

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC

RELATOR : MÁRCIO ANTONIO ROCHA

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : PLÍNIO FELICIO BORDIN JUNIOR

ADVOGADO : ELCIO MORIMOTO

VOTO-VISTA

Pedi vista para melhor exame dos autos e peço vênia para divergir da Eminent 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 restar 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 manchete 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 - DEFESAP1 e evento 111 - VIDEO1, 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.

CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI

Documento eletrônico assinado por **CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI**, 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 **8376394v2** e, se solicitado, do código CRC **BF864AB7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cláudia Cristina Cristofani

Data e Hora: 13/06/2016 11:33