

CAÇA OU PESCA AOS CETÁCEOS: HIPÓTESE DE CONFLITO LEGAL?

*Luciana Caetano da Silva**

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Escorço histórico. 3. O atual conceito jurídico-penal de caça e pesca. 4. Revogação do art. 2º da Lei nº 7.643/87. 5. Consequência. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Nas últimas décadas, houve uma reavaliação, em nível jurídico, do modo de ver e tratar o patrimônio faunístico (terrestre e ictiológico), principalmente quando se concluiu que tal bem não é um recurso ilimitado - como outrora se imaginava - e que seu esgotamento pode comprometer a qualidade de vida e até mesmo a existência do próprio homem neste planeta.

Em atenção a esta nova realidade, o Brasil, a exemplo de outros países, erigiu a proteção do ambiente em nível constitucional, por meio da Carta de 1988¹. Além de reservar todo um capítulo à matéria ambiental - Capítulo VI (Do Meio Ambiente) do Título VIII (Da Ordem Social) - no qual reconheceu "o direito-dever ao meio ambiente ecologicamente harmonioso, a obrigação dos poderes públicos e da coletividade de defendê-lo e de preservá-lo e a previsão de sanções para as condutas ou atividades a ele lesivas"². Também inovou por ser a primeira, na história do constitucionalismo brasileiro, a empregar expressamente o termo fauna.

No tratamento da matéria, buscou proteger todas as espécies que integram a fauna brasileira³, independentemente da sua função ecológica, do seu *habitat* ou

* Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá.

¹ O tratamento adotado pela Carta Constitucional reflete a grande influência que sofreu das cartas constitucionais européias, principalmente da Grécia, Portugal e Espanha, que buscaram "responder aos clamores universais contra o que se convencionou chamar de *ecocídio*, isto é, a morte ou destruição de todo um fenômeno natural de ressonância projetado pelas relações entre o meio ambiente e o seres vivos" (Dotti, René Ariel. "Meio Ambiente e proteção penal", *Revista Forense*, 1992, v. 317, p. 196).

² Prado, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais)*, p. 28.

³ Cf. Levai, Laerte Fernando. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*, p. 35.

da sua nacionalidade. Utilizando-se de boa técnica legislativa, a Carta Magna não empregou termos delimitativos ou dúbios, que pudessem conduzir a uma interpretação diferente da exposta.

Embora o termo fauna se encontre presente em vários dispositivos do texto constitucional, foi no art. 225, § 1º, VII da *Magna Lex* que o legislador consagrou a tutela a esse vertente recurso natural, quando atribuiu ao Poder Público a incumbência de “proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade (*sic*)”.

Mas, enquanto os avanços em nível constitucional colocavam o Brasil na vanguarda da tutela do “meio ambiente” no mundo, no campo infraconstitucional a realidade era outra. As leis penais brasileiras direcionadas à proteção do patrimônio ambiental eram constituídas por normas esparsas extremamente lacunosas e casuísticas que, em geral, acabavam ferindo princípios basilares do Direito Penal e Constitucional.

Com o escopo de reverter esse quadro, intensificar a tutela ambiental e, principalmente, seguir a nova ótica constitucional, foi promulgada, em 12 de fevereiro de 1998, a Lei nº 9.605, comumente denominada de lei dos crimes ambientais ou lei ambiental.

A Lei nº 9.605/98 ao unificar grande parte dos delitos ambientais em um mesmo corpo de texto, indiscutivelmente, facilitou o estudo, a consulta e a aplicação dessa matéria em direito⁴. Fato que anteriormente não ocorria “em razão de sua quantidade (geradora de hipertrofia), das múltiplas superposições, das lacunas e incongruências peculiares ao tratamento isolado e fragmentário⁵”.

Aliás, a inexistência de um “ordenamento lógico e sistemático causava certas aberrações, cujas conseqüências somente a jurisprudência acabava sanando ou minimizando. Por exemplo: um indivíduo que matava um *tatu (sic)* era preso em flagrante. O crime por ele praticado era inafiançável (art. 34 da Lei n. 5.197, de 3-1-1967, alterada pela Lei n. 7.653, de 12- 2-1988). Já um indivíduo que ateava fogo em uma mata e causava a morte de vários *tatus (sic)* e outras espécies da fauna respondia apenas pelo delito de dano⁶”.

Embora a Lei nº 9.605/98 tenha, de certa forma, contribuído para melhorar a tutela penal dos recursos naturais brasileiros, é forçoso reconhecer que conservou alguns equívocos dos diplomas pretéritos e inseriu outros, gerando grande polêmica e discussão na seara doutrinária. Cite-se, a título de exemplo, a

⁴ Luiz Regis Prado assevera que “a lei buscou dar um tratamento penal unívoco à matéria, aglutinando os vários elementos que compõem o meio ambiente, em favor de uma harmonização das normas incriminadoras e de suas respectivas penas. Não deixa, assim, de preencher uma lacuna, quase sempre resultante de enfoque setorial e isolado” (*Crimes contra o ambiente*, p. 16).

⁵ Prado, Luiz Regis. Op. Cit., p. 38.

⁶ Sirvinskas, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*, p. 14.

previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a questão da revogação ou não do crime descrito na Lei nº 7.643/87 ("que proíbe a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras").

Se tradicionalmente, no âmbito penal, adotava-se de modo pacífico o termo "pesca" para designar a captura dos cetáceos, atualmente essa matéria torna-se discutível, em função das inovações introduzidas no Capítulo V (Dos crimes contra o meio ambiente), Seção I (Dos crimes contra a fauna)⁷.

2. Escorço histórico

As primeiras informações sobre os cetáceos, principalmente as baleias, no Brasil, advêm dos cronistas do século XVI. Impressionados com o formato desses enormes mamíferos aquáticos, e com a grande quantidade existente em águas brasileiras, estes animais serviram de propaganda para atrair as pessoas das classes menos favorecidas de Portugal para povoar e cultivar as terras da colônia brasileira. O interesse por esses cetáceos - como bem noticia Myriam Ellis - inicialmente não era a extração do óleo para fins comerciais, mas a coleta do âmbar cinzento⁸, secreção da baleia cachalote, que uma vez endurecida, adquiria aroma. Essa substância era muito cobiçada pela indústria de perfumaria, como fixadora para perfumes⁹.

O interesse econômico propriamente dito pela *pesca da baleia* em território brasileiro apenas surgiu no início do século XVII, em razão da crise instaurada na Colônia de produtos como a graxa e azeite de peixe, matéria fundamental para o revestimento das embarcações e para a iluminação. A importação desses produtos, além de ser muito cara, trazia alguns inconvenientes, como por exemplo o mal cheiro. Se, por outro lado, utilizassem "o azeite doce, de oliva" para iluminação, o odor agradável que exalava atraía os escravos, que o bebiam compulsivamente "nos próprios candieiros"¹⁰.

⁷ Se no campo jurídico penal não havia dúvidas sobre a terminologia, nas ciências extra-jurídicas essa questão se apresentava bastante divergente. Muitos autores designam para a captura desses cetáceos o termo *pesca*; outros, entretanto, entendem que, por se tratar de um mamífero e não peixe, o termo correto é *caça* e não *pesca*.

⁸ O âmbar cinzento "é uma concreção armazenada no intestino grosso do animal, resultante das lulas que ingeria ao se alimentar. As lulas rescendem a almiscar, o que confere àquela matéria as características tão solicitadas pela indústria de perfumaria." Essa substância geralmente é expelida "quando o animal encontra-se assustado, ferido ou na agonia da morte, o que explica a raridade desse produto. O que é encontrado no mercado freqüentemente provém da coleta das porções depositadas pelo mar nas pralas." O âmbar preto, por outro lado, inferior em qualidade, não atingia um preço muito alto no mercado (Ellis, Myriam. "Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial: notas prévias de um trabalho em preparo", *Revista de História*, 1957, v. XV, n. 32, p. 422).

⁹ Op. Cit., p. 424-425.

¹⁰ Essas afirmações têm respaldo no estudo perfilhado por Ellis, Myriam. Op. Cit., p. 428. Na ótica de Ann Helen Wainer, "a pesca da baleia foi das produções mais rendosas, embora sem grande

Além de a gordura da baleia evitar esses problemas e fornecer matéria para a elaboração de um excelente óleo para iluminação, a carne desse cetáceo - fresca ou salgada - servia para alimentar os escravos. "Combinado com a cal, o óleo de baleia produzia um composto, o oleato de cálcio, que foi empregado como (...) material de construção"¹¹. Este material era tão resistente que, muitas vezes, na demolição de edificações construídas com esse produto, era necessário o uso de dinamite.¹² O óleo, ainda, era bastante utilizado no "preparo de couros e na calefação das embarcações"¹³.

As baleias cachalote, como assinala esta última autora¹⁴, também passaram a ser muito procuradas por causa de uma substância "oleosa, dura e cristalina" situada nas cavidades do cérebro, denominada "espermacete", ótima para a fabricação de velas, além de apresentarem valor econômico em função de suas barbatanas e dentes de marfins.

A quantidade de baleias era farta, a venda certa e o lucro cada vez mais atraente. Tanto que a Coroa portuguesa reservou para si o monopólio desse bem, mas não fazia sua exploração. A Fazenda Real arrendava, através de contrato, o direito de pescar baleias no Brasil por certo período, que geralmente variava em anos. Esse contrato era firmando normalmente com um único português, que pagava verdadeiras fortunas pela sua concessão.

Em função da pesca excessiva e com a subsequente matança de filhotes e baleias fêmeas, o número de animais diminuiu demasiadamente, causando prejuízos nessa modalidade. O desperdício também contribuiu para elevar os valores da extração dos produtos da baleia e da sua captura. Mesmo assim, o arrendamento desse tipo de contrato na Bahia subsistiu por todo o século XVIII¹⁵.

expressão no contexto da economia colonial, se comparada com as atividades de extração das minas e da madeira ou com a lavoura canavieira" (*Legislação ambiental brasileira: subsídios para a História do Direito Ambiental*, p. 40). Vide também sobre o assunto, Levai, Laerte Fernando. Op. Cit., p. 67-68.

¹¹ Ellis, Myriam. "Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial (III)", *Revista de História*, 1958, v. XVI, n. 34, p. 397.

¹² Cf. Ellis, Myriam. "Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial: notas prévias de um trabalho em preparo". *Revista de História*, 1957, v. XV, n. 32, p. 416.

¹³ Ellis, Myriam. "Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial (III)", *Revista de História*, 1958, v. XVI, n. 34, p. 399.

¹⁴ Ellis, Myriam. "Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial: notas prévias de um trabalho em preparo", *Revista de História*, 1957, v. XV, n. 32, p. 416 e 422.

¹⁵ Cf. Ellis, Myriam. Op. Cit., p. 441. "As falhas e os desleixos cometidos no setor técnico do aproveitamento do toicinho e da extração e conservação do azeite da baleia, também conspiraram para a decadência da pesca do valioso cetáceo. (...) Quando eram pescadas muitas baleias, na impossibilidade de serem retalhadas de uma vez, boa parte delas permanecia a apodrecer nas praias" (Ellis, Myriam. "Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial (II)", *Revista de História*, 1958, v. XVI, n. 33, p. 170-171). Cf. também Carvalho, Cory T. de. "Esboço de uma introdução ao levantamento de mamíferos silvestres". In: *Recursos Naturais, Meio Ambiente e Poluição Contribuições de um Ciclo de Debates*, v. I., p.233.

Dessa forma, “quando o alvará do Príncipe Regente, datado de 24 de abril de 1801, extinguiu o regime de contratos, a pesca da baleia no Brasil já havia entrado em decadência. (...) Muitas das antigas armações tinham sido abandonadas por inúteis devido à grande diminuição de cetáceos,”¹⁶ nas águas brasileiras, e por causa da “concorrência movida no Atlântico pelos estrangeiros que estavam melhor aparelhados”¹⁷. Com o fim do monopólio, estava permitida a pesca do cetáceo em todo o litoral da Colônia, como já se fazia em alto-mar¹⁸.

Esse acontecimento, no entanto, não foi um fato isolado ou exclusivo do período colonial. Mesmo tendo deixado de ser uma atividade lucrativa, principalmente em meados do século passado, quando o óleo de baleia utilizado na iluminação foi substituído por outros produtos e posteriormente pela eletricidade¹⁹, a pesca desse mamífero marinho continuou a ser feita, em proporções alarmantes, a ponto de colocar em risco não só a sua existência, mas também o equilíbrio do ambiente ictiológico.

Merece registro ainda, que a degradação desses cetáceos não ocorreu por falta de legislação. Ao contrário, fez-se freqüentemente paralela a regras penais, mas que na prática foram desrespeitadas por falta de fiscalização e de efetiva aplicação. Como cita Osny Duarte Pereira, por mais perfeitas que sejam as leis, estas “não passarão de poemas, se não dispuserem de aparelhamento executivo”²⁰, capaz de educar e garantir a sua execução.

Assim, numa visão retrospectiva, a evolução histórica da legislação penal brasileira direcionada à proteção dos cetáceos pode ser dividida em dois períodos distintos: o primeiro, quando foram tutelados conjuntamente com os demais espécimes integrantes da fauna aquática, por meio do Decreto-lei nº 794/38, a Lei nº 5.197/67 e o Decreto-lei nº 201/67; e segundo, quando passaram a receber tutela específica com a promulgação da Lei nº 7.643/87. Em ambos, o termo utilizado para designar a captura desses seres era pesca.

A Lei nº 7.643/87, embora tutele todos os mamíferos que compõem a ordem dos cetáceos, como golfinhos, botos, baleias, foi elaborada com escopo primordial de proteger as baleias, resultado da pressão internacional que se mobilizou frente à séria ameaça de extinção desses seres aquáticos.

Esse diploma, todavia, foi alvo de muitas críticas pela doutrina, já que o legislador considerava que a morte e o molestamento de cetáceos causava a mesma lesividade ao bem jurídico, fato que na realidade não ocorria. Também não

¹⁶ Ellis, Myriam. Op. Cit., p. 164.

¹⁷ Ellis, Myriam. “Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial (III)”, *Revista de História*, 1958, v. XVI, n.34, p. 393.

¹⁸ Vide: Wainer, Ann Helen. Op. Cit., p. 40.

¹⁹ Cf. Ellis, Myriam. “Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial: notas prévias de um trabalho em preparo”, *Revista de História*, 1957, v. XV, n. 32, p. 423.

²⁰ Pereira, Osny Duarte. *Direito Florestal brasileiro*, p. 156.

obedecia “à necessária relação de proporcionalidade entre a sanção penal cominada e a magnitude da lesão ao bem jurídico, representada pelo injusto penal”²¹. De fato, a pena cominada ao simples molestamento dos cetáceos era de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, enquanto a pena prevista para a pesca com utilização de explosivos que poderia levar à morte centenas de peixes e outras espécies (art. 8º da Lei nº 7.679/88) era de três meses a um ano de reclusão.

Com a promulgação da Lei nº 9.605/98, iniciou-se um novo período na história da tutela desses animais na esfera penal, como se verificará a seguir.

3. O atual conceito jurídico-penal de caça e pesca

O vocábulo pesca (derivado do latim *piscare* = apanhar peixes) é designado pela doutrina como o “ato de pescar, de apanhar ou colher peixes por meio de redes ou de outros processos”²², no mar, rios e lagos.

Eventuais distinções resultam da enunciação de alguns outros elementos. Dessa forma, lecionam alguns autores que a pesca constitui o conjunto de peixes, crustáceos, moluscos e outros seres marinhos que são suscetíveis de serem capturados.²³ Faz, portanto, expressa menção ao fato de que a pesca não se limita apenas aos peixes. Ampliam a definição para também alcançar as demais espécies aquáticas que possuam na água o seu *habitat* natural. Outros adicionam ao conceito referência à finalidade a que se destina a pesca: “captura de animais (peixes, moluscos) marinhos, pluviais ou lacustres, por diversos processos, e em maior ou menor escala, para consumo, aproveitamento industrial e até com fins desportivos e de recreação”²⁴.

A aceção de tal vocábulo não ficou restrita aos níveis doutrinários, pois a legislação penal brasileira optou por conceituá-la também. De início, por meio do Decreto-lei nº 211/67, o qual estabelecia, em seu art. 1º, que pesca era “todo ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água seu normal ou mais freqüente meio de vida”²⁵. E, atualmente, pelo art. 36 da Lei nº 9.605/98, que considera “pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas

²¹ Prado, Luiz Regis. “Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental”, In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial, 1998, n. 70, p.10.

²² De Plácido e Silva, Oscar. *Vocabulário Jurídico*. v. III, p. 363 e 364. Cf. Capitant, Henri. *Vocabulário jurídico*, p.427.

²³ Cf. Art, Henry W. et alii. *Dicionário jurídico do ambiente*, p. 402.

²⁴ Gusmão, Sady Cardoso de. “Pesca”, In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XXXVII, p.68.

²⁵ Cf. Carvalho, Carlos Gomes de. *Dicionário jurídico do ambiente*, p. 266; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 128.

as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora”²⁶.

Observa-se que, na década de 60, bastava que a espécie animal ou vegetal tivesse na água o seu *habitat* natural para que o ato de sua captura fosse considerado como pesca. Com o advento da Lei nº 9.605/98, somente os grupos dos peixes, crustáceos e moluscos tornaram-se suscetíveis dessa modalidade, restringindo, portanto, o seu alcance no âmbito penal.

Também constata-se que não é unívoco o conceito jurídico de caça (do latim *captiāre* do clássico *captāre*, que significa procurar, captar, esforçar por tomar²⁷), de modo que o termo, de acordo com a postura adotada, enfeixa conteúdos diversos.

Parte da doutrina nacional conceitua caça como a “atividade destinada a capturar animais silvestres vivos ou mortos”²⁸. Nessa trilha também se posicionava o revogado Decreto-lei nº 5.894/43, que em seu art. 3º definia o termo como “o ato de perseguir, surpreender, ou atrair os animais silvestres, a fim de apanhá-los vivos ou mortos.”

Trata-se de um conceito amplo já que elege como seu objeto todos os animais de *habitat* natural, o que conduz a uma certa confusão com o vocábulo pesca. De fato, a expressão “animais silvestres” não é um termo que designa exclusivamente os animais de *habitat* terrestre. Também abrange, em seu sentido, as espécies da fauna ictiológica, como os peixes, crustáceos, moluscos, cetáceos e outros seres aquáticos que mormente vivem fora de cativeiro. Por isso, quando se estabelece que caça é a captura ou perseguição de animais silvestres, engloba em seu sentido todos os espécimes terrestres e ictiológicos, excluindo-se completamente a hipótese de serem objetos de pesca. Situação sem dúvida incongruente com a realidade e com o próprio conceito de pesca estabelecido na Lei nº 9.605/98, em seu art. 36.

Outros optam por conceituar a palavra “caça” de forma restritiva, no afã de estabelecer uma distinção entre caça e pesca. Para essa corrente, caça designa “a perseguição e procura promovidas pelo homem aos animais bravios ou que vivem em liberdade natural, sejam quadrúpedes ou aves, com a intenção de se apropriar

²⁶ É importante esclarecer que o termo “hidróbios”, segundo o perfilhamento da doutrina biológica, designa os vegetais que vivem em ambiente ictiológico, sendo, portanto, equivocada a definição de Luís Paulo Sirvinskas, de que hidróbios são “os animais que vivem na água” (Op. Cit., p. 60).

²⁷ Cf. Machado, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, p. 435.

²⁸ Silva, José Afonso da. Op. Cit., p. 129. José Náufel, a seu turno define caça como “o ato de perseguir, surpreender ou atrair os animais silvestres, a fim de apanhá-los vivos ou mortos, podendo ser também objeto de caça os animais domésticos que, por abandono, se tornarem selvagens.” (*Novo dicionário jurídico brasileiro*, v. I, p. 266). Vide também Sodero, Fernando Pereira. “Caça”, In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 1977, v. 12, p. 350.

deles, desde que não tenham dono"²⁹. Ao fixar que o objeto de caça são os quadrúpedes e aves, buscou excluir de seu conteúdo todos os animais aquáticos por entenderem que são objeto de pesca.

Entretanto, o simples fato dos animais habitarem em águas não é indicativo de que todos sejam suscetíveis de serem pescados, principalmente porque o sentido legal vigente de pesca designa apenas a captura dos espécimes que integram os grupos dos peixes, crustáceos e moluscos. Isso implica dizer que todos os demais animais aquáticos, como os cetáceos³⁰ - mamíferos aquáticos, de corpos fusiformes com "membros anteriores transformados em nadadeira, adaptados para a natação, revelando habitat aquático. Os membros posteriores são atrofiados, mostrando apenas vestígios no esqueleto"³¹ e de respiração pulmonar - e os sirênios (ex.: peixe-boi³²), passam a ser objeto de caça, posto que não estão contidos em nenhum dos grupos taxativamente previsto no art. 36 da Lei nº 9.605/98.

Portanto, diante dos preceitos estabelecidos na Lei nº 9.605/98 - em especial a definição legal de pesca e de fauna silvestre - se extrai um novo conceito jurídico-penal de caça, no qual o animal a ser capturado por essa modalidade pode ser tanto de ambiente terrestre como ictiológico, com exceção lógica do grupo dos peixes, moluscos e crustáceos.

Destarte, a caça constitui a perseguição, apanha ou captura de animais silvestres de habitat terrestre ou aquático - salvo os grupos dos peixes, moluscos e crustáceos - vivos ou mortos por meio de armas, arpões, flechas ou qualquer outro instrumento mormente utilizado para essa prática.

Feitas estas considerações, surge precisa distinção entre as noções de pesca e caça no campo penal. Enquanto a pesca é captura de peixes, moluscos e crustáceos, a caça, por sua vez, é a modalidade de captura dos animais silvestres terrestres e aquáticos, com exceção dos grupos retro mencionados.

²⁹ De Plácido e Silva, Oscar. *Vocabulário jurídico*, v. I, p. 271. Cumpre salientar que no final de sua conceituação sobre caça, De Plácido e Silva conceitua caça em sentido amplo, aduzindo que "também se tem caça como toda espécie de procura ou cata a alguma coisa ou pessoa, a fim de apreendê-las" (Op. Cit., p. 272).

³⁰ Os principais representantes dessa espécie são as baleias, "denominação que compreende todos os mamíferos cetáceos da subordem *Mysticeti*, família balenídeos"; os golfinhos e os botos "mamíferos da ordem dos cetáceos odontocetos, marinhos (família *Delphinidae*) ou de água doce (família *platanistidae*). O boto-marinho conhecido em nosso país é o *Steno brasiliensis*, que vive nas águas da baía do Rio de Janeiro. Há, ainda, o boto-branco ou "uiara" dos indígenas (*Inia geofroyensis*), que só vive na água doce do Amazonas" (Prado, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*, p. 42).

³¹ Soares, José Luís. *Dicionário etimológico e circunstanciado de biologia*, p. 77. Cf. Art, Henry W. et alii. *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*, p. 89.

³² Apesar do nome popular dessa espécie, na realidade não é um peixe, mas um mamífero da ordem dos sirênios. Como os cetáceos, não apresentam membros posteriores e possuem os anteriores transformados em nadadeiras.

4. Revogação do art. 2º da Lei nº 7.643/87

Tema controvertido que surge na doutrina é se a edição da Lei nº 9.605/98 revogou ou não a norma incriminadora prevista no art. 2º da Lei nº 7.643/87. E se ocorreu sua revogação, em qual dos artigos relativos à proteção da fauna na Lei Ambiental aquela conduta se enquadra: no art. 29, que dispõe sobre caça, ou nos arts. 34 e 35, que tratam da pesca.

Duas correntes se formaram, uma no sentido de que não houve cessação da vigência normativa do art. 2º da Lei nº 7.643/87, visto que não existe qualquer previsão dessa conduta nos dispositivos atinentes à pesca na Lei Ambiental³³; a outra, em sentido diametralmente oposto, argumenta que, diante das novas definições legais de pesca e fauna silvestre houve revogação implícita do art. 2º da lei de proteção aos cetáceos pelo dispositivo 29 (que versa sobre caça) do recente diploma³⁴.

Com efeito, a Lei nº 9.605/98, ao definir no art. 29, § 3º espécimes da fauna silvestre como “aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”, abrangeu todos os animais que vivem livres em seu *habitat* natural, inclusive os peixes, crustáceos, cetáceos e outros mamíferos, como o *Trichechidae inunguis*, conhecido vulgarmente como peixe-boi do Amazonas.

Diante dessa definição, o objeto material da conduta caçar (art. 29 *caput*) seria tanto os animais terrestres como aquáticos, o que indubitavelmente conflitaria com o sentido de pesca estabelecido no próprio diploma. No afã de evitar essa ambigüidade, o legislador criou um parágrafo no art. 29, no qual estabeleceu que as disposições desse artigo não se aplicariam aos atos de pesca (art. 29, § 6º).

No entanto, devido à restrição do conceito legal de pesca na nova Lei, a vedação disposta naquele parágrafo só exclui do âmbito da tutela do art. 29 os grupos dos peixes, crustáceos e moluscos (art. 36), permanecendo os demais animais aquáticos (como os cetáceos e sirênios) sobre a sua esfera protecionista.

³³ Nesse sentido, Silva, Fernando Quadros da. “A pesca e a proteção dos peixes”, *Revista de Direito Ambiental*, 1998, n. 9 p. 107; Rebello Filho, Wanderley; Bernardo, Christianne. *Guia prático de Direito Ambiental*, p. 53; Sá, Elida, Carrera Francisco. *Planeta Terra: uma abordagem de Direito Ambiental*, p. 41, Levai, Laerte Fernando. “Crimes contra a fauna na Lei nº 9.605/98”, In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 1999, n. 77, p.11. Luís Paulo Sirvinskaskas, num primeiro instante, afirma que o art. 29 da Lei nº 9.605/98 revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 7.643/87, mas de forma contraditória frisa no art. 34 que “continua proibida a pesca de cetáceos, ou seja, dos mamíferos marinhos (baleia e golfinho), em qualquer época, ou o simples molestamento dessas espécies (art. 1º da Lei n. 7.643, de 18-12-1987)”, deixando dúvida se houve ou não a revogação (Op. Cit., p. 51 e 58).

³⁴ Compartilha desse entendimento: Prado, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*, p. 42.

Em função dessa interpretação, a baleia, o golfinho, o boto e o peixe-boi passaram a ser objeto de caça e não de pesca.

Desse modo, caçar uma baleia, um golfinho sem autorização, licença ou permissão da autoridade competente, enquadra-se na conduta incriminadora prevista no art. 29 *caput* da Lei nº 9.605/98. Isso implica reconhecer que o Diploma em epígrafe, ao abordar implicitamente a questão da captura, perseguição, apanha e o molestamento de cetáceos em águas jurisdicionais brasileiras, por meio de seu art. 29, revogou tacitamente a figura criminosa do art. 2º da Lei nº 7.643/87.

Para reforçar essa linha de raciocínio, é imprescindível desfazer o equívoco que perdurou durante quase onze anos na doutrina brasileira acerca do conceito de fauna silvestre. Embora esse termo signifique o conjunto de todos os animais (terrestres, aquáticos, exóticos, nacionais) que vivem fora de cativeiro, durante um longo período foi empregado pela doutrina como sinônimo de fauna terrestre, para diferenciá-lo da fauna aquática. Tal fato conduziu à interpretação de que do campo de abrangência da fauna silvestre estavam excluídos todos os animais da fauna ictiológica e, por conseguinte, passou-se a relacionar caça com fauna silvestre e pesca com fauna aquática, em decorrência do contido na Lei nº 5.197/67 e no Decreto-lei 211/67.

É o que enfatizam vários autores, quando salientam que os animais da fauna silvestre são “seres organizados que sentem e se movem”, estando, entretanto, “excluídos os pertencentes à fauna aquática, porque são protegidos por legislação própria, ou seja, o Código de Pesca”³⁵.

Embora a doutrina tenha caminhado para esse sentido, é preciso registrar que o conceito legal estabelecido no art. 1º da Lei nº 5.197/67 e, atualmente, no art. 29, § 3º da Lei nº 9.605/98 não fazem essa restrição, ao contrário, deixam bem claro que esse termo abrange todos os animais, com exceção dos domésticos e domesticados. O problema como já gizado é que consolidou na doutrina a idéia de que fauna silvestre apenas se refere a animais terrestres, para diferenciar os animais que são caçados dos pescados.

Essa influência também se verifica na Lei nº 9.605/98. Mesmo tendo definido corretamente o termo fauna silvestre, buscou restringir o seu alcance no art. 29 para só abranger os animais terrestres e, assim, diferenciar dos dispositivos que versam sobre pesca, que teriam, em tese, como objeto os animais aquáticos. No entanto, não conseguiu atingir esse objetivo porque ao formular o conceito de pesca, o legislador de 1998 limitou o seu sentido, de forma que somente três

³⁵ Freitas, Vladimir Passos de; Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, p. 96. Corroborando com esta assertiva, José Afonso da Silva considera que o Código de Pesca cuida da fauna aquática e a Lei nº 5.197/67 da fauna silvestre (Op. Cit., p. 128-129). Nesse sentido, vide também Pádua, Luiz Fernando M. de. “Legislação da fauna brasileira”. In: *Atlas da fauna brasileira*, p.117.

grupos integrantes da fauna ictiológica passaram a ser suscetíveis de pesca. Os demais animais aquáticos, por via de consequência, tornaram-se objeto de caça, visto que compõem o conceito de fauna silvestre.

Se o objetivo era diferenciar as espécies que são caçadas das pescadas, deveria ter sido empregado o termo fauna terrestre no art. 29, pois, além de eliminar a necessidade da ressalva do art. 29, § 6º, também excluiria qualquer dúvida de que os animais aquáticos não estariam abrangidos por aquele dispositivo, ficando, portanto, a utilização do termo fauna silvestre para quando o legislador desejar tutelar simultaneamente os animais aquáticos e terrestres.

Sobreleva registrar, ainda, que o conflito acerca da vigência ou não da Lei nº 7.643/87 poderia ter sido evitado se o legislador de 1998, ao invés “do clássico e lacônico ‘revogam-se as disposições em contrário’ (art. 82),” tivesse “indicado expressamente a matéria objeto de revogação (...) em nome dos princípios da codificação e da segurança jurídica”³⁶.

5. Consequência

O art. 2º da Lei nº 7.643/87 cominava 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. Com a sua revogação pelo art. 29 da Lei nº 9.605/98, a pena cominada passa a ser de detenção de seis meses a um ano e multa. Isso significa que caçar um filhote de baleia tem uma pena mais branda do que pescar moluscos, crustáceos com tamanhos inferiores aos permitidos, visto que este comina pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Essa técnica - de impor penas diversas para situações análogas - ofende a um só tempo os princípios da proporcionalidade e da humanização da pena, pois o que se pune é a lesão ao meio ambiente faunístico. A objetividade jurídica é uma só, assim como também os efeitos perniciosos de sua degradação, o que nos leva a questionar qual foi o critério adotado pelo legislador para instituir a punição.

Diante dessas considerações, é inquestionável a necessidade de se reformar essas cominações, “não para aumentá-las, mas para limitar o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa”³⁷.

³⁶ Prado, Luiz Regis. “Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental”, In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial, 1998, n. 70, p.10.

³⁷ Tavares, Juarez. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 0, p. 84.

6. Conclusão

A captura excessiva dos cetáceos, em especial, as baleias, não constitui um problema recente no Brasil. Desde a sua colonização, o uso abusivo dos recursos faunísticos ictiológicos vem sendo praticado. A diferença é que hoje essa questão deixou de ser uma preocupação nacional para converter-se em um problema de caráter internacional, já que a extinção desses animais pode desequilibrar todo o ambiente aquático e, por conseguinte, afetar a qualidade de vida em todo o planeta.

Com o escopo de coibir essa degradação, normas penais foram elaboradas, mas infelizmente na prática foram desrespeitadas por encontrar um Estado despreparado para fornecer os meios cabais para concretizar e viabilizar o que estava disposto na lei. A simples existência de norma incriminadora não é suficiente para garantir a proteção do bem, é indispensável que coexistam fiscalização, aplicação efetiva e conscientização da população sobre a importância de proteger esse recurso natural. Enquanto não sobrevier esse conjunto, continuar-se-á a observar a impunidade e o aumento da lista de animais em perigo de extinção.

A tutela dos cetáceos sempre foi fornecida através dos Diplomas que versavam sobre pesca. Mas essa tradição foi rompida pela Lei nº 9.605/98, que passou a protegê-los por intermédio dos dispositivos relativos à caça. É a conclusão que se chega após analisar o art. 36 combinado com o art. 29 *caput* e §§ 3º e 6º da Lei em apreço.

Portanto, além de modificar a terminologia jurídica para designar a captura desses mamíferos (de pesca para caça de cetáceos), também o Estatuto vigente revogou, implicitamente, o art. 2º da Lei nº 7.643/87, cuja conduta atualmente se enquadra no art. 29 da Lei nº 9.605/98.

7. Referências bibliográficas

- Art, Henry W. *et alii*. *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros, São Paulo: Unesp/Melhoramentos, 1998.
- Carvalho, Carlos Gomes de. *Dicionário jurídico do ambiente*. São Paulo: Letras & Letras, 1991.
- Carvalho, Cory T. Esboço de uma introdução ao levantamento de mamíferos silvestres. In: *Recursos Naturais, Meio Ambiente e Poluição: Contribuições de um Ciclo de Debates*. v. I, Rio de Janeiro: Supren/IBGE, 1977.
- Capitant, Henri. *Vocabulário jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- De Plácido e Silva. Oscar. *Vocabulário jurídico*. v. I e III, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- Dotti, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Revista Forense*, São Paulo: Forense, v.317, p.195-204, 1992.
- Ellis, Myriam. Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial: notas prévias de um trabalho em preparo. *Revista de História*, São Paulo: Universidade de São Paulo - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, Departamento de História, v. XV, n. 32, p. 415-462, 1957.
- Ellis, Myriam. Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial (II). *Revista de História*, São Paulo: Universidade de São Paulo - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, Departamento de História, v. XVI, n. 33, p.149-175, 1958.
- Ellis, Myriam. Aspectos da pesca da baleia no Brasil Colonial (III). *Revista de História*, São Paulo: Universidade de São Paulo - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, Departamento de História, v. XVI, n. 34, p. 379- 424, 1958.
- Freitas, Vladimir Passos de; Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Gusmão, Sady Cardoso de. Pesca. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Borsoi, v. XXXVII, [s.d].
- Levai, Laerte Fernando. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*. São Paulo: Mantiqueira, 1998.
- Levai, Laerte Fernando. Crimes contra a fauna na Lei nº 9.605/98. In: *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 77, p. 10-11, 1999.
- Machado, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. v. I e II, Lisboa: Confluência, 1952.
- Náufel, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. v. I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1965.
- Pereira, Osny Duarte. *Direito Florestal brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.
- Pádua, Luiz Fernando M. de. Legislação da fauna brasileira. In: *Atlas da Fauna Brasileira*. São Paulo: Melhoramentos, 1978.
- Prado, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- Prado, Luiz Regis. Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, p. 09-10, 1998.
- Prado, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- Rebello Filho, Wanderley; Bernardo, Christianne. *Guia prático de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- Sá, Elida; Carrera, Francisco. *Planeta Terra: uma abordagem de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- Silva, Fernando Quadros. A pesca e a proteção dos peixes. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, p. 103-115, 1998.

- Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- Sirvinskas, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- Soares, José Luís. *Dicionário etimológico e circunstanciado de biologia*. São Paulo: Scipione, 1993.
- Sodero, Fernando Pereira. Caça. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo: Saraiva, v.12, p.350-352, 1977.
- Wainer, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira: subsídios para a História do Direito Ambiental*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- Tavares, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 0, p. 75-87, 1992.