naturais de Santa Catarina.

Com efeito, não se nega que o réu tenha chegado muito próximo, o que é proibido. Todavia, tenho que a imposição de multa revela-se suficiente para a educação do acusado. O Direito Penal deve ser a 'última ratio', ou seja, a última alternativa.'

Como se vê, o Magistrado sentenciante, após consignar na decisão originária não ter o acusado agido com dolo de molestar, ressalva que ocorreu infração administrativa pelo fato da aproximação, não chegando, porém, ao acútilo da norma penal.

Na segunda instância, no voto vencedor, ora sub examine, o Preclaro Relator entendeu que houve infração à norma penal combinada com a norma administrativa, vejamos (evento 12):

'Lei 7.643/87

Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

Portaria 117/96 IBAMA

Art. 3º É vedada a prática de mergulho ou natação, com ou sem auxílio de equipamentos, a uma distância inferior a 50m (cinquenta metros) de baleia de qualquer espécie.

Art. 9º Os infratores das normas estabelecidas nesta Portaria estarão sujeitos às penalidades determinadas pela Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987 3 , e demais normas legais vigentes.'

Ao final, Sua Excelência conclui pela condenação do ora recorrente com base na Lei Penal combinada com a Portaria: 'Assim, demonstrados a materialidade, a autoria e o dolo no que concerne à prática do delito previsto nos arts. 1º e 2º da Lei 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria 117/96 do IBAMA e ausentes causas de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade, impõe-se a condenação do réu pelo fato narrado na denúncia.'

I - PORTARIA NÃO PODE INCRIMINAR CONDUCTA NEM CRIAR TIPO NÃO PREVISTO NA LEI

Ressalte-se, inclusive, a título de eventual prequestionamento, que a norma disposta no artigo 1º, com sanção no artigo 2º, da Lei 7.643/87, é norma penal completa, vejamos:

'Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.'

Como se vê, a norma penal em questão não remete para nenhuma norma complementar, uma vez que assevera 'Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.' A remessa dessa norma diz respeito tão somente à pena, cujo artigo 2º, da mesma Lei, fixa em 2 a 5 anos de reclusão e multa de 50 a 100 OTN e mais a perda da embarcação. Não se trata, portanto, de norma penal em branco. Ela é norma completa que termina em si própria.

No caso, o artigo 9º da Portaria 117/96, ao estabelecer que 'Os infratores das normas estabelecidas nesta Portaria estarão sujeitos às penalidades determinadas pela Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987, e demais normas legais vigentes.'. Por ser norma administrativa infralegal, não tem o condão de incluir tipo penal que não esteja prevista na Lei 7.643/87. Dessa forma, ao dizer no 3º, da Portaria 117/96 que 'É vedada a prática de mergulho ou natação, com ou sem auxílio de equipamentos, a uma distância inferior a 50m (cinquenta metros) de baleia de qualquer espécie.', a conduta de praticar mergulho ou natação a uma distância inferior a 50 metros da baleia não pode ser punida como crime, porque não há previsão nesse sentido na Lei 7.643/87 e nem em lei alguma, mas apenas na referida Portaria do IBAMA. Logo, trata-se de infração meramente administrativa.

*Ao que parece, houve equívoco no voto vencedor do Relator, ao considerar que a natação ou mergulho à distância inferior a 50 metros, por ser proibido na Portaria 117/96, estaria sujeita à sanção da Lei 7.643/87. Deveras, tal conduta importa em infração administrativa, o que aliás, foi a causa da atuação do IBAMA, consoante depoimentos de seus agentes. **Todavia, a conduta não se enquadra na Lei 7.643/87, que por sinal tem apenas cinco artigos e nenhum deles proíbe mergulhar ou nadar a menos de 50 metros de cetáceo, tampouco remete a complemento pela mencionada Portaria, que por sinal foi editada nove anos depois da Lei, o que indica nada ter o que complementá-la. Vejamos os cinco artigos da Lei 7.643/87:***

'Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 60 (sessenta) dias, contados de sua publicação.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.'

Com efeito, deve-se analisar a conduta do recorrente à luz do artigo 1º e artigo 2º, da Lei 7.643/87, cuja norma é completa: 'Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.' Cuida-se, sem dúvida alguma, de norma penal completa (não se trata de norma penal em branco), não reclamando qualquer complemento. De outro giro, é crime com tipo de conteúdo variado, isto é, o agente pratica o delito se pescar ou molestar intencionalmente o cetáceo nas águas brasileiras, inclusive não importa a distância que ele se encontre do animal. Por exemplo, o indivíduo poderia molestar o bicho a uma distância de um quilômetro, desde que estivesse em águas brasileiras, haveria a prática delitiva.

Além disso, como se trata de tipo de conteúdo variado, sendo que o primeiro núcleo verbal refere-se à pesca, isto é, conduta predatória, agressiva, dizimadora, obviamente que o outro conteúdo, o molestamento intencional, além de ser doloso (por isso o intencional), tem que ter certa potencialidade a causar alguma agressão ao bicho, com potencialidade lesiva análoga ou com certa pertinência à lesividade da pesca. Portanto, não se pode considerar como molestamento intencional qualquer importunação ao bicho, que não tenha certa ofensividade. Tanto isso é verdade, que o artigo 2º, da mesma Lei, estabelece como reprimenda, conjuntamente à pena privativa de liberdade e de multa, a 'perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.' Ora, ao falar da perda da embarcação não resta dúvida de que, tanto a pesca como o molestamento, devem ostentar potencialidade lesiva predatória, caso contrário, a norma não previa perda da embarcação, instrumento costumeiramente utilizado em agressão ao animal.

(...)" (grifos originais e nossos)

Portanto, entendo que deve ser mantida a absolvição de PLÍNIO, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, nos termos da sentença e do voto exarado pela Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento** aos embargos infringentes e de nulidade.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8663922v17** e, se solicitado, do código CRC **34A0B4F3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Victor Luiz dos Santos Laus

Data e Hora: 27/04/2017 18:34

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC

RELATOR : VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

EMBARGANTE : PLINIO FELICIO BORDIN JUNIOR

ADVOGADO : ELCIO MORIMOTO

VOTO REVISÃO

Revisei e peço vênia ao Exmo. Relator para divergir, mantendo o entendimento que manifestei no julgamento do recurso perante a 7ª Turma, *verbis*:

1. Preliminar

1. Princípio da insignificância

Registro que este Tribunal tem se manifestado em diversos julgados pela necessidade de máxima cautela na aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, dado o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela do meio ambiente (TRF4, ACR 5000970-42.2010.404.7201, 7ª T., Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 18/10/2012; ACR 2004.72.01.003418-3, 8ª T., Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 25/02/2009; ACR 2005.72.00.002309-0, 8ª T., Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 03/09/2008).

*A relevância da questão - meio ambiente - fez com que o legislador constituinte dedicasse um capítulo da Constituição Federal de 1988 para tratar de sua proteção - CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE -, disciplinando no art. 225, incisos e parágrafos, os fundamentos desse direito coletivo, *verbis*:*

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dessarte, nos crimes cometidos contra o meio ambiente, é difícil mensurar a extensão da lesão provocada, porquanto o bem jurídico ostenta titularidade difusa e o dano atinge o ecossistema como um todo, sendo dever de todos protegê-lo, inclusive para as futuras gerações.

*Frisa-se que, em situações excepcionais, quando evidenciada a ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, a ausência de periculosidade social da ação, o grau ínfimo da reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico, é cabível a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido, a decisão do STF, *verbis*:*

AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (HC 112563, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 10-12-2012)

No ponto, cumpre salientar que a Union internationale pour la conservation de la nature - União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) - organização civil dedicada à

conservação da natureza, classifica a baleia-franca-austral (Eubalena australis) como dependente de conservação. Estima-se que, em todo planeta terra, restam menos de 8.000 baleias de tal espécie, fato que denota a raridade de tal ser vivo (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Baleia-franca-austral>).

Ciente o legislador da importância de se garantir a preservação dessa espécie, criou tipo penal específico visando a garantir a incolumidade desses animais, notadamente nos locais de usuais de reprodução.

Nesse contexto, o tipo apresenta conduta muito específica e particular, deixando claro ser típico o mero molestamento de representantes da espécie, não se exigindo danos físicos. Assim, refoge ao interprete dar interpretação legal ao tipo que nulifique a proteção ao bem jurídico buscada pelo legislador. Bastante claro para se evidenciar a impossibilidade de se ter a conduta aqui narrada como adequada e legal, a formulação hipotética de que, se fosse possível reconhecer que todos os inúmeros cidadãos da localidade apresentassem o direito de agir como o réu, simplesmente não haveria a mínima tranquilidade no ambiente tão importante a preservação. O que não se pode autorizar a todos os cidadãos, está negado a todos como decorrência lógica, e, portanto, não podem ser legitimadas condutas isoladas.

1. Mérito

A sentença absolutória, de lavra do MM. Juiz Federal, Dr. Marcelo Krás Borges, foi exarada nos seguintes termos, que transcrevo para compreensão de seus fundamentos (evento 119, SENT1):

Analizando o vídeo juntado aos autos, verifico que o réu se aproximou das baleias maravilhado, com a intenção de admirar a beleza de tais animais, filmando os animais.

Percebe-se bem que o acusado aproxima-se não tendo a intenção de molestar ou causar qualquer prejuízo, mas apenas de admirar, já que é fotógrafo profissional, surfista e tem vários trabalhos fotográficos ligados às belezas naturais de Santa Catarina.

Com efeito, não se nega que o réu tenha chegado muito próximo, o que é proibido. Todavia, tenho que a imposição de multa revela-se suficiente para a educação do acusado. O Direito Penal deve ser a "ultima ratio", ou seja, a última alternativa.

É que o objetivo da normal penal é de evitar danos ou ofensas causadas pela proximidade das baleias. Neste sentido, é comum naquele local a proximidade dos surfistas, que frequentam o mar e muitas vezes se aproximam das baleias.

Por conseguinte, tenho que a conduta do réu revelou-se inadequada, mas não chegou a efetivamente haver o molestamento previsto no tipo penal. Com efeito, percebe-se perfeitamente que o acusado não possuía consciência da ilicitude, pois postou o vídeo na internet como uma forma de homenagem ou admiração pelos animais, sem imaginar que o fato poderia gerar um processo criminal.

Neste sentido, apesar de a proximidade das baleias ter alterado a rotina dos animais, tenho que não houve a intenção de molestar ou causar qualquer ofensa. Trata-se de caso diferente, que não pode ser tratado da mesma maneira de um barco que chega perto e toca nas baleias. Constata-se que agiu ingenuamente o réu, aproximando-se com a intenção de admirar os animais, não havendo a incidência do tipo penal.

O Ministério Público Federal pugna pela reforma da sentença absolutória, a fim de que seja condenado o réu pela conduta descrita na lei nos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria nº 117/96 do IBAMA.

Pelo que se passará a expor, merece provimento o apelo.

Ab initio, a materialidade e a autoria delitivas estão comprovadas pela matéria publicada no jornal "PALAVRA PALHOCENSE" e pelo vídeo exibido na rede mundial de computadores, a

exemplo do endereço https://www.youtube.com/watch?v=AfNrUqMMv_0 ; Ainda, nos autos de Infração nº 023.631 do ICMBio/SC e 714.633D do IBAMA/SC (Evento 1, PORT_INST_IPLI, fls. 26 e 45).

Relativamente ao enquadramento típico da conduta do réu, seguem os diplomas pertinentes:

Lei 7.643/87

Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

Portaria 117/96 IBAMA

Art. 3º É vedada a prática de mergulho ou natação, com ou sem auxílio de equipamentos, a uma distância inferior a 50m (cinquenta metros) de baleia de qualquer espécie.

Art. 9º Os infratores das normas estabelecidas nesta Portaria estarão sujeitos às penalidades determinadas pela Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987 3 , e demais normas legais vigentes.

Pelo teor da norma proibitiva contida na lei, complementada pela Portaria do IBAMA, trata-se de crime formal, o qual dispensa resultado naturalístico. No ponto, a defesa, em contrarrazões, defende que o réu encontrava-se a mais de 50 (cinquenta) metros de distância dos cetáceos e que a aproximação deu-se por iniciativa destes.

No entanto, analisando-se as imagens contidas no vídeo feito pelo réu, resta cristalina a intenção do réu em se manter próximo às baleias-francas. Conquanto não seja possível atestar quem fez a primeira aproximação, o que não é importante à configuração do delito, é clarividente que o réu perseguiu os cetáceos, nadando em direção a eles em diversas oportunidades, encostando nos mesmos e cercando-os, alterando sobremaneira, o comportamento natural, bem como o movimentos dos cetáceos.

Em seu depoimento, o analista ambiental do IBAMA/SC, Paulo André de Carvalho Flores, mencionou que a aproximação do réu trouxe desgaste às baleias, porquanto gerou gasto de energia superior ao normal para o exercício das atividades, sendo claro que houve separação da mãe e filhote, tendo em vista a movimentação apresentada pela baleia-mãe, o que denota alteração de comportamento dos cetáceos, a despeito da inexistência, em tese, de dano físico. (evento 111, VÍDEO 4).

Outrossim, quanto ao molestamento, previsto no artigo 1º, da Lei nº 7.643/87, descabe a argumentação no sentido da inexistência de dano físico, porquanto é desnecessário à configuração do delito sua ocorrência. No que tange ao significado do termo molestar, cabe aqui trazer a definição constante do dicionário Priberam:

"mo-les-tar - Conjugar. verbo transitivo. 1. Causar incômodo a. 2. Prejudicar. 3. Ofender. 4. Desgostar. 5. Contundir. 6. Perseguir insistentemente ou com obsessão."

Nesse sentido, pode-se afirmar, a partir das imagens referidas pelo Ministério Público Federal, após análise de especialista ambiental, que, o réu persegue insistentemente a baleia-mãe e seu filhote e tal perseguição gera incômodo aos cetáceos, caracterizando molestamento a atitude do réu.

No ponto, assim já decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL - PROVA PERICIAL - ART. 499 DO CPP - INTEMPESTIVIDADE - CRIME CONTRA FAUNA MARINHA - MOLESTAMENTO DE CETÁCEOS - ARTS. 1º E 2º DA LEI 7.643/87 - ABALROAMENTO DE BALEIA E SEU FILHOTE A PRETEXTO DA REALIZAÇÃO DE REPORTAGEM TELEVISIVA. 1. Na dicção do artigo 499 do CPP, nessa fase processual somente serão deferidas provas cuja necessidade decorra de fato verificado no curso da instrução criminal, não sendo cabível, portanto, a solicitação de perícia em material probatório já existente nos autos ao momento do oferecimento da defesa prévia. Requerimento dessa natureza feito em apelação, revela mera técnica de desestabilização da sentença, sem amparo legal. 2. Ao momento em que os réus tomam ciência de que o fato que visavam a noticiar - o encalhe de uma baleia franca fêmea e seu filho - não ocorria, e animados pela vaidade do sensacionalismo e com indiferença à incolumidade dos animais, passam a persegui-los, com a propulsão da embarcação em franco funcionamento e inclusive passando por cima, atropelando os animais, cometem o crime previsto nos arts. 1º e 2º, da Lei n. 7.643/87. O tipo penal ao referir-se a "molestamento intencional" não exigiu um fim especial de agir, mas apenas conduta dolosa genérica e voluntária. Independentemente da Portaria 2306/90 do IBAMA, determinando entre outros aspectos a manutenção de distância mínima de 100 metros por parte do operador de embarcação, e, no caso de aproximação voluntária do animal, o desligamento do motor, tais cuidados são antes de tudo regras de bom senso. (TRF4, ACR 1999.04.01.054361-9, Segunda Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 14/02/2001)

No que tange ao erro de proibição alegado pela defesa, tenho que este não prospera. Tratando-se de profissional da área da fotografia, o qual, pelo próprio local de residência, vive em contato com o mar, municiando veículos de informação, é de se esperar que possua conhecimento dos limites de sua atividade, superando as expectativas advindas de um homem médio. A existência de viés profissional ao contrário, agrava a necessidade de que fosse obtida, se fosse o caso, a prévia autorização do órgão competente, fosse o objetivo, não identificado nos autos, de realização de documentário para fins científicos ou educativos.

Ainda, a fim de robustecer a tese do erro de proibição, o réu alega que "os inúmeros vídeos existentes na internet, que incluem pessoas muito próximas de baleias, podem levar qualquer um a crer que não há qualquer ilegalidade na aproximação humana de baleias". E de fato, essa equivocada interpretação de algumas pessoas, sobre a possibilidade de livremente acessarem os animais, é e foi reforçada pelo próprio réu ao divulgar os seus vídeos, anotando inclusive que em breve retornaria ao encontro dos animais, para a realização de novas imagens.

Da mesma forma, em anda auxilia a alegação da tipicidade sob uma ótica conglobante, pois revelado clara intenção de violação da norma, não obstante o réu ter condições evidentes de entender o caráter ilícito.

Assim, demonstrados a materialidade, a autoria e o dolo no que concerne à prática do delito previsto nos arts. 1º e 2º da Lei 7.643/87 c/c artigos 3º e 9º da Portaria 117/96 do IBAMA e ausentes causas de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade, impõe-se a condenação do réu pelo fato narrado na denúncia.

3. Dosimetria

3.1 Pena-Base. No exame das circunstâncias judiciais, verifico que a culpabilidade é normal à espécie; que, tecnicamente, não há antecedentes; que não há elementos nos autos para valorar negativamente a conduta social e a personalidade do réu, bem como que os motivos são ínsitos ao delito; que as circunstâncias são as usuais ao crime; que as consequências não são dignas de nota, pois não há registro de lesão ou danos graves às baleias molestadas pelo réu; e, por fim, que o comportamento da vítima não é aferível.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal cominado em lei, equivalente a 2 (dois) anos de reclusão.

3.2 Pena Provisória. Reconheço a atenuante da confissão. As admissões feitas pelo réu em juízo foram utilizadas para embasar a decisão condenatória, motivo pelo qual deve incidir a atenuante de confissão espontânea (TRF4, ACR 0002036-91.2009.404.7003,7ª Turma. Juiz Federal convocado José Paulo Baltazar Júnior, D.E 20.7.2014). No entanto, conforme Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Assim, fixo a pena provisória em 2 (dois) anos de reclusão.

3.3 Pena Definitiva. Não há causas gerais ou especiais de diminuição ou aumento da pena.

Logo, fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão.

3.4 Pena de multa. Na fixação da pena de multa, adota-se o sistema bifásico, considerando a pena privativa de liberdade aplicada ao réu e sua capacidade econômica. Tendo em vista que a pena privativa de liberdade foi aplicada no seu mínimo legal, mantendo-se a proporcionalidade, fixo a pena de multa no patamar de 10 dias-multa, considerando que o parâmetro monetário "OTN" previsto no preceito secundário do tipo penal em tela foi extinto pela lei 7.730/89. Ausentes dados concretos sobre a situação econômica do réu, e considerando que ele declarou em audiência exercer a profissão de fotógrafo, determino que o valor do dia-multa seja de 1/10 do salário-mínimo vigente na data do fato, corrigido monetariamente.

3.5 Regime de cumprimento

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é o aberto (art. 33, § 2º, "c", CP).

3.6 Substituição por restritiva de direitos

Preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal (pena não superior a quatro anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais predominantemente favoráveis), o réu possui direito à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são em geral menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena, só se justifica quando incabível o perdimento e os bens e valores são ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza.

Com efeito, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do parágrafo 2º do artigo 44, do Código Penal, nas modalidades prestação pecuniária, e prestação de serviços à comunidade, na forma a ser definida no Processo de Execução Penal, segundo as aptidões do réu, à razão de 01 (uma) hora de trabalho por dia de condenação,

fixadas de modo a não prejudicar sua jornada normal de trabalho, na forma do parágrafo 3º do artigo 46 do Código Penal.

Quanto à prestação pecuniária, esta deve ser fixada de modo a não torná-la excessiva, inviabilizando seu cumprimento, nem tampouco pode ser diminuta, a ponto de mostrar-se inócua.

Tendo em vista a pena privativa de liberdade substituída, e ausentes dados concretos sobre a situação financeira do réu, que declarou ser fotógrafo, fixo a prestação pecuniária no montante de 1 (um) salário mínimo, destacando-se que o seu cumprimento poderá ser parcelado perante o juízo da execução.

Substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, é incabível suspensão condicional de sua execução (art. 77, III, CP).

4. Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento ao apelo.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade.

Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA
Revisor

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Revisor**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8892279v3** e, se solicitado, do código CRC **95662424**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Márcio Antônio Rocha

Data e Hora: 25/04/2017 18:09

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 20/04/2017
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC
ORIGEM: SC 50357039520144047200

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

PRESIDENTE : Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
PROCURADOR : Dr. ANGELO ROBERTO ILHA DA SILVA
REVISOR : Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA
EMBARGANTE : PLINIO FELICIO BORDIN JUNIOR
ADVOGADO : ELCIO MORIMOTO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 20/04/2017, na seqüência 2, disponibilizada no DE de 30/03/2017, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

INICIADO O JULGAMENTO, VOTOU O DES. FEDERAL VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, RELATOR, NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELA DES. FEDERAL CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI E PELO JUIZ FEDERAL NIVALDO BRUNONI. DIVERGIRAM, NEGANDO PROVIMENTO AOS EMBARGOS OS DES. FEDERAIS MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, LEANDRO PAULSEN E SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ. EM FACE DO EMPATE, PROFERIU VOTO O DES. FEDERAL CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, PRESIDENTE DA SEÇÃO, ACOMPANHANDO O RELATOR. ASSIM, A SEÇÃO, POR VOTO DE DESEMPATE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE.

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
ACÓRDÃO : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
VOTANTE(S) : Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA
: Des. Federal CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI
: Juiz Federal NIVALDO BRUNONI
: Des. Federal LEANDRO PAULSEN
: Des. Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
: LENZ

Jaqueline Paiva Nunes Goron
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Jaqueline Paiva Nunes Goron, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8956465v1** e, se solicitado, do código **CRC A139BCE2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Jaqueline Paiva Nunes Goron

Data e Hora: 26/04/2017 15:26
