

## CRIMES DE PESCA NO DIREITO BRASILEIRO

Aspectos fundamentais da proteção penal de peixes, crustáceos e moluscos  
Ciências Penais | vol. 9/2008 | p. 222 - 262 | Jul - Dez / 2008  
Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 4 | p. 637 - 685 | Mar / 2011  
DTR\2011\2166

### Luís Roberto Gomes

Mestre em Direito Penal (UEM). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Engenheiro Mecânico (UNICAMP). Professor de Direito Penal da Associação Educacional Toledo em Presidente Prudente-SP. Procurador da República.

### Área do Direito: Penal; Ambiental

**Resumo:** O trabalho analisa os crimes de pesca descritos na Lei 9.605/1998. Estuda a realidade natural sobre a qual esses delitos incidem (ictiofauna, carcinofauna e malacofauna). Trata de questões envolvendo o bem jurídico e o objeto da ação, os sujeitos ativo e passivo, o tipo subjetivo e as etapas da realização do delito. Examina o tipo objetivo, enfrentando importantes questões relativas à sua compreensão. Aponta diversos problemas que surgem em razão da dependência dos tipos penais de pesca de complementos extrapenais (acessoriedade administrativa), propondo soluções. Conclui que a determinação do sentido social típico dos atos de pesca exige que se dê importância decisiva à unidade de elementos objetivos e subjetivos que definem o tipo. Assenta que, no plano jurídico-penal, a pesca, como elemento do tipo objetivo, não pode ser tomada como mera causação de um evento no mundo exterior, mas somente como produto de uma ação dirigida e controlada pelo pescador. Propõe, de lege ferenda, alterações nos tipos penais dos delitos estudados, bem como no conceito de pesca, com o fim de aperfeiçoar-se a legislação e de proteger-se adequadamente o bem jurídico-penal, sem a violação de princípios penais fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito penal ambiental - Crimes de pesca - Fauna aquática - Peixes - Crustáceos - Moluscos - Ecossistemas aquáticos - Pesca - Pescador.

**Abstract:** The work analyses the crimes foreseen in Law 9.605/1998. Studies the natural reality upon which these crimes fall (ictiofauna, carcinofauna and malacofauna). Deals with questions that involve the legal welfare and the object of action, the active and passive subjects, the subjective type and the stages of the crime fulfillment. Examines the objective type, confronting important questions concerning their understanding. Points out several problems that arise because of the dependency of the penal types of fishing from the extrapenal complements (administrative accessibility), suggesting solutions. Concludes that the determination of the typical social sense of the fishing acts requires that a decisive importance be given to the unity of objective and subjective elements which define its type. Fixes that, in the penal-legal level, fishing, as an element of the objective type, can not be taken as a mere causation of an event in the outside world, but only as a product of an action directed and controlled by the fisherman. Proposes, de lege ferenda, changes in the legal types of the studied crimes, as well as in the concept of fishing, with the purpose of improving legislation and of protecting in a suitable way the penal-legal welfare, without breaking the fundamental penal principles.

**Keywords:** Environmental Penal Jurisprudence - Fishing crimes - Aquatic fauna - Fish - Crustaceans - Mollusks - Aquatic ecosystems - Fishery - Fisherman.

### Sumário:

1.Introdução - 2.Bem jurídico e objeto da ação - 3.Sujeitos ativo e passivo - 4.Tipo objetivo - 5.Tipo subjetivo - 6.Etapas da realização do delito - 7.Conclusões

### 1. Introdução

A Lei 9.605, de 12.02.1998, tipificou como delitos de pesca inúmeras condutas que, antes, eram consideradas apenas infrações administrativas. Os injustos penais previstos por esse diploma dizem respeito à pesca em período proibido ou em lugares interditados pelo órgão competente (art. 34, *caput*); à pesca de espécies que devem ser preservadas e de espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos (art. 34, parágrafo único, I); à pesca de quantidades superiores às permitidas ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos (art. 34, parágrafo único, II); ao transporte, à comercialização, ao beneficiamento ou à industrialização de espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas (art. 34, parágrafo único, III); à pesca medianta a

utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante (art. 35, I); e à pesca com substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente (art. 35, II).

Além disso, o diploma penal ambiental mencionado adotou um novo conceito jurídico-penal de pesca, ora definido como “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 as espécies ameaçadas de extinção, constantes das listas oficiais da fauna e da flora” (art. 36, *caput*).

Observa-se que a maioria dos tipos penais dos delitos de pesca utiliza a técnica das normas penais em branco, com a necessidade de complementação por atos normativo-administrativos de caráter geral ou por leis extrapenais, havendo uma ampla gama de normas vigentes reguladoras, restritivas dessa atividade. A dependência de complementos técnicos é inevitável nessa matéria, imersa em realidade natural e socioeconômica extremamente complexa, marcada pela dinamicidade, pela casuística e pelo condicionamento a fatores instáveis no tempo e no espaço. Intenta-se, neste artigo, analisar os questionamentos sobre a constitucionalidade desse recurso, principalmente em face do princípio da legalidade e da separação de poderes, objetivando-se definir se é possível a elaboração da norma integradora com a garantia das exigências de segurança e certeza jurídicas que presidem a tipificação das leis penais e se é viável o estabelecimento de regras básicas que norteiem a produção das normas complementares e a sua relação com as normas penais.

Por outro lado, a opção pelas estruturas típicas delineadas nos arts. 34 e 35 da Lei 9.605/1998, bem como pela definição de pesca como ato *tendente* a algo gera uma série de relevantes pontos a serem resolvidos, que serão abordados neste trabalho, relacionados com a adoção da técnica de delitos de perigo abstrato e envolvendo questões específicas dos tipos objetivos, dos tipos subjetivos, da consumação e da tentativa.

Pretende-se, em suma, estudar os delitos de pesca previstos na Lei 9.605/1998 e analisar se sua estrutura fundamental é adequada à proteção do bem jurídico tutelado. Para tanto, analisa-se a realidade em que essas normas penais incidem, em especial os componentes naturais protegidos. Apresentam-se propostas *de lege ferenda*, com o escopo de aperfeiçoar-se a legislação penal ambiental, para garantir a tutela da ictiofauna, da carcinofauna e da malacofauna, sem violação aos princípios penais fundamentais e à luz dos pressupostos essenciais do Estado Democrático e Social de Direito.

## 2. Bem jurídico e objeto da ação

Classifica-se o *bem jurídico* em *bem jurídico categorial*, como bem jurídico genérico de proteção, e em *bem jurídico específico*, em sentido técnico, como aquele protegido por um determinado tipo legal de delito, próprio da específica figura delitiva em questão.<sup>1</sup> Nessa linha, o ambiente corresponde ao primeiro, enquanto os componentes da fauna aquática objeto de pesca (ictiofauna, carcinofauna e malacofauna) correspondem ao segundo. Quer dizer, o bem jurídico categorial protegido, ou seja, o bem jurídico generalizado, como entidade da realidade social dotada de valor e sentido por meio de processo contextualizado de valoração axiológica num dado momento histórico-cultural, é o *ambiente*. O bem jurídico específico, próprio dos tipos em questão, é composto pela ictiofauna, pela malacofauna e pela carcinofauna. Os espécimes de peixes, de crustáceos ou de moluscos capturados, *v.g.*, abaixo do tamanho permitido, constituem o *objeto da ação*. Dessa forma, parece errôneo arrolarem-se como bens jurídicos a “preservação da pesca” e a “proteção da pesca”,<sup>2</sup> considerando que as normas penais em foco almejam “preservar” ou “proteger” determinadas espécies de animais aquáticos e não a *pesca* propriamente, como atividade humana extrativa, incidente sobre esses elementos naturais.

Note-se, ainda, que os *objetos da ação* sobre os quais incidem os comportamentos puníveis das infrações penais de pesca são os espécimes das “espécies que devam ser preservadas” (art. 34, parágrafo único, I), os “espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos” (art. 34, parágrafo único, II); os espécimes pescados em quantidade superior à permitida (art. 34, parágrafo único, III); e os “espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas” (art. 34, parágrafo único, III).

Observe-se, entretanto, que, na estrutura típica dos injustos penais definidos no art. 34, *caput*, “pescar em período no qual a pesca seja proibida” e “pescar em lugares interditados por órgão competente”, não figura, entre as elementares, o objeto da ação típica. Com efeito, tais delitos são

de *perigo abstrato*. Os tipos não exigem a captura do pescado e se consumam com a simples prática de *ato tendente a capturá-lo*, como, *v.g.*, armar redes em lugar proibido. Assim sendo, eventuais espécimes capturados não passarão de parte do *corpo de delicto*,<sup>3</sup> não havendo, aqui, objeto da ação. O mesmo se aplica aos tipos consistentes em “pescar mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos” (art. 34, parágrafo único, II); “pescar mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante” (art. 35, I); e “pescar mediante a utilização de substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente” (art. 35, II), que também não exigem o objeto da ação. Basta a realização da mera atividade da pesca definida no tipo de injusto respectivo, com o que se antecipa a proteção penal para momento anterior ao efetivo acesso aos peixes, crustáceos e moluscos.

Ainda no que tange ao objeto da ação, convém observar-se que o art. 36, caput, da Lei 9.605/1998 definiu que são os espécimes dos peixes, crustáceos e moluscos *suscetíveis ou não de aproveitamento econômico*. Com isso, deixa claro que o escopo das normas penais de pesca é a proteção do meio ambiente, e não do interesse econômico inerente a essa atividade. Quer dizer, a tutela penal deve incidir, ainda que se trate de espécies não aproveitáveis economicamente, resguardando-se, em primeiro plano a *função ecológica* desenvolvida por cada espécie, à luz do que preconiza a Carta Magna (LGL\1988\3), que veda as práticas que a colocuem em risco, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade ( CF (LGL\1988\3), art. 225, § 1.º, VII).

A Lei 9.605/1998, nos delitos de pesca, tem aplicação limitada a determinados grupos de animais aquáticos (peixes, crustáceos e moluscos). Para o estudo das normas penais relativas a essa matéria, revela-se imprescindível, como ponto de partida, conhecerem-se os componentes faunísticos protegidos. Observa-se que os termos *peixes*, *crustáceos* e *moluscos* são elementos normativos extrajurídicos, que correspondem a elementos bióticos da realidade natural, cujo significado deve ser buscado por meio de juízos de valor no campo da Zoologia e da Biologia.

Consigna-se, inicialmente, que a fauna aquática apresenta diversidade biológica riquíssima, extremamente ampla, abrangendo espécies não só do grupo dos peixes mas também do grupo dos moluscos, dos crustáceos, dos mamíferos (cetáceos,<sup>4</sup> sirênios<sup>5</sup> e pinípedes<sup>6</sup>), além de alguns anfíbios e répteis, mais especificamente aqueles que habitam, predominantemente, o meio aquático.

Afirma-se que os *delitos de pesca* são espécies dos *delitos contra a fauna aquática*, considerando-se que a Lei 9.605/1998 estabeleceu um conceito jurídico-penal de pesca restritivo, pelo qual essa atividade incide unicamente em parte da fauna aquática, ou seja, em espécimes dos táxons de peixes, de crustáceos e de moluscos. Somente espécimes dessas espécies, à luz da legislação atual, podem ser *pescados* para efeitos jurídico-penais. As demais espécies que habitam o meio aquático, que não as mencionadas, tão-somente podem ser objeto de outros delitos contra a fauna, que não a pesca.

Noutra ótica, afigura-se que certos delitos podem atingir tanto a fauna silvestre aquática como a fauna silvestre terrestre, a exemplo do definido no art. 29 da Lei 9.605/1998. Quer dizer, espécies desses dois grupos estão entre aquelas que podem ser caçadas. Mais precisamente, pode-se dizer que os arts. 29, 30 e 32 da Lei 9.605/1998 podem ter, como objeto da ação, tanto componentes da fauna terrestre como componentes da fauna aquática (com exceção dos peixes, crustáceos e moluscos); o art. 33, a fauna aquática em geral (inclusive os peixes, os crustáceos e os moluscos); e os arts. 34 e 35, que definem os delitos de pesca, exclusivamente peixes, crustáceos e moluscos.<sup>7</sup> Aliás, embora a *pescaria* pareça restringir-se, em princípio, aos *peixes*, é comum a referência lingüística à pesca de *crustáceos* e *moluscos*, em geral também habitantes do meio aquático, apontando, nesse sentido, igualmente o referencial legal ( Lei 9.605/1998, art. 36).

Salienta-se certa imprecisão terminológica na doutrina nacional, ao se referir à ictiofauna (fauna de peixes) como simples sinônimo de fauna aquática, quando aquela é componente desta, juntamente com a carcinofauna (fauna de crustáceos), a malacofauna (fauna de moluscos), além de algumas espécies de mamíferos, anfíbios e répteis.

Entre os mamíferos<sup>8</sup> aquáticos, destacam-se os cetáceos, os sirênios e os pinípedes. Entre os cetáceos, estão as baleias, os golfinhos e as toninhas. *Cetus*, em latim, quer dizer *baleia*. Os membros anteriores são modificados em grandes nadadeiras, enquanto os membros posteriores são ausentes. Alguns possuem uma nadadeira dorsal carnosa e a cauda dividida em lobos transversais. As narinas são representadas por aberturas respiratórias, duplas ou simples, no topo da cabeça. Não possuem pêlos, exceto alguns esparsos no focinho, nem glândulas na pele, exceto as glândulas

mamárias e as dos olhos. Não possuem pavilhão auditivo e os olhos são diminutos. A ordem é dividida em baleias odontocetas ou com dentes ( *Subordem Odontoceti*), representadas por golfinhos, toninhas e pelo cachalote; e baleias misticetas ou com barbatanas ( *Subordem Mysticeti*), representadas pelos rorquais, baleias-francas e baleias-cinzentas. A baleia azul, um rorqual, é o animal mais pesado dentre todos os que já viveram na Terra.<sup>9</sup>

Em contrapartida, a Ordem *Sirenia* é composta por dugongos (vacas-marinhas) e peixes bois. *Sirênio* tem origem no grego *seiren* (ninfa do mar). Os sirênios são grandes e desajeitados mamíferos aquáticos, com a cabeça avantajada, ausência de membros posteriores e membros anteriores modificados em nadadeiras. A vaca-marinha (dugongo) das costas tropicais do leste da África, Ásia e Austrália e as três espécies de peixes-boi das regiões do Caribe e Flórida, rio Amazonas e oeste da África são as únicas espécies atuais.<sup>10</sup> Não se deve, pois, confundir sirênios com cetáceos.<sup>11</sup>

Já o grupo *pinípedes* ( *pinna* = pena; *podos* = pés) inclui leões marinhos, lobos marinhos, focas e morsas, que são mamíferos adaptados à vida aquática e terrestre. Ao contrário dos cetáceos, os pinípedes tiveram origem distinta, a partir dos carnívoros terrestres. A morfologia dos leões marinhos, lobos marinhos e morsas é indicativa de uma relação filogenética com o grupo dos ursos (enaliarctídeos); a morfologia das focas com o grupo das lontras (mustelídeos). Os pinípedes apresentam o corpo fusiforme e totalmente coberto de pelos, que são anualmente renovados. A epiderme é grossa e na derme existem glândulas sebáceas e sudoríparas. Os membros anteriores e posteriores estão se transformando em nadadeiras, com dedos compridos e unidos por espessas membranas. Em geral, a cópula ocorre em terra e as fêmeas parem um filhote a cada ano, durando a lactação de 3 a 24 semanas, dependendo da espécie.<sup>12</sup>

O termo *anfíbio* é empregado, porque a maioria deles vive as fases iniciais de seu ciclo vital dentro da água, sob a forma de larvas com brânquias (girinos), que, mais tarde, se transformam em indivíduos adultos terrestres, com respiração pulmonar. Todavia, “isto não é verdadeiro para algumas espécies que nunca abandonam a água, permanecendo no estágio larval, enquanto outras não vivem na água em nenhuma fase de seu ciclo vital”.<sup>13</sup> Dessa forma, os anfíbios têm, como regra, apenas parte inicial de sua vida no ambiente aquático, passando ao meio terrestre, quando adultos. Mas não se pode esquecer a existência de espécies que nunca abandonam a água e de espécies que não vivem na água em nenhuma fase da vida.

Por fim, entre os répteis que habitam o meio aquático, podem ser citadas as tartarugas marinhas, que percorrem os oceanos e retornam ao meio terrestre, exclusivamente para depositar seus ovos. Outrossim, mencionem-se as tartarugas aquáticas denominadas *cágados*, que vivem, preferencialmente, nos habitats de água doce.

Como se depreende, a fauna aquática é um grupo extremamente amplo, composto por espécies de quase todos os grupos de animais, havendo limitação de ordem jurídico-penal quanto àqueles que podem ser objeto da ação nos delitos de pesca, segundo já apontado alhures.

Insta, finalmente, consignar-se que a Lei 9.605/1998, em seu art. 36, *caput*, considerou a pesca como todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar não só espécimes de peixes, crustáceos e moluscos como também de *vegetais hidróbios*. O mais comezinho exame em referido dispositivo revela a completa ausência de precisão sistemática, por englobar, num mesmo dispositivo, como objeto da ação, espécimes da fauna e da flora, quando a atividade em foco – a pesca – é tipicamente exercida sobre a primeira e a segunda deveria ser objeto de delitos contra a flora. Linguisticamente, a incorreção é flagrante, já que apenas num sentido metafórico, ainda assim absolutamente fora do uso vernacular comum, é que se poderia admitir a “pesca de vegetais”. Seria mais correto dizer-se *coleta*, *colheita* ou *exploração* de vegetais hidróbios, *v.g.*, de algas, e não *pesca* de algas. O único critério que justificaria a inclusão de vegetais hidróbios como objeto de pesca é o fato de serem retirados da água, de forma semelhante aos peixes. Mas isso não seria suficiente para fundamentar, adequadamente, a inclusão de vegetais como objeto da ação dos delitos de pesca. Com efeito, determinados caranguejos, que são comuns na costa brasileira, como o caranguejo-uçá ( *Ucides cordatus cordatus*) e o guaiamu ( *Cardisona ganhum*), embora sejam *pescados*, *ex vi*, do art. 36, *caput*, da Lei 9.605/1998, são animais *terrestres*, procurando o mar somente na época da reprodução. Quer dizer que o fato de haver a retirada da água não é decisivo, para que algo seja pescado. Com efeito, mesmo o que não é capturado na água, como os caranguejos terrestres, pode ser pescado, posto que o conceito de ato de pesca é abrangente nesse

aspecto causal, uma vez que é considerado como “todo ato tendente a retirar, extrair coletar, apanhar ou capturar” ( Lei 9.605/1998, art. 36, *caput*). Por outro lado, há animais aquáticos, como os cetáceos, os sirênios e alguns anfíbios e répteis que não são pescados, mas caçados, conforme o novel conceito jurídico-penal de pesca. Sendo assim, suprimindo-se a retirada da água como fator justificante da inclusão de vegetais hidróbios no objeto da ação dos delitos de pesca, nada mais há que o sustente cientificamente. Daí o desacerto do legislador, que deveria ter tipificado as ações lesivas aos vegetais hidróbios como delitos contra a flora, e não contra a fauna, respeitando a sistemática da própria lei elaborada. Sugere-se, pois, *de lege ferenda*, que a situação dos vegetais hidróbios seja tratada penalmente pelo legislador entre os delitos contra a flora, suprimindo-se do conceito jurídico de pesca a expressão “e vegetais hidróbios”. Por fim, deve-se registrar que a ressalva final do dispositivo, no que tange às espécies da flora ameaçadas de extinção, constantes das listas oficiais, não tem o menor sentido, merecendo o mesmo tratamento.

### 3. Sujeitos ativo e passivo

Os delitos de pesca são classificados como delitos comuns. Os respectivos tipos de injustos penais não exigem qualquer qualidade em relação ao sujeito ativo. Podem, por conseguinte, ser praticados por qualquer pessoa, admitindo-se a co-delinquência (co-autoria ou participação). Dessa forma, respondem, como co-autores de delito de pesca, os pescadores que armam, juntos, rede em época de piracema, capturando diversos espécimes nativos. Por outro lado, aquele que somente conduz o barco, como pilotoiro, aos locais em que espécimes com tamanho inferior são capturados, responde como partícipe do delito praticado pelo pescador, seja este amador ou profissional. Da mesma forma, o proprietário de pousada ou estabelecimento do gênero que alugue equipamentos, barcos e motores, ciente de que o pescador realizará pesca proibida, responde como partícipe, por prestar auxílio material. Diversamente, aquele que auxilia o pescador, já em terra, a limpar os peixes pescados não responde por delito algum, por não ter auxiliado a realização de atos de pesca.

Nesses delitos, o sujeito passivo é a *coletividade*,<sup>14</sup> como titular do ambiente ecologicamente equilibrado ( CF (LGL\1988\3), art. 225, *caput*). Aliás, em geral, nos delitos ambientais, o sujeito passivo é, em princípio, a coletividade. Nesses crimes, há ofensa a interesses de todos os cidadãos, considerados *uti singuli*, uma vez que o bem jurídico-ambiental, regra geral, não pertence a uma pessoa ou a pessoas determinadas, sendo sujeito passivo toda a coletividade, que se vê prejudicada pela degradação ambiental.<sup>15</sup> A coletividade figura *diretamente* como sujeito passivo dos delitos de pesca,<sup>16</sup> haja vista deter a titularidade do bem jurídico ambiente e os delitos de pesca afetarem o equilíbrio dos ecossistemas aquáticos. Não obstante, em determinados casos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem assumir a co-titularidade passiva, quando tiverem seus interesses lesados pela conduta delitiva, questão essa decisiva na fixação da competência para o processo e julgamento dos delitos de pesca.

### 4. Tipo objetivo

#### 4.1 Conceito jurídico-penal de pesca

Nos termos da Lei 9.605/1998, pesca é “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 as espécies ameaçadas de extinção, constantes das listas oficiais da fauna e da flora” (art. 36, *caput*). Esse novo conceito jurídico-penal de pesca define que a pesca abrange apenas os espécimes que integram os táxons dos peixes, dos crustáceos e dos moluscos, de forma que o simples fato de um animal habitar o meio aquático não significa, necessariamente, que possa ser pescado para os efeitos da lei.<sup>17</sup> Além disso, a redação do § 6.º do art. 29 afasta, expressamente, a incidência desse dispositivo dos atos de pesca. A limitação que traz o § 6.º do art. 29 é uma clara tentativa de diferenciar os animais que são caçados dos que são pescados, uma distinção semelhante à que buscava a doutrina, quando estavam em vigor os dispositivos penais da Lei de Proteção à Fauna e o Código de Pesca.<sup>18</sup> Lembra-se que, na década de 60, bastava que a espécie animal ou vegetal tivesse, na água, o seu hábitat natural, para que o ato de sua captura fosse considerado como pesca. Com a edição da Lei 9.605/1998, somente os grupos dos peixes, crustáceos e moluscos se tornaram suscetíveis dessa modalidade, restringindo-se o alcance dessa atividade no âmbito penal.<sup>19</sup>

O Código de Pesca, em seu art. 1.º, definia, como pesca, “todo ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água seu normal ou mais freqüente meio de vida”, conferindo extrema amplitude ao que poderia ser pescado, por abranger toda a fauna aquática,

incluindo cetáceos, sirênios, além de alguns pinípedes, anfíbios e répteis.

Com o advento da Lei 9.605/1998, definiram-se, expressamente, quais os componentes da fauna aquática que podem ser pescados, ou seja, peixes, crustáceos e moluscos. Os componentes da fauna aquática que não se incluem na definição conceitual de pesca serão então caçados (cetáceos, sirênios, pinípedes, anfíbios, répteis etc.). Assim sendo, caça constitui a perseguição, a apanha, a captura, a morte etc. de animais silvestres de hábitat terrestre ou aquático – salvo os grupos dos peixes, moluscos e crustáceos, enquanto a *pesca* consiste justamente na captura de espécimes desses três grupos, conforme o novo conceito jurídico dessa atividade, introduzido pela Lei 9.605/1998.

Entim, entende-se, dessa forma, que, ao redefinir o conceito de pesca e restringir seu objeto a peixes, crustáceos e moluscos, a Lei 9.605/1998 revogou, tacitamente, tanto o art. 1.º do Dec.-lei 221/67, bem como a Lei 7.643/77, de forma que cetáceos hoje não podem ser pescados para efeitos jurídico-penais, mas somente caçados (Lei 9.605/1998, art. 29).

Convém observar-se, também, que o dispositivo definidor de pesca prevê que ficam “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora” (art. 36, *caput*, segunda parte). A redação do dispositivo não é clara. Mas entende-se que a ressalva tem apenas o sentido de advertir sobre a necessidade de se proibir a pesca de espécies ameaçadas de extinção. Não se trata de definição da pesca permitida,<sup>20</sup> até porque nada obsta que determinado peixe, declarado como ameaçado de extinção pelo órgão ambiental, venha a ser pescado. O dispositivo referido trata apenas da definição de pesca, refletindo, conceitualmente, no mundo jurídico, uma atividade desenvolvida no mundo fenomênico, de forma objetiva e avalorada quanto a ilicitude. Esse predicado é atribuível à conduta de pesca somente após a emissão do juízo de valoração. Não se pode confundir a valoração do objeto com o objeto da valoração. O ato de pescar pode ser lícito, quando autorizado e respeitador da legislação incidente; como ilícito, quando violar as normas reguladoras. A pesca amadora sem licença é ilícito administrativo somente. A pesca amadora de espécimes com instrumento proibido, além de ilícito administrativo, é tipificada como crime. Nos dois casos, não deixa de ser pesca. Da mesma forma, a pesca de um espécime cuja espécie está listada como ameaçada de extinção não deixa de ser pesca. É tipificada como crime, mas é pesca. Aliás, caso não fosse considerada como pesca, a captura de espécime ameaçado de extinção seria fato atípico, haja vista os arts. 34 e 35 incriminarem as condutas de *pescar*. Isso seria absolutamente contraditório, porque tal raciocínio implicaria que quem pescasse espécime não ameaçado de extinção responderia pelo crime de pesca, enquanto quem pescasse espécime ameaçado (que merece reprimenda maior) ficaria sem punição. Ademais, não se olvide a possibilidade de ser autorizada a *pesca científica* de espécies em extinção para a realização de estudos ictiofaunísticos, indicando, claramente, que mesmo elas podem ser *pescadas*. A redação do dispositivo deixa, realmente a desejar. Aconselhável, na verdade, seria a supressão dessa malfadada expressão, que ressalva espécies da fauna e da flora que constem das listas oficiais como ameaçadas de extinção, o que se propõe, *de lege ferenda*. Não obstante, a melhor interpretação é no sentido de que a ressalva relativa às espécies ameaçadas de extinção apenas constitui diretriz dirigida à Administração Pública, no sentido de que não seja autorizada a captura de pescado nessa condição; ou seja, um alerta direto, no sentido da preservação das espécies.

Ainda examinando o conceito de pesca, verifica-se que a Lei 9.605/1998 a considera como “todo ato *tendente* a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios” (art. 36, *caput*). Quer dizer que a definição legal indica que pesca é *todo ato tendente* a realizar uma das atividades mencionadas (retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar). *Tendente* é aquele que se aproxima, se inclina, se volta, caminha, propende para determinado alvo ou fim,<sup>21</sup> que, no caso, é a retirada, extração, coleta, apanha, apreensão ou captura do pescado. Observe-se que, caso pretendesse o legislador que a pesca consistisse na efetiva captura<sup>22</sup> do espécime, lhe bastaria defini-la como a retirada, a extração, a coleta etc. No entanto, não o fez. Definiu-a como sendo um ato direcionado a essas finalidades, uma atividade que se caracteriza pela *tendência*, pela tentativa de alcançá-las, mas que delas não necessita, para concretizar-se no mundo ôntico, segundo o critério legal adotado.

Na verdade, o termo *pescar* revela duas acepções lingüísticas. Tanto pesca quem lança a isca à água, mas não captura nenhum exemplar, como pesca aquele que captura diversos exemplares. É correto dizer “pescuei”, mesmo que inexista captura efetiva de peixes, como dizer “pescuei cinco piaus”, quando exista a captura. Manter uma rede armada no meio aquático é exercer a *pesca de*

forma permanente, ainda que nenhum exemplar seja capturado. A opção legislativa foi por abarcar ambas as acepções. Ou seja, para que haja pesca, basta que se pratique um *ato tendente à captura do pescado*, sendo despidendo dizer-se que, se a lei se contenta com a prática de *ato tendente*, também se estará, por questão de lógica, diante de ato de pesca, quando houver a efetiva captura do pescado.

Note-se, ainda, que a realização da pesca não exige específico ato tendente, mas se verifica com a prática de *todo* ato tendente, indicativo de que não há restrição ao ato que promove a *efetiva captura* do espécime. Quer dizer que atos anteriores à retirada dos espécimes da água igualmente podem ostentar essa qualidade. Ressalte-se, todavia, que o ato será *tendente*, somente quando houver probabilidade mínima de permitir a captura do pescado a qualquer momento. E isso será possível, somente quando o petrecho de pesca realmente ingressar no meio aquático. Desse modo, aquele que prepara a vara, a carretilha, o anzol e a isca sobre o barco não executa ato de pesca, mas apenas se *prepara* para fazê-lo.

#### 4.2 Lei penal em branco

Essa técnica é particularmente importante nos delitos de pesca, considerando que os tipos de injusto dependem de complementação obtida principalmente de normas administrativas emanadas da Administração Pública Pesqueira, na forma do que se denomina *acessoriedade administrativa*. É absolutamente inviável pretender-se que o tipo penal esgote a descrição de todos os elementos da conduta típica, considerada a dinamicidade e a mutabilidade próprias dos fatores ambientais que influem sobre os recursos naturais protegidos. Em matéria de pesca, que é imersa em uma realidade natural e socioeconômica tão complexa, não se admitiria uma regulação penal independente sem a necessária agilidade proporcionada pelos complementos técnicos. A lei penal que se arvorasse de independência absoluta das normas administrativas reguladoras da pesca seria, fatalmente, condenada à não-aplicação, tanto por ser incapaz de promover a proteção equilibrada dos recursos pesqueiros no ambiente aquático como por frenar o desenvolvimento econômico proporcionado pela pesca sustentável. Além do caráter extremamente dinâmico e mutável dos fatores ambientais que influem nos ambientes aquáticos, a imensa casuística regulada pelas normas administrativas de pesca, marcadamente pelas dimensões continentais características do Brasil impediria qualquer tentativa de ser abarcada pela lei penal.

É conveniente lembrar-se que a Lei 7.653, de 12.02.1988, alterando a redação do art. 27 da Lei 5.197/67, introduziu os tipos penais de “pescar com a utilização de instrumento proibido, explosivo, erva ou substância química de qualquer natureza” e de “pescar no período em que ocorre a piracema”, tornando-os inafiançáveis.<sup>23</sup> De destacar-se que a Lei 7.653/1988 estabeleceu que “fica proibido pescar no período em que ocorre a piracema, de 1.º de outubro a 30 de janeiro, nos cursos d’água ou em água parada ou mar territorial, no período em que tem lugar a desova e/ou a reprodução dos peixes” (art. 27, § 4.º). Acontece que a piracema<sup>24</sup> é um fenômeno natural de reprodução dos peixes marcado pela variabilidade, porque depende de diversos fatores, dentre os quais o regime das chuvas, o clima, a insolação e o hábitat aquático; sem contar que também varia em função da espécie. Por conta disso, a piracema pode começar mais cedo e terminar mais cedo, começar mais tarde e terminar mais tarde, ou, mesmo, começar mais cedo e terminar mais tarde, necessitando, não raro, de ampliação do período legalmente estabelecido. Ora, os aspectos e graus de vinculação do direito à realidade que há de configurar são variadíssimos, mas não há dúvida de que o direito há de relacionar as conseqüências jurídicas com circunstâncias (ou tipos) que possam apresentar-se na realidade, pois, do contrário, não seria suscetível de aplicação.<sup>25</sup> Com efeito, “o direito não inventa a realidade que pretende regular – pois seria irrelevante –, senão que regula uma realidade que já vem dada”.<sup>26</sup> É dos fenômenos observáveis na realidade que se deve extrair aquilo que é relevante para a valoração jurídico-penal, tendo em mente que “a estrutura do fenômeno prévio ao direito obriga a observar sua natureza, no momento de configurar as regras jurídicas”.<sup>27</sup> As leis do mundo físico-natural são de caráter necessário e o acontecer físico-natural se impõe, inexoravelmente, pela *causalidade*, devendo as leis do mundo social – que são regidas pela *imputação* – respeitar, necessariamente, os dados ônticos da realidade objeto de regulação, sob pena de ineficácia.<sup>28</sup> O legislador até pode, desejando, afastar-se da realidade, para proceder a esse processo de imputação no direito penal, escolhendo, mediante uma manipulação que considere adequada dos signos, a forma que entende mais conveniente para legislar. Entretanto, faltar-lhe-á legitimidade, ao ficcionar os dados do fenômeno do qual retira seus atributos.<sup>29</sup> No caso, o desacerto legislativo foi evidente. Ao não respeitar as características naturais do fenômeno da piracema, pretendendo que esta se curvasse, matematicamente, a determinado período legalmente previsto, a

norma penal criada simplesmente não revelou eficácia, tanto que, editada em fevereiro, foi revogada em novembro do mesmo ano.

Ademais, caso se pretendesse adotar um sistema de absoluta independência da lei penal de pesca, em relação a outras instâncias, haveria descrições típicas tão genéricas, que, para serem aplicáveis, obrigariam o julgador a legislar, o que é inadmissível, por óbvio, pela violação à estrita legalidade.<sup>30</sup> Doutra lado, solução inversa implicaria na dependência absoluta da norma penal e os injustos penais não passariam de meras contrariedades à norma administrativa. Dessa forma, é vantajosa, nos delitos de pesca, a adoção dessa técnica, que, em lugar de obstaculizar a taxatividade-determinação, acaba por garanti-la.<sup>31</sup>

É imperioso ressaltar-se, no entanto, que o *nullum crimen sine lege* impõe que a lei penal em branco contenha a descrição do núcleo essencial da ação proibida (ou ordenada), além de delimitar, inteiramente, o bem jurídico protegido.<sup>32</sup> Quer dizer que “a previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos limites (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da *absoluta* reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade”.<sup>33</sup> Noutro dizer, os elementos essenciais da matéria de proibição devem constar do tipo de injusto penal, recorrendo-se à esfera administrativa, apenas para a obtenção dos complementos técnicos que, se o próprio legislador penal fixar, terá em mãos uma norma possivelmente ineficaz, por ignorar a realidade natural regulada. Ademais, não se deve remeter a fixação das conseqüências jurídicas à norma administrativa complementar (lei em branco ao revés), por constituir tal procedimento um atentado contra a garantia fundamental do *nulla poena sine lege*.<sup>34</sup>

Além do mais, no sistema da acessoriedade relativa, afigura-se possível que a norma integradora seja elaborada, de forma a garantir as exigências de segurança e certeza jurídicas que devem presidir a tipificação das leis penais, respeitando o princípio da legalidade. A técnica das normas penais em branco não consiste, necessariamente, em flexibilização desse princípio. Em geral, alguma indeterminação é tolerável na construção dos tipos penais, em razão da própria natureza das coisas, como se dá, *i.e.*, nos delitos culposos, nos delitos comissivos por omissão e na utilização de certos elementos normativos do tipo que exigem um juízo de valoração extrapenal. Nesses casos, é possível que a insegurança e a incerteza advindas ultrapassem, até mesmo, as que ocorreriam com a utilização de norma penal em branco dotada de um complemento eminentemente técnico e executivo. Em matéria de pesca, não se pode titular de incerta ou imprecisa a norma administrativa que fixa, corretamente, o tamanho mínimo permitido de captura para determinada espécie; que determina a interdição de determinado local para a pesca; que fixa, objetivamente, a quantidade de pescado permitida por pescador; ou que, expressamente, consigna quais os instrumentos proibidos para a pesca. Dessa forma, os complementos das normas penais em branco nos injustos penais de pesca podem oferecer perfeita instrumentalidade na determinação do âmbito do ilícito, com a mesma certeza e segurança jurídica de normas que não têm elementos normativos, respeitando a taxatividade-determinação.

Nos delitos de pesca, cabe lembrar que, embora os complementos advenham, normalmente, de atos normativo-administrativos de caráter geral, também podem provir de leis extrapenais federais ou estaduais, ou mesmo de tratados internacionais, evidenciando-se uma ampla gama de normas vigentes reguladoras e restritivas dessa atividade. Não se verifica, por outro lado, a dependência de atos administrativos dirigidos ao indivíduo, como a licença, a autorização ou a permissão concedidas em benefício particular, como há em outros tipos penais da Lei 9.605/1998 ( *v.g.*, arts. 39, 44, 46, 51, 52, 55 e 60, entre outros).

Impõe-se, ainda, consignar que os tipos legais dos delitos de pesca são, como regra, completados por normas emanadas do órgão ambiental competente, para disciplinar a pesca e a proteção dos recursos ictiofaunísticos, malacofaunísticos e carcinofaunísticos. Não poderia ser diferente, já que, em princípio, apenas a administração pública ambiental poderá dizer qual período em que a pesca será proibida, quais os lugares proibidos ou interditados, quais espécies devem ser preservadas, quais espécies terão limite mínimo de tamanho e qual o permitido para captura, quais as quantidades de pescado permitidas por pescador; e quais os aparelhos, petrechos, técnicas, métodos e substâncias não permitidos. É que se trata de matéria extremamente dinâmica, regulada por inúmeras variáveis relativas a fenômenos naturais ( *i.e.*, piracema), a diferentes bacias hidrográficas e cursos d'água; a diferentes espécies, com maior ou menor necessidade de proteção; a diferentes



petrechos, métodos ou técnicas em constante evolução, entre outros fatores. Além disso, a pesca é atividade social de importância indiscutível, por ser relevante fonte de alimentação e lazer e por gerar riqueza, trabalho e emprego em suas diversas modalidades (pesca de subsistência, pesca comercial, pesca turística, pesca desportiva, pesca científica etc.). Dessa feita, a administração pública exerce tarefa de constante revisão das inúmeras restrições que incidem sobre a pesca (espaciais, temporais, instrumentais, em função do sujeito ativo, da espécie do pescado, da quantidade de pescado etc.), procurando compatibilizar a sustentabilidade dessa atividade com a proteção dos recursos pesqueiros. Com isso, demonstra-se a complexidade da matéria e a necessidade de freqüente regulação.

Cumpra, porém, afirmar-se ser indispensável que a norma integradora, normalmente elaborada por técnicos ambientais, tenha sua validade cuidadosamente examinada, a fim de se evitarem certas impropriedades incompatíveis com a natureza do ordenamento penal e sua principiologia garantística, resolvendo-se qualquer incompatibilidade com o princípio da legalidade e seus corolários, sob pena de se inviabilizar a tutela penal nesse campo. A questão em pauta se refere tanto à prestabilidade da norma administrativa, para figurar como complemento normativo na esfera penal (sem a violação dos princípios penais garantistas), como à sua própria validade no ordenamento jurídico. Ou seja, há que se delinearem alguns parâmetros que configurem limites seguros à formatação da norma penal em branco nos delitos de pesca, mantendo-se o equilíbrio do ordenamento jurídico naquelas situações em que o direito penal e o direito administrativo se entrelaçam para compor o injusto penal.

Se a norma complementadora ingressa na esfera penal, tanto na estrutura lógica da norma jurídico-penal como na proposição imperativa subjacente (proibição), pretendendo ordenar condutas humanas mediante a ameaça de sanção penal, só será admissível se respeitar os princípios penais fundamentais. Caso contrário, seria colocado em risco o núcleo essencial da matéria penal, ao arrepio de toda aquela estrutura principiológica que serve de alicerce ao conceito de delito. São exemplos comuns de violação ao princípio da taxatividade aquelas cláusulas genéricas de Portarias do Ibama que *consideram proibidos todos os instrumentos de pesca não previstos expressamente* por determinada norma.<sup>35</sup> É absolutamente inviável transladar-se para a norma penal em branco contida no art. 34, II, complemento dessa natureza, sob pena de se incidir em grave violação ao princípio da legalidade, na vertente da taxatividade-determinação, cuja função garantística limitante do poder punitivo estatal é prejudicada pela amplitude indevida da proibição. Aliás, normas dessa natureza, que “consideram proibido tudo que não é permitido”, simplesmente são inválidas no ordenamento jurídico, ante o dogma garantístico de proteção à liberdade civil consistente em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” ( CF (LGL1988\3), art. 5.º, II). Dessa forma, a proibição administrativa de se utilizar este ou aquele instrumento de pesca deve ser expressa, sob pena de ser considerada inócua, tanto mais quando se está num Estado Democrático de Direito, em que a segurança jurídica é valor essencial.

Dessa forma, uma regra essencial é que a norma administrativa deve ser elaborada em consonância com os princípios penais fundamentais, para que seja considerada válida como complemento da norma penal. Mais do que pressuposto científico, trata-se de “fundamental exigência ético-jurídica”,<sup>36</sup> mormente quando se refere à conformação da norma penal, norma que visa à proteção dos valores ético-sociais mais relevantes da sociedade, mediante a ordenação de condutas do homem por meio da coercibilidade propiciada pela sanção à liberdade humana.

Além do mais, há que se observar que o escopo da norma administrativa deve coincidir com o escopo da norma penal em branco, sob pena de restar inviável o processo de integração. Como se sabe, ao direito penal cabe a missão primordial e única de proteção dos bens considerados essenciais para a vida em sociedade, devendo a sanção penal incidir somente quanto houver lesão ou perigo de lesão a esses bens vitais (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos). A finalidade da norma administrativa de pesca, portanto, deve manter-se em rota convergente com a finalidade da norma penal ambiental de pesca, dirigindo-se ambas para a proteção dos recursos naturais, ou seja, do bem jurídico ambiente. No caso em que determinada norma administrativa limitativa ou proibitiva da pesca não tenha esse objetivo, mas apenas vise à execução de determinada providência administrativa ou política pública, dissociada da missão de proteção do bem jurídico ambiental, v.g., direcionada à promoção do turismo, ao fomento econômico, à segurança da navegação, ao funcionamento de barragem e segurança de terceiros,<sup>37</sup> será inválida como complemento da norma penal em branco, ainda que seja válida no campo administrativo.

Lembra-se que todas as leis em branco ocasionam dificuldades *hermenêuticas*, porque as remissões obrigam a efetuar-se uma reconstrução preliminar dos conteúdos de sentido, que serão objeto de interpretação, agudizando-se os problemas, quando o reenvio se dirige a uma norma extrapenal, pois os critérios de interpretação das disposições penais são distintos e mais estritos que os usados nas outras áreas.<sup>38</sup>

E o juiz tem a missão de aferir, em face do ordenamento jurídico, a viabilidade da conformação da norma penal em branco, verificando a obediência aos princípios penais pela norma administrativa e avaliando se a finalidade desta é a proteção ambiental. Não se deve escravizar, portanto, a uma lógica meramente formal, mecânica, destituída de considerações axiológicas e teleológicas, quando procede ao processo de formatação da norma penal de pesca para sua aplicação. Deve emitir juízo prévio sobre o conteúdo da norma administrativa, recusando sua aplicação quando se deparar com antinomia ou incongruência daquela com a norma penal. Sem isso, estará viciada a premissa maior do raciocínio lógico, comprometendo, irremediavelmente, seu resultado.

Afirma-se, com acerto, que “o que realmente caracteriza a lógica do razoável em oposição à lógica tradicional é o fato de que, enquanto esta última – meramente enunciativa – trata somente do ser e não ser, aquela está impregnada de critérios axiológicos (valoração dos fins) e intimamente vinculada ao sentido conteudístico, à materialidade dos fenômenos humanos que lhe servem de objeto. No fenômeno jurídico, ressalta, sempre, a idéia de fim, dado o caráter eminentemente teleológico do direito, não havendo norma que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático”.<sup>39</sup> Nesse sentido, pode-se dizer que a norma jurídica é um objeto estabelecido pelo homem, em razão de um fim e dirigido à liberdade humana, com existência real no tempo e no espaço; e seu sentido é sempre expressão de um valor.<sup>40</sup> O raciocínio lógico, por conseguinte, não prescinde de considerações teleológicas e axiológicas. Não se pode “tentar fazer do direito um saber perfeitamente lógico-matemático e asséptico, no qual as peças se encaixam mecanicamente como num *puzzle* perfeito, porque sabemos, não o é”.<sup>41</sup> E “quando se interpreta teleologicamente, são os fins da lei em branco, deduzidos dela mesma e de sua posição no contexto do ordenamento jurídico os que decidem”.<sup>42</sup>

Contextualizando, assevera-se, então, que, na aplicação das normas penais de pesca aos casos concretos, o juiz deve evitar um procedimento meramente formal, mecânico, ascético, que aceite complementos de qualquer natureza, mas proceder a uma valoração dos fins que motivaram sua criação, para saber se válido o injusto penal resultante do processo de integração, levando também em conta que “a interpretação do tipo já integrado deve realizar-se de acordo com os critérios que presidem a lei penal em branco”.<sup>43</sup>

Finalmente, há que se consignar, no plano formal, a necessidade de observância das regras legais de competência para a estipulação das normas de pesca, a fim de que a norma complementar possa ter-se como admissível, para integrar tipos penais de pesca; e mesmo para configurar infrações administrativas válidas.

Ante o exposto, entende-se, como viável e indispensável, a utilização da norma penal em branco nos delitos de pesca, assim como nos delitos ambientais em geral, haja vista a necessária e inarredável dependência do direito penal ao direito administrativo, na forma do que a doutrina denomina de *acessoriedade administrativa*. No entanto, cabe ao elaborador da norma complementar e, principalmente, ao aplicador da lei penal superar a tensão característica e inevitável que ocorre entre essas esferas, observando as seguintes regras: 1.<sup>a</sup> a norma administrativa, para ser válida como complemento da norma penal, deve respeitar os princípios penais fundamentais; 2.<sup>a</sup> deve haver uma relação de coerência entre os fins objetivados pela norma penal e pela norma administrativa, que necessariamente têm que convergir, concorrer para um mesmo ponto, confluir para a proteção do bem jurídico ambiente; 3.<sup>a</sup> devem ser respeitadas as regras legais de competência para a edição das normas de pesca. Caso contrário, a antinomia deve ser resolvida em prol da unidade e da coerência características do ordenamento jurídico, decretando-se a ilegalidade da norma administrativa, em caso de incompatibilidade absoluta com a norma penal, ou recusando-se a complementação da norma penal em branco pela norma administrativa, mas mantendo-se esta no ordenamento jurídico, se válida e apta a produzir efeitos na esfera administrativa.

#### 4.3 Tipificação de delitos de perigo abstrato

Os delitos são classificados, doutrinariamente, em delitos de dano e delitos de perigo, bem como em

delitos de resultado (ou materiais) e de mera atividade (ou de mera conduta). A primeira classificação é relacionada com a produção de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico protegido e não se confunde com a segunda, que diz respeito à exigência típica de produção de um resultado naturalístico, no mundo fenomênico, incidente sobre o objeto da ação.<sup>44</sup> Saliente-se, ainda, que o resultado que opera no âmbito do injusto (resultado axiológico, juridicamente valorado) e que deflui da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado) não se confunde com o resultado típico, característico dos delitos materiais.<sup>45</sup> Ou seja, “o desvalor do resultado é entendido como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido, e não se confunde com o resultado como parte integrante (elemento integrante) do tipo nos delitos de resultado”.<sup>46</sup> Ademais, um delito de resultado pode consubstanciar um delito de dano ou de perigo, conforme o caso, assim como o de mera conduta também pode encampar essa dupla formulação.<sup>47</sup>

Nos *delitos de pesca*, verifica-se que os tipos legais exigem ou não, conforme o caso, a realização de um resultado naturalístico (captura do pescado) produzido sobre o objeto da ação (peixes, crustáceos e moluscos). Havendo a exigência de que a captura do pescado integre o injusto penal de pesca, o delito será tanto de *resultado* como de *dano* ao bem jurídico especificamente protegido (ictiofauna, carcinofauna e malacofauna).

No que concerne aos delitos de perigo, são classificados em delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato.<sup>48</sup> Os delitos de perigo concreto se caracterizam pela exigência da produção de um *perigo efetivo* ao bem jurídico-penal, conforme preconiza o próprio tipo penal, ao prevê-lo como elementar. Não é necessária, para a consumação, a produção de dano que seja causado pela situação de perigo, mas apenas a produção de perigo concretamente aferível no mundo fenomênico. Já nos delitos de perigo abstrato, o perigo é unicamente a *ratio legis*, ou seja, o motivo que induziu o legislador a criar a figura delitiva, castigando-se determinadas condutas, porque geralmente trazem, consigo, o perigo a um bem jurídico, que não é elementar do tipo.<sup>49</sup> Nesse caso, é despidianda a real produção do perigo ao bem jurídico protegido, consumando-se ainda que concretamente não tenha ocorrido. Os delitos de perigo abstrato se aperfeiçoam, então, com a ocorrência de fato com potencial de perigo, cuja existência é presumida *ex vi legis*, de forma que se antecipa a proteção penal ao bem jurídico na situação do risco suposto. Nos delitos de perigo concreto, ao contrário, o perigo ao bem jurídico é um elemento do tipo, de modo que o delito só é consumado, quando se produz, de fato, o perigo, tratando-se, do ponto de vista dogmático, de delitos de resultado.<sup>50</sup> Formula-se, ainda, a distinção entre os crimes de perigo concreto e de perigo abstrato nos termos seguintes: nos *delitos de perigo concreto*, o tipo requer, como resultado da ação, a *proximidade* de uma *concreta* lesão, ou seja, que a ação haja estado a ponto de causar uma lesão a um bem jurídico determinado, enquanto nos *delitos de perigo abstrato*, não se exige tal *resultado de proximidade* de uma lesão, bastando a *periculosidade da conduta*, que se supõe inerente à ação, salvo seja provado que, no caso concreto, restou excluída de antemão.<sup>51</sup> A doutrina também distingue um terceiro grupo de delitos de perigo, chamados de *aptos para a produção de um dano* ou de *perigo abstrato-concreto*, tratando-se de figuras delitivas que proíbem a realização de uma ação que tenha, implícita, a possibilidade de produzir um determinado resultado, como a maior parte dos delitos contra a saúde pública e o meio ambiente. Enquanto, nos delitos de perigo *abstrato*, “consta da própria lei a noção de perigo que vem inserta na norma penal incriminadora, por obra do legislador, como sua razão de existir, fato que desobriga o juiz de avaliá-la no caso concreto”,<sup>52</sup> nos delitos de perigo *abstrato-concreto*, o juízo de periculosidade *da conduta* deve ser aferido concretamente pelo magistrado, posto que “o legislador insere na estrutura típica, um dado ou elemento que faz referência à periculosidade real da ação ou dos meios empregados”.<sup>53</sup> Embora alguns penalistas considerem que esses delitos de aptidão para a produção de um dano se incluam entre os delitos de perigo concreto *lato sensu*, na realidade, são delitos de perigo abstrato, não pertencendo ao tipo a produção de um resultado de perigo, de um perigo concreto para um bem jurídico protegido.<sup>54</sup> Em resumo, nos *delitos de perigo concreto*, deve ser comprovada pelo juiz a existência de um perigo concreto, real, de lesão ao bem jurídico, já que faz parte do tipo; nos *delitos de perigo abstrato-concreto*, deve ser comprovada a periculosidade concreta, real, efetiva da ação realizada, já que essa sua qualidade faz parte do tipo; nos *delitos de perigo abstrato* basta que seja comprovada a realização da ação, já definida, de antemão, como perigosa pelo próprio legislador, não exigindo o tipo a comprovação do real potencial ofensivo da mesma.

Assim, *pescar em período proibido, pescar em lugares interditados pelo órgão competente, pescar com instrumentos e métodos não permitidos e pescar com explosivos ou substâncias tóxicas* são delitos de perigo *abstrato*, pois os respectivos tipos de injusto são estruturados de forma que não

exigem a comprovação do perigo ao bem jurídico especificamente protegido nem a periculosidade concreta da ação de pescar dessa forma. Além disso, são delitos de mera conduta, haja vista esses tipos não prevenir a produção de qualquer resultado naturalístico. Segundo tal construção típica, basta que se comprove, simplesmente, a realização da conduta, para considerar os delitos consumados.

A escolha dessa tipificação, todavia, engendra uma série de problemas. Na pesca em época proibida ou em lugar interdito, por exemplo, é inevitável questionar-se como proceder naqueles casos em que inexistente perigo de dano mínimo ao ambiente que justifique a intervenção penal, seja pelo reduzido potencial ofensivo do instrumento de pesca, seja pela ausência de peixes no local, no momento da ação, seja por outros fatores peculiares ao meio ambiente aquático, desconhecidos e não comprováveis. Seria legítima a intervenção penal como meio de proteção do bem jurídico ambiente nesses casos, ou se estaria apenas garantindo, reforçadamente, o cumprimento da norma administrativa, punindo-se o pescador por mera desobediência administrativa?

O direito penal ambiental, para cumprir sua missão constitucional de proteção do ambiente, não pode deixar de adotar os delitos de perigo abstrato, e um dos fundamentos pode ser buscado no princípio da prevenção, que projeta reflexos importantes na seara penal ambiental, considerada sua condição de princípio constitucional. Entretanto, nem o princípio da prevenção e muito menos o da precaução autorizam a intervenção penal, sem que haja lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. Com efeito, “nos delitos de perigo abstrato não há falar-se em mera suposição ou suspeita de dano, mas sempre em previsibilidade”,<sup>55</sup> ou seja, “considera-se que o critério mais adequado é o de exigir que a produção da lesão do bem jurídico apareça de um ponto de vista *ex ante*, em um juízo de previsibilidade objetiva, como uma conseqüência não absolutamente improvável da ação”.<sup>56</sup> Dessa forma, a criminalização da pesca, em local ou época proibida, sem a exigência de efetiva captura de pescado, não se sustenta somente com base no princípio da prevenção. Em grande número de casos, nada mais haveria que a simples proteção de função administrativa ambiental. O direito penal estaria assumindo tarefa própria do direito administrativo.

Em determinados casos, a intensa dificuldade ou mesmo inviabilidade de reparação do dano causado, não raro irreversível, pode justificar a adoção da técnica relativa aos crimes de perigo abstrato. Nesse caso, admite-se que o princípio da prevenção possa subsidiar a escolha dessa técnica. Tome-se, como exemplo, os delitos de pesca com explosivos ou substâncias tóxicas. A utilização desses meios, por si só, produz danos tão catastróficos nos ecossistemas aquáticos, que se deve antecipar a proteção penal, para punir a ação, extremamente perigosa, em seu nascedouro. Incorreto seria exigir-se a captura do pescado para a consumação do delito. Também não seria adequado exigir-se que figurasse, como elementar, o perigo concreto, exigindo-se sua comprovação, haja vista a inerente dificuldade de se demonstrá-lo em espaços submersos. Ademais, a prova desse perigo, considerando-se as dificuldades de perícia no meio aquático, seria praticamente inviável, posto que o tipo penal não realizaria a função de proteção do bem jurídico em foco. Outrossim, não caberia adotar-se a fórmula dos delitos de perigo abstrato-concreto, haja vista desnecessária ser a demonstração da periculosidade de ação dessa natureza, qualidade esta que é aferível, facilmente, de um ponto de vista *ex ante*. É mais recomendada, aqui, a adoção da fórmula do perigo abstrato, com presunção, *ex vi legis*, da periculosidade da conduta, antecipando-se a proteção penal à ictiofauna com lastro na forte probabilidade de dano inerente a essa espécie de ação. E, além de a pesca com explosivos ou substâncias tóxicas caracterizar-se pela forte ofensividade aos recursos naturais e pelo alto grau de probabilidade de lesão, valorativamente a conduta é socialmente reprovada, pelos grandes riscos e prejuízos ambientais, desde o Brasil colônia.

No entanto, quando se tratar de “pescar em período no qual a pesca seja proibida”, de “pescar em lugares interditos por órgão competente” ou de “pescar mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos”, surgem inúmeros conflitos na prática. A pesca, em local proibido ou época proibida com uma rede de arrasto, por exemplo, detém potencial altamente lesivo. Ou seja, a ação carrega potencial lesivo, que lhe é inerente, sendo legítima, no caso, a tipificação como delito de perigo abstrato.<sup>57</sup> Todavia, em grande número de casos, *a ação não se revestirá de potencial lesivo significativo, quando individualmente considerada*. É exemplo emblemático e comum a pesca, em época proibida ou em local interdito, com simples caniço de bambu, com linha de mão ou, mesmo, com vara e molinete. Nesse caso, conquanto possa ocorrer eventual captura, será aleatória e incerta, em razão das peculiaridades e dos inúmeros fatores naturais que interferem nos ecossistemas aquáticos, fazendo a pesca depender de ocorrências imprevisíveis e não comprováveis. É emblemática, a respeito, a expressão popular “o mar não está

pra peixe”. Com efeito, a atividade pesqueira é exercida em um ambiente extremamente complexo e sujeito a uma série de eventos internos e externos, nada garantindo que, no lugar ou no dia em que se pesque, seja a ação capaz de causar qualquer dano ao ambiente, especialmente quando se utilizar equipamento de reduzida ofensividade e sem relevante capacidade de pesca. Entretanto, os delitos acima referidos serão considerados consumados, mesmo que não haja captura do pescado (delitos de perigo abstrato e de mera conduta). Desse modo, não sendo o caso de crime impossível, por não se revestir o meio de ineficácia absoluta, eventual condenação do pescador, quando nenhum peixe for apanhado, não passará de injusta e desproporcional resposta penal do Estado, em razão de situações em que não existe lesão e pode inexistir perigo de lesão às espécies aquáticas. Isso porque, nessas hipóteses, a ação não se reveste de periculosidade suficiente, de um ponto de vista *ex ante*, que justifique a antecipação da tutela penal. Em situações como essas, o direito penal ambiental não atinge o escopo para o qual foi originalmente criado (proteção do ambiente de atentados graves), mas reage exageradamente em razão de mera bagatela, conferindo, tão-somente, proteção simbólica à ictiofauna.

Além do mais, utilizar, como fundamento da punição de condutas dessa natureza, a evitação da repetição de ações (pescarias) individuais, contrárias à norma administrativa, argumentando-se que poderiam levar a uma lesão globalmente significativa (delitos de acumulação), encontraria óbice nos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.<sup>58</sup> É certo que a punição de quem pesca em época proibida ou em lugar proibido, com instrumentos de reduzido potencial ofensivo, sem que haja a captura de peixes, tem o condão de desestimular eventual repetição de um número indeterminado de pescarias irregulares. Todavia, conquanto haja, em tese, a possibilidade de sucesso nesse desiderato, insiste-se que essa não é uma tarefa do direito penal, a quem não cabe punir a mera desobediência, mas do direito administrativo. E realizá-la por meio dos injustos penais de pesca viola os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, tornando-a inadmissível.

Conclui-se que o legislador deixou a desejar, quando definiu os delitos previstos no art. 34, caput, da Lei 9.605/1998, como de perigo abstrato, haja vista as ações, de um ponto de vista *ex ante*, não se revestirem, de forma geral, de periculosidade suficiente que legitime a escolha dessa estruturação típica. Por outro lado, exigir-se a comprovação da periculosidade da *ação concreta*, como elemento indispensável à conformação do injusto material não seria possível. Em primeiro lugar, porque essa prova, consideradas as peculiaridades do meio aquático, seria inviável na prática. Em segundo lugar, porque exigí-la sempre seria como transformar-se um delito de perigo abstrato em um delito de perigo abstrato-concreto, sem previsão legal. Isso seria aceitável apenas *de lege ferenda*, já que o tipo de injusto do art. 36, caput, da Lei 9.605/1998 não prevê tal exigência.

Diante disso, essas situações, bastante comuns no dia a dia, devem exigir, inevitavelmente, do julgador uma interpretação restritiva dos tipos penais em questão mediante a aplicação dos princípios penais da adequação social, da insignificância e da proporcionalidade, à luz da exclusiva proteção subsidiária dos bens jurídicos (lesividade). Não se ignora que podem resultar decisões antagônicas, dependendo do entendimento dos julgadores frente às situações concretas, ante a subjetividade ou fluidez resultante da aplicação desses princípios. Não obstante, considerando-se que o legislador adotou, indevidamente, a formulação dos delitos de perigo abstrato para coibir a pesca em local ou período proibido, é necessário corrigirem-se os excessos desse formalismo por meio da aplicação dos princípios informadores do direito penal, interpretando-se, restritivamente, o tipo penal aplicado. Reitere-se que isso ocorrerá, quando *não houver a captura de peixes, crustáceos ou moluscos* no local ou na época proibidos.<sup>59</sup>

Ressalte-se que não se trata de adotar qualquer critério de imputação objetiva com base na periculosidade da conduta ou na ausência de risco para o bem protegido, mas, sim, de se interpretarem, restritivamente, os tipos penais em questão, à luz dos princípios penais garantistas, a fim de se evitarem eventuais excessos punitivos em descompasso com as premissas básicas do Estado Democrático de Direito, em que o homem, ser digno e responsável, tem posição central e garantia de respeito como pessoa, e não como mero instrumento de políticas públicas, aqui, especificamente, de políticas públicas de pesca.

Em síntese, critica-se a criminalização do perigo abstrato, no que concerne à pesca em local ou período proibido, ou mesmo com instrumentos, métodos e técnicas não permitidos. Deve-se, diante desses casos, corrigirem-se os excessos no cotidiano forense, com a aplicação dos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da adequação social, da insignificância e da proporcionalidade, para evitar-se que o direito penal funcione como mero reforço da normativa administrativa. Será,

porém, justificável a adoção dessa técnica quando se estiver diante da pesca com substâncias tóxicas ou explosivas, conduta esta cuja periculosidade foi corretamente prevista, *ex ante*, pelo legislador, em razão do irrefutável potencial lesivo ao ambiente.

Alternativamente, *de lege ferenda*, propõem-se alterações nos tipos do art. 34, *caput*, e inc. II, segunda parte, para neles acrescentar a elementar “espécimes”. O art. 34, *caput*, ficaria com a seguinte redação: “pescar espécimes, em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”. O art. 34, parágrafo único, II, seria assim redigido: “pesca quantidades superiores às permitidas, ou pesca espécimes mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos”. Considerando que “espécime” é o exemplar individualizado, os delitos em apreço seriam transformados em *delitos de resultado* – e, conseqüentemente, em *delitos de dano* –, igualando-se à pesca de espécies que devam ser preservadas e à pesca de espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos.<sup>60</sup> Com isso, seriam solucionados os problemas gerados com a formulação dos tipos de perigo abstrato, sem redução da proteção penal conferida ao bem jurídico tutelado.

## 5. Tipo subjetivo

Enquanto o tipo objetivo é o conjunto dos caracteres objetivos ou materiais do tipo legal de delito (*face objetiva*), o tipo subjetivo é o conjunto dos caracteres subjetivos ou anímicos do tipo legal do delito (*face subjetiva*).<sup>61</sup> Na realidade, a distinção entre tipo *objetivo* e tipo *subjetivo* tem caráter meramente didático-pedagógico, já que não há nenhuma oposição entre o subjetivo e o objetivo, que formam parte de um contexto único,<sup>62</sup> encontrando-se, materialmente, fundidos em uma unidade sintética indissolúvel.<sup>63</sup> Mas, se para efeitos analíticos e pedagógicos, é necessário distinguir entre uma parte objetiva e uma subjetiva do tipo de injusto, “para efeitos de imputação é catastrófico separar o que o sujeito causa, ou o perigo que cria, do que o mesmo representa, em ambos os casos através da ação”.<sup>64</sup> Com efeito, o tipo objetivo não representa uma categoria valorativa de caráter autônomo, mas, pelo contrário, uma valoração só é possível a partir de *todos* os elementos do tipo, incluídos também os subjetivos.<sup>65</sup> Atribuir ao agente perigos juridicamente desaprovados – ainda que totalmente imprevisíveis do ponto de vista subjetivo – por meio de um tipo objetivo absolutamente desvinculado do tipo subjetivo representa um perigo inequívoco, “na medida que, se utilizado o tipo objetivo para atribuir a alguém algo que não está abarcado por sua vontade (por exemplo, um perigo juridicamente desaprovado constante só da esfera de conhecimento de outra pessoa – a comunidade social, uma pessoa inteligente, um espectador objetivo etc.), imputa-se a essa pessoa algo que não é obra *sua*”.<sup>66</sup>

A determinação do sentido social da ação exige que se confira importância à unidade de elementos objetivos e subjetivos que a encerram, destacando-se que não se pode determinar a relevância do tipo objetivo, sem levar em consideração o tipo subjetivo (que tem uma vertente cognitiva e outra volitiva),<sup>67</sup> sendo “imperioso que se parta do tipo subjetivo para saber qual o tipo objetivo efetivamente realizado, visto que este último não se trata de mera causação de um evento no mundo exterior, mas produto de uma ação finalista dirigida e controlada pelo sujeito”.<sup>68</sup> Pode-se dizer que a ação não é uma mera soma de elementos objetivos e subjetivos, mas, sim, direção do curso causal pela vontade do homem, de forma que o legislador não pode ignorar a estrutura finalista da ação humana nem o papel que nela desempenha a vontade.<sup>69</sup> Segundo Welzel, “a ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins”.<sup>70</sup>

O dolo vem sendo entendido pacificamente na doutrina como a consciência e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo.<sup>71</sup> É a “vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto”.<sup>72</sup> Como conceito jurídico, referido ao tipo objetivo e indicativo de que a direção da ação se orienta à realização do tipo, não se confunde com a *finalidade*, que é um conceito mais geral, fundamental, pré-jurídico, que define a qualidade da ação de ser um acontecimento dirigido. Não há dolo sem referência a um tipo determinado, já que é justamente a consciência e a vontade de concretizar os elementos objetivos descritivos *no tipo*. Por outro lado, há finalidade em toda ação, ainda que não seja típica. Finalidade indica possibilidade de controle, direção, condução da ação a determinado objetivo. Em havendo dolo, há, necessariamente, finalidade. Todavia, o contrário não é verdadeiro, posto que pode haver finalidade sem dolo. Ou seja, *finalidade* é a vontade de realização de *qualquer ação*, enquanto *dolo* é a finalidade ou vontade de

realização de um *tipo delitivo*.<sup>73</sup> Em suma, dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de realização do tipo objetivo de um delito, do que se depreende que também há ações não dolosas, a saber, ações nas quais a vontade de ação não está orientada à realização do tipo de um delito, como sucede na maioria das ações da vida cotidiana.<sup>74</sup>

O dolo, elemento subjetivo geral do injusto, é composto pelos aspectos intelectual e volitivo, na visão dualista predominante. O *intelectivo* corresponde à *consciência*, ao *conhecimento* da realização dos elementos objetivos do tipo, enquanto o *volitivo* corresponde à *vontade* de realização dos elementos objetivos do tipo. É a concepção adotada pelo Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro, ao definir o crime doloso como aquele em que o agente *quis* o resultado (art. 18, I) e, ao determinar a exclusão do dolo, no caso de erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal (art. 20, *caput*). Assim, o *querer*, que tem, como pressuposto prévio, o *saber* – conhecer a realização dos elementos objetivos do tipo – é elemento indispensável do dolo. O dolo no injusto implica no *conhecimento atual e correto* do âmbito situacional e a *vontade* de realizá-lo. A partir do conhecimento dos fatores ambientais, o sujeito se projeta, pessoalmente, no sentido expressado no tipo, em razão do que o dolo é o conhecimento e a vontade da realização típica; ou seja, “o sujeito conhece e conhecendo as circunstâncias do tipo legal, expressa sua vontade no sentido de realizar o processo comunicativo típico”.<sup>75</sup>

Os injustos penais de pesca são essencialmente dolosos, não se prevendo a forma culposa. E a precisa determinação do tipo subjetivo tem importância crucial, preponderante, para a atribuição de sentido social típico aos atos de pesca praticados pelo agente. Um resultado de pesca só pode ser atribuído ao sujeito como obra sua, se estiver abrangido por sua vontade.

Na pesca em período proibido, o agente deve *conhecer* a proibição incidente sobre a atividade e, mesmo assim, *querer* realizar a conduta. Em caso de, *v.g.*, desconhecer que já se iniciou o período de piracema ou de julgar que já terminou o período de defeso quando pescou, incidirá em erro de tipo, que exclui o dolo ( CP (LGL\1940\2), art. 20, I).

Na pesca em lugares proibidos, o agente deve conhecer essa condição do lugar em que está pescando e, ainda assim, realizar atos de pesca. Se desconhece que existe a proibição de pesca em determinado local, incide em erro de tipo, que exclui o dolo. Se, embora sabedor da proibição, estiver pescando no lugar proibido pela norma, mas acreditar pescar no limite permitido, também não responde pelo delito. Nesse caso, por exemplo, se o pescador conhece a proibição da pesca a menos de 1.500 metros de barragem de usina hidrelétrica e acredita estar pescando a 1.600 metros, quando, na realidade, está a 1.400 metros, incide o erro de tipo excludente do dolo.

Na pesca de espécies que devem ser preservadas, o agente deve *saber* que o espécime que está capturando figura entre aquelas espécies que não devem ser pescadas, por incidir norma de proteção, e deve *querer*, ainda assim, pescá-lo. Nessa espécie delitiva, o dolo tanto pode estar presente desde o início dos atos de pesca como manifestar-se somente após a captura (dolo subsequente ou dolo consecutivo). No primeiro caso, se alguém arma rede ou joga tarrafa em determinado ambiente aquático, em posição e profundidade calculadas precisamente, onde sabe que se localiza cardume de peixes de espécies preservadas ( *v.g.*, piracanjubas), pretendendo justamente capturá-los, age, desde o princípio, com vontade de concretizar o tipo objetivo do delito descrito no inc. I do art. 34 da Lei 9.605/1998. O mesmo se dá em relação ao pescador-mergulhador que, podendo ver que se trata de espécime de espécie em extinção, mesmo assim decide arpoá-lo.

Todavia, se um pescador está tentando pescar espécies cuja pesca está *permitida* ( *v.g.*, piaparas) e, durante a prática dos atos de pesca, acaba capturando, inadvertidamente, uma piracanjuba, cuja pesca está *proibida*, resolvendo, subsequente, apropriar-se do espécime, pratica o mesmo delito, porém com *dolus subsequens*. Não se trata de converter a pesca anteriormente permitida (das piaparas) em ilícito penal, mas de se punir novo fato doloso (pesca de espécime cuja espécie deve ser protegida). Frise-se que, nesse caso, o tipo subjetivo se completará a partir do momento em que o agente passar a controlar finalisticamente o processo causal, no sentido de se apropriar do espécime. Ademais, note-se que pesca não consiste somente na retirada do espécime da água, diante do elastério previsto no art. 36, *caput*, da Lei 9.605/1998, podendo a apropriação de espécime de peixe recém retirado da água também ser considerada ato de pesca, nas modalidades de apreender e capturar.

Por outro lado, se alguém pescar um espécime de espécie preservada, mas o devolver à água, após identificar sua condição, praticará fato atípico por inexistência de dolo, não havendo que se falar em

desistência voluntária, haja vista não ter sido iniciada a execução do crime. Somente haverá desistência voluntária, se, agindo, desde o início, com dolo, o agente resolver soltar o espécime, depois de capturá-lo.

A pesca de espécimes com tamanho inferior ao permitido enfrenta problemática semelhante. Com efeito, é extremamente comum que o pescador devolva à água o espécime capturado, após medi-lo, e verificar que não tem o comprimento mínimo. Antes da captura, aliás, tratando-se de meio aquático, na maior parte das vezes, é difícil saber se um espécime mede o comprimento exigido pela norma ou não. A menos que o pescador tenha essa possibilidade, como se dá na pesca subaquática, em que, antes de disparar o arpão, o mergulhador tem condição de verificar se o espécime tem comprimento permitido. Excetuados os casos limítrofes, se um espécime mede bem abaixo do mínimo, é difícil não percebê-lo, na pesca sob a água.

Enfim, tanto na pesca de espécies que devem ser preservadas como na pesca de espécimes com tamanho inferior ao permitido, várias situações se apresentam. Pode ser que o agente tenha vontade, desde o início, de capturar o espécime preservado ou com tamanho abaixo do permitido. Pode ser que o dolo tenha surgido apenas após a captura, tendo-se o agente recusado a devolvê-lo à água (dolo subsequente). Pode ser, também, que, em hipótese alguma, tenha querido pescar um espécime nessas condições, vindo, inclusive, a devolvê-lo à água, quando isso ocorrer (fato atípico, por inexistência de dolo). Ou pode ser que resolva devolvê-lo ao meio aquático ainda vivo, por ter-se arrependido, não obstante tivesse a vontade inicial de praticar a pesca proibida (desistência voluntária).

É importante, para a solução dessas questões, que se tenha em mente que a ação é uma unidade final-causal de sentido. A determinação do sentido social típico dos atos de pesca exige que se dê importância decisiva à unidade de elementos objetivos e subjetivos que definem o tipo. O pescador deve ter conhecimento dos elementos típicos objetivos, normativos e descritivos, quando desenvolve a pesca, e ter vontade de realizá-los. A verificação isolada do aspecto objetivo é insuficiente para identificar a prática do delito, assim como o é a verificação isolada do aspecto subjetivo.

A modalidade de pesca denominada “pesque e solte” (*catch and release*), por exemplo, de natureza esportiva, utiliza a técnica de se devolver os espécimes capturados à natureza. Trata-se de pesca recreacional praticada com técnicas de preservação. O equipamento é preparado adrede, amassando-se, por exemplo, a fisga (ou farpa) do anzol, de forma que não sejam lesados, irremediavelmente, os animais capturados. Normalmente se registra o momento da pesca por meio de filmagem e fotografia. Na seqüência, os espécimes são desenvolvidos, vivos, à água. É modalidade de pesca importante, porque fomenta a pesca turística e esportiva geradora de renda, ao tempo em que, tomados os cuidados necessários, se preservam as espécies. Não será dolosa a conduta daquele que, embora capture espécime com tamanho inferior ao permitido ou espécie sujeita à norma especial de preservação, o faça com finalidade esportiva, devolvendo os espécimes capturados ao ambiente aquático (“pesque e solte”).

Além disso, nos delitos de pesca muitas vezes não se pode determinar nem mesmo qual o tipo objetivo, sem se avaliar, em primeiro lugar, o tipo subjetivo em seus componentes cognitivo e volitivo. Não se partindo do tipo subjetivo, é até possível que não se saiba qual o tipo objetivo efetivamente realizado. No plano jurídico-penal, a pesca, como elemento do tipo objetivo, não pode ser tomada como mera causação de um evento no mundo exterior, mas somente como produto de uma ação dirigida e controlada pelo pescador. *Externamente*, quando se verifica que alguém pesca espécime com tamanho abaixo do permitido ou espécime cuja pesca está proibida em razão da preservação da espécie, o *delito está perfeito*. No entanto, pode não passar de mero processo causal, que não pode ser atribuído ao pescador como produto de sua vontade.

Não obstante um determinado resultado possa ser o produto de várias causas no plano causal, é possível realizar-se uma limitação dessa relação causal no âmbito do *tipo penal*, que seleciona os fragmentos relevantes da realidade.<sup>76</sup> Essa seleção é feita pelo tipo subjetivo e não pelo tipo objetivo.<sup>77</sup> Dessa forma, a relação de causalidade só pode ser penalmente relevante, quando tenha sido compreendida pelo dolo do agente; caso contrário, não será penalmente relevante, embora possa ser indiscutivelmente constatada no mundo da realidade.<sup>78</sup> Nos delitos de pesca, a captura do pescado é conseqüência de uma série de vínculos representados por causas anteriores ( *v.g.*, aquisição do equipamento, ida ao ambiente aquático, deslocamento por barco até o local da pesca, preparação do instrumento, lançamento da isca na água, ataque do espécime à isca, retirada do



exemplar da água etc.). Será mediante o juízo de valoração exercido pelo tipo subjetivo sobre o processo causal geral, que serão separados aqueles elos formadores da causalidade integrante do tipo objetivo dos delitos de pesca.

Como preconiza Welzel, “o acontecer externo só é o fato de uma vontade finalista quando tal como se desenvolveu foi configurado pela vontade consciente do fim, quer dizer, quando estava submetido ao controle da vontade. Por isso que o resultado típico não se deve considerar provocado dolosamente, se foi produzido unicamente como conseqüência do encadeamento de circunstâncias inesperadas, ou seja, como conseqüência casual da vontade de ação, mas apenas se sua produção concreta foi disposta pela vontade finalista”.<sup>79</sup>

Por outro lado, nos delitos de pesca muitas vezes há componentes naturais causais que não se submetem ao controle da vontade do pescador, ainda que o mesmo queira. Numa pesca com vara e carretilha, utilizando-se isca universal, não raro a captura desta ou daquela espécie é meramente casual. Não há possibilidade de o pescador escolher. Nesse caso, é importante avaliar-se a *vontade subsequente* à captura do espécime, verificando-se se se passa a dirigir finalisticamente o processo causal, quando isso já é possível, no sentido de efetivar a apreensão do pescado ( v.g., não o soltando, matando-o, colocando-o no samburá ou em isopor com gelo).

Na pesca de quantidades superiores às permitidas, o tipo subjetivo também pode estar completo desde o início ou não. Quando se inicia a pesca, o pescador pode, já, ter como objetivo pescar tantos espécimes quantos consiga; também é possível que queira respeitar a cota imposta. Além do mais, é comum que, quando a quantidade diz respeito a número máximo de espécimes capturados, v.g., o pescador os ajunte no samburá ou em equipamento adequado, mantendo-os vivos para que possa escolher, ao final da pescaria, quais pretende levar para si. Desde que não haja prejuízo à vida dos peixes e o pescador observe a cota permitida, não haverá delito por ausência de dolo, se, ao final da pescaria, o excedente é liberado ao ambiente aquático.

Na pesca mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos ( Lei 9.605/1998, art. 34, parágrafo único, II), o pescador deve saber que se trata de equipamento proibido e, mesmo assim, querer utilizá-lo. O erro sobre a condição do mesmo implica na exclusão do dolo por erro de tipo.

Quando o agente transportar, comercializar, beneficiar ou industrializar espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas ( Lei 9.605/1998, art. 34, III), deverá ter conhecimento das condições em que foi capturado o pescado e de que se trata de pesca proibida. Desconhece-se a situação anterior, incidirá em erro de tipo, que excluirá o dolo. Só se tipifica o delito, quando o agente tem certeza de que o pescado provém de crime de pesca. E quando o agente tiver ciência posterior da origem criminosa do pescado? Na modalidade de *transportar*, o elemento subjetivo deve estar contido na conduta típica, e o conhecimento posterior da origem criminosa não pode ser trasladado para o momento dela. Dessa forma, se o agente obtém o pescado de boa-fé e só depois toma conhecimento de sua origem criminosa, somente responde pelo delito, caso pratique nova conduta típica, v.g., comercializando-o. Ocorre o ilícito apenas quando, após ter recebido ou transportado o pescado e só aí descoberto que provém da pesca proibida, o agente desenvolve nova conduta, comercializando-o, beneficiando-o ou industrializando-o, mesmo ciente da origem criminosa.

Por fim, na pesca mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante ( Lei 9.605/1998, art. 35, I) e, na pesca mediante a utilização de substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente ( Lei 9.605/1998, art. 35, II), o agente deverá ter consciência do potencial destrutivo do meio utilizado e, mesmo assim, vontade de utilizá-lo. Além disso, deverá ter a vontade de empregar explosivos ou substâncias tóxicas para *pescar*. Assim, se alguém legalmente autorizado empregar explosivos para a construção de obra em margem de rio, e de forma imprudente provocar a morte de peixes no local, apropriando-se dos mesmos posteriormente, não haverá delito de pesca.<sup>80</sup> Da mesma forma, aquele que aplica agrotóxicos, em local próximo a mangue, com o fim de matar caranguejos terrestres que atacam sua plantação, não responderá por delito de pesca, mas por delito de poluição.

Por último, é necessário lembrar-se que, enquanto a parte objetiva do tipo dos injustos penais de pesca é, de modo geral, mais fácil de demonstrar, a parte subjetiva encontra dificuldades probatórias, devendo, muitas vezes, ser deduzida do conjunto da ação executada pelo pescador na realidade fenomênica. Desse modo, aquele pescador profissional que utiliza rede com malhas de tamanho inferior ao permitido não convence, ao argumentar que não pretendia capturar espécime

com tamanho inferior ao permitido. Igualmente, não merece crédito aquele agente que captura o espécime que deve ser preservado, mas não o devolve à água, deixando-o em seu barco, até morrer, quando é surpreendido pela polícia ambiental. Por sua vez, aquele que comercializa espécimes com o corpo malhado por rede cuja utilização está proibida em certo período falta com a verdade, ao alegar que não sabia da proveniência ilícita do pescado. Também não merece qualquer credibilidade aquele que alega estar realizando a pesca *catch and release* com uma *tarrafa*, quando é surpreendido pelos agentes de polícia. Enfim, embora a prova do elemento subjetivo encontre certa dificuldade, as peculiaridades ligadas à pesca são fontes de indícios que auxiliam o julgador nos casos concretos.

## 6. Etapas da realização do delito

Os tipos objetivos da espécie delitiva em estudo têm, como elemento normativo básico, o *ato de pesca*, cuja definição é extraída da própria Lei 9.605/1998, que o considera como “todo ato *tendente* a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios” (art. 36, *caput*). Em resumo, o delito de pesca é consubstanciado pelo *ato de pesca* em local ou época proibidos, de espécimes que devem ser preservadas ou com tamanhos inferiores aos permitidos, de quantidades superiores às permitidas, com instrumentos não permitidos etc.

A verificação da presença da maioria dos elementos objetivos dos tipos de injustos penais de pesca não oferece grande dificuldade, para se aferir o momento consumativo do delito. Se uma espécie é preservada, se os espécimes capturados têm o tamanho mínimo, se o local ou a época são proibidos, se a quantidade capturada ultrapassou o limite permitido etc., são questões determináveis com relativa facilidade, que não interferem decisivamente nessa tarefa.

O grande desafio, em matéria de consumação e tentativa dos delitos de pesca reside justamente na definição do que é o *ato de pesca*. Ou melhor, em enfrentar as conseqüências dogmáticas que exsurgem do conceito legalmente adotado. A Lei 9.605/1998 indica que pesca é *todo ato tendente* a realizar uma das atividades mencionadas (retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar). E *tendente* é a qualidade de ato que se direciona, que se inclina para a captura do pescado, notando-se que o legislador não pretendeu que o ato de pesca consistisse na *efetiva captura* do espécime como momento consumativo do ilícito penal.

As dificuldades advindas com a conceituação jurídico-penal da pesca são inerentes à complexidade e à casuística que envolvem essa atividade na realidade fenomênica. Conceituá-la chega a ser paradoxal, pois, enquanto auxilia o intérprete, ao, por exemplo, delimitar quais espécies da fauna aquática podem ser pescadas para efeitos jurídico-penais, provoca questionamentos importantes, no que diz respeito à definição das etapas da realização do delito, mormente no que tange ao *momento consumativo* e ao *início de execução*. Não se deve, entretanto, ignorar o conceito legal, mas interpretá-lo de forma condizente com a principiologia penal, de forma que possa ser aplicado com a segurança jurídica que a seara penal impõe.

Relativamente ao *momento consumativo*, a doutrina, não obstante a redação legal, enuncia que os delitos de pesca são *de resultado* e se consumam com a efetiva captura do pescado,<sup>81</sup> admitindo, nessa linha, a tentativa.<sup>82</sup> Há, inclusive, quem classifique os delitos de pesca indistinta e *simultaneamente* em *materiais* (por exigir resultado naturalístico consistente na efetiva apreensão do pescado) e de *perigo abstrato* (por independer da prova da probabilidade de efetiva lesão ao meio ambiente).<sup>83</sup> Noutro sentido, defende-se que o art. 36 da Lei 9.605/1998 foi elaborado com a única finalidade de ampliar o conceito de pesca, para que sejam tutelados não somente os peixes, mas também os crustáceos, os moluscos e os vegetais hidróbios, não se pretendendo interferir no início de execução do crime de pesca por meio do adjetivo “tendente”.<sup>84</sup>

Por sua vez, a jurisprudência pátria hodierna caminha, no sentido de que, na pesca em período proibido, em lugar interdito pelo órgão competente ou com instrumentos proibidos, o delito se consuma com a simples realização da conduta, à luz do art. 36 da Lei 9.605/1998, sendo desnecessária a efetiva captura do pescado.<sup>85</sup>

É importante salientar-se que, conquanto seja definida a pesca como *ato tendente* à captura, para saber se um delito de pesca é de resultado ou de mera atividade, faz-se necessário investigar o respectivo tipo e seus componentes específicos. A definição da pesca, como ato tendente a retirar,

extrair, coletar etc., não basta para concluir-se, desde logo, generalizando, que todos os delitos de pesca são de mera conduta. E muito menos autoriza entendê-los como sendo delitos de resultado. A aferição do momento de consumação de cada um dos delitos de pesca impõe, necessariamente, que se analise cada um dos tipos respectivos, ressaltando-se que a generalização pode levar a conclusões falsas.

Os tipos dos injustos penais definidos no art. 34, *caput*, “pescar em período no qual a pesca seja proibida”<sup>86</sup> e “pescar em lugares interditados por órgão competente”<sup>87</sup> são delitos de mera conduta e *não exigem a captura do pescado*, consumando-se com a simples prática de *ato tendente a capturar*, como, *v.g.*, o lançamento de uma tarrafa à água, em época de piracema, ou a menos de 1.500 metros de uma barragem de hidrelétrica.<sup>88</sup> Outrossim, os tipos consistentes em “pescar mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos” (art. 34, parágrafo único, II);<sup>89</sup> “pescar mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante” (art. 35, I) e “pescar mediante a utilização de substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente” (art. 35, II), também não exigem a efetiva captura do pescado. Mais precisamente, pescar em período proibido, pescar em lugares interditados pelo órgão competente, pescar com instrumentos e métodos não permitidos e pescar com explosivos ou substâncias tóxicas são *delitos de perigo abstrato*, pois os respectivos tipos de injusto são gizados, de forma a não exigirem a comprovação do perigo ao bem protegido nem a periculosidade concreta dessas modalidades de atos de pesca. Segundo tal formulação típica, basta que se comprove, simplesmente, a realização da conduta, para que se considerem os delitos consumados. Basta a realização da atividade da pesca, com o que se antecipa a proteção penal para momento anterior ao efetivo acesso aos peixes, crustáceos e moluscos.

Já os tipos penais consistentes em “pescar espécies que devam ser preservadas” (art. 34, parágrafo único, I), “pescar espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos” (art. 34, parágrafo único, I) e “pescar quantidades superiores às permitidas” (art. 34, parágrafo único, II) *exigem a efetiva captura do pescado*, sendo, portanto, de *resultado*. Com efeito, só será possível pescar-se um espécime com tamanho inferior ao permitido, por exemplo, se determinado indivíduo de uma população for efetivamente capturado. Da mesma forma, só será possível pescar-se quantidade superior à permitida, se houver a efetiva captura de pescado. Se esta não ocorrer, será impossível extrapolar-se o limite imposto. O mesmo se diz quanto às espécies que devem ser preservadas. Sem retirar determinado espécime da água, nem há como se saber se o mesmo está entre as espécies que devem ser preservadas ou não. O momento consumativo desses delitos exige, então, a efetiva captura do pescado.

Por sua vez, o delito consistente em “transportar, comercializar, beneficiar ou industrializar espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas” (art. 34, parágrafo único, III) exige que a captura do pescado tenha ocorrido anteriormente e de forma proibida pela norma penal. O delito se aperfeiçoa com a produção de resultado natural (transporte, comercialização, beneficiamento ou industrialização), sobre o produto da pesca (peixes, crustáceos e moluscos capturados). Trata-se, porquanto, de delito de resultado.

Em resumo, o momento consumativo dos delitos de pesca depende dos respectivos tipos penais de injusto, havendo aqueles que se consomem com a efetiva captura do pescado e aqueles cuja consumação depende, exclusivamente, da prática de *atos tendentes a capturarem* os espécimes. Ou seja, constata-se que, embora se tenha definido a pesca como *ato tendente*, se optou tanto pela tipificação de delitos de resultado como pela de mera conduta. Além disso, destaca-se a formulação de crimes de perigo abstrato. Basta que se pesque em período proibido, em lugares interditados, mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; ou, ainda, mediante a utilização de explosivos, substâncias tóxicas ou substâncias semelhantes, para que se tenha a antecipação da tutela penal, ainda que não se verifique a ocorrência de dano ou de perigo concreto ao bem jurídico protegido.

Outra questão controversa envolvendo os delitos de pesca diz respeito ao início de execução. O problema central, nesta fase de exteriorização da vontade do agente, é decidir que critérios podem separar, substancialmente, os atos de execução dos atos preparatórios.

As dificuldades relativas à identificação da fase do *iter criminis* nos delitos de pesca, se preparatória ou executiva, começam pela imprecisão dos limites do verbo com que se descreve a ação típica. Com efeito, o que compreenderia um *ato tendente* a retirar, extrair, coletar etc.? Mesmo com a

aplicação da teoria objetivo-formal, cuja tendência é restringir o âmbito da tentativa, há que se interpretar, cuidadosamente, o que significa essa *tendência, inclinação, propensão, disposição* a alcançar um dos objetivos descritivos na norma, sob pena de se chegar a um elastério inadmissível no direito penal ( *regressus ad infinitum*).

Quadra observar que o recente Dec. 6.514, de 22.07.2008, não obstante tenha reproduzido o conceito de pesca do art. 36 da Lei 9.605/1998 (art. 42, *caput*), dispôs, além disso, que se entende “por ato tendente à pesca aquele em que o infrator esteja munido, equipado ou armado com petrechos de pesca, na área de pesca ou dirigindo-se a ela” (art. 42, parágrafo único). Ou seja, o decreto regulamentar conferiu interpretação própria ao significado de “ato tendente”. Com isso, definiu que basta o infrator munir-se, equipar-se ou armar-se dos petrechos apropriados e dirigir-se, com eles, à área de pesca, que já estará praticando ato tendente a extrair, retirar, coletar, apanhar etc. Ao inovar, todavia, o Dec. 6.514/2008 extrapolou sua competência regulamentar. Operando *praeter legem*, subsumiu-se, nesse aspecto, na ilegalidade. Além do mais, atribuiu conseqüências jurídicas a comportamentos que, por si sós, não constituem perigo de ataque ao bem jurídico protegido.

Entende-se que a qualidade de *tendente* deve revelar *aptidão real e efetiva, para ocasionar a captura do pescado a qualquer momento*. Portanto, aquele que prepara o equipamento (molinete, vara, linha, anzol, chumbo e isca) à margem do rio não executa ato de pesca, pois, com a preparação, por si só, é impossível haver a captura. Somente quando o anzol iscado for arremessado à água e o peixe puder atacar a isca e ser fígado, é que se pode falar em *ato tendente a capturar* e, portanto, em ato de pesca.<sup>90</sup> Da mesma forma, o simples transporte de tarrafas ou de redes no porta-malas de um veículo pelo pescador que se dirige ao rio não é considerado *ato tendente* a capturar, mas simples ato preparatório dessa atividade. Também não é ato de pesca o simples transporte de rede de arrasto na embarcação do pescador que se dirige, já na água, ao lugar escolhido para a pesca, cuidando-se de ato preparatório. Apenas quando a tarrafa é lançada à água ou a rede é armada ou lançada no ambiente aquático é que se concretizam atos de pesca. Devem-se afastar, pois, quaisquer exageros antecipatórios do início de execução dessa atividade. Nesse sentido, parece óbvio que a arrumação do anzol na linha, à beira do rio, quando muito é mero *ato preparatório* do delito de pesca,<sup>91</sup> já que não representa qualquer *perigo de ataque para o bem jurídico* a isca em terra firme.

## 7. Conclusões

1. A Lei 9.605/1998 define a pesca como “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 as espécies ameaçadas de extinção, constantes das listas oficiais da fauna e da flora” (art. 36, *caput*). Assim, a pesca é considerada como ato direcionado a essas finalidades, atividade que se caracteriza pela *tendência*, pela tentativa de alcançar as espécies descritas, mas que delas não necessita para concretizar-se no mundo fenomênico, segundo o critério legal adotado.

2. O novo conceito jurídico-penal de pesca delineado no art. 36, *caput*, da Lei 9.605/1998 estabelece que somente os animais que integram os táxons dos peixes, dos crustáceos e dos moluscos podem ser *pescados* para os efeitos legais, excluindo-se os mamíferos (cetáceos, sirênios e pinípedes), os anfíbios e os répteis, que são, então, nos termos legais, *caçados*. Em relação aos *vegetais hidróbios*, para maior precisão sistemática, lingüística e científica, sugere-se, *de lege ferenda*, que sua situação seja tratada, penalmente, pelo legislador entre os delitos contra a flora, suprimindo-se do conceito jurídico de pesca a expressão “e vegetais hidróbios”. Com referência à ressalva relativa às espécies ameaçadas de extinção, a melhor interpretação é no sentido de que a mesma constitui diretriz dirigida à Administração Pública para que não autorize a captura de pescado nessa condição, um alerta direto no sentido da preservação de espécies. *De lege ferenda*, a supressão dessa expressão do texto da lei é recomendável, tanto pela falta de clareza quanto por ser absolutamente desnecessária, evitando-se interpretações equivocadas.

3. O termo *ictio*, advindo do grego *ichthys*, tem o significado de *peixe*, enquanto *fauna* se refere ao conjunto de animais próprios de determinada região ou período geológico. Diz-se, pois, que *ictiofauna*, que é *fauna de peixes*, é o conjunto de peixes de determinado ambiente aquático, região ou período geológico. *Carcino*, do grego *karkinos*, quer dizer crustáceo. *Carcinofauna* é *fauna de crustáceos*. O termo molusco tem origem no latim *mollis* – mole. *Malaco*, do grego *malakós*, tem o

significado de *corpo mole*. Moluscos são animais de corpo mole. Malacofauna, portanto, significa *fauna de moluscos*.

4. O bem jurídico categorial protegido nos delitos de pesca é o *ambiente*. O bem jurídico específico próprio dos tipos em questão é composto pela ictiofauna, pela malacofauna e pela carcinofauna. Os espécimes de peixes, de crustáceos ou de moluscos capturados constituem o *objeto da ação*.

5. A técnica de utilização de normas penais em branco é particularmente importante nos delitos de pesca, considerando que os tipos de injusto dessa espécie delitiva dependem de complementação, na forma do que se denomina *acessoriedade administrativa*. Nessa matéria, imersa em realidade natural e socioeconômica extremamente complexa, marcada pela dinamicidade, pela casuística e pelo condicionamento a fatores instáveis no tempo e no espaço, seria inviável uma regulação penal independente, sem a necessária agilidade proporcionada pelos complementos técnicos extrapenais.

6. No sistema da acessoriedade relativa, é possível a elaboração da norma integradora com a garantia das exigências de segurança e certeza jurídicas, próprias da tipificação das leis penais (princípio da legalidade). Os elementos essenciais da matéria de proibição, contudo, devem constar do tipo de injusto penal, que deve conter o núcleo essencial da ação proibida (ou ordenada) e também delimitar inteiramente o bem jurídico protegido, recorrendo-se à esfera extrapenal somente para a complementação técnica cuja fixação for inviável pelo legislador penal.

7. Se a norma complementadora ingressa na esfera penal, tanto na estrutura lógica da norma jurídico-penal como na proposição imperativa subjacente (proibição), pretendendo ordenar condutas humanas mediante a ameaça de sanção penal, só será admissível, se respeitar os princípios penais fundamentais. Caso contrário, seria colocado em risco o núcleo essencial da matéria penal, ao arrepio da estrutura principiológica que serve de alicerce ao conceito de delito.

8. Conclui-se que é viável, necessária e constitucional a utilização da norma penal em branco nos delitos de pesca. Porém, com o fim de superar a tensão característica que ocorre entre a esfera penal e administrativa, devem ser observadas as seguintes regras: 1.<sup>a</sup> a norma administrativa, para ser válida como complemento da norma penal, deve respeitar os princípios penais fundamentais; 2.<sup>a</sup> deve haver uma relação de coerência entre os fins objetivados pela norma penal e pela norma extrapenal, que necessariamente têm que convergir, concorrer para um mesmo ponto, confluir para a proteção do bem jurídico ambiente; 3.<sup>a</sup> devem ser respeitadas as regras legais de competência para a edição das normas de pesca.

9. Os delitos de pesca, espécies de delitos contra a fauna aquática, são classificados como delitos comuns. Os respectivos tipos injustos penais não exigem qualquer qualidade em relação ao sujeito ativo. Podem, assim, ser praticados por qualquer pessoa, admitindo-se a co-delinquência (co-autoria ou participação). A pessoa jurídica, embora colocada nessa condição pela Lei 9.605/1998, não pode ser sujeito ativo de crime, por faltar-lhe *capacidade de ação*, *capacidade de culpabilidade* e *capacidade de pena*.

10. Nos delitos de pesca, o sujeito passivo é a *coletividade*, como titular do ambiente ecologicamente equilibrado (CF (LGL\1988\3), art. 225, *caput*). O ambiente (bem jurídico categorial) e a ictiofauna, a carcinofauna e a malacofauna (bens jurídicos específicos dos injustos penais de pesca), titularizados pela coletividade, constituem objeto de proteção da norma penal ambiental, não se confundindo com o sujeito passivo.

11. Para se saber se um delito de pesca é de resultado ou de mera conduta, faz-se necessário investigar o respectivo tipo e seus componentes específicos. A definição da pesca como ato tendente não autoriza a concluir-se, automaticamente, que todos os delitos de pesca são de mera conduta. E muito menos autoriza a entendê-los como delitos de resultado. Entre eles, há delitos de resultado e delitos de mera conduta. Nos delitos de pesca, verifica-se que os tipos legais exigem ou não, conforme o caso, a realização de um resultado naturalístico (captura do pescado) produzido sobre o objeto da ação (peixes, crustáceos e moluscos). Havendo a exigência de que a captura do pescado integre o injusto penal de pesca, o delito será tanto de *resultado* como de *dano* ao bem jurídico especificamente protegido (ictiofauna, carcinofauna e malacofauna). Não havendo, será de mera conduta e de perigo abstrato. A aferição do momento de consumação dos delitos de pesca impõe, necessariamente, que se analise cada uma das figuras delitivas, ressaltando-se que a generalização pode levar a conclusões falsas.

12. Consoante o conceito jurídico-penal de pesca adotado pela Lei 9.605/1998, pescar em período proibido, pescar em lugares interditados pelo órgão competente, pescar com instrumentos e métodos não permitidos e pescar com explosivos ou substâncias tóxicas são condutas definidas como delitos de perigo abstrato. Esses tipos de injusto penal são estruturados sem a exigência de comprovação do perigo ao bem protegido e da periculosidade concreta da ação de pescar nessas formas e condições. Segundo tal construção típica, para se considerarem os delitos consumados, basta que se comprove, simplesmente, a realização da conduta.

13. O legislador deixou a desejar quando definiu, como de perigo abstrato, os delitos de pescar em época proibida, em lugar interditado ou com instrumentos não permitidos, haja vista as ações, de um ponto de vista *ex ante*, não se revestirem de periculosidade suficiente que legitime a escolha dessa estruturação típica. Assim, atualmente há situações que exigirão do julgador a aplicação dos princípios penais da adequação social, da insignificância e da proporcionalidade, à luz da exclusiva proteção subsidiária dos bens jurídicos (lesividade), corrigindo-se os excessos desse formalismo, com uma interpretação restritiva dos tipos penais mencionados. Por isso, *de lege ferenda*, propõem-se alterações no art. 34 da Lei 9.605/1998, no *caput* e no parágrafo único, II, segunda parte, para acrescentar a elementar “espécimes”, transformando-os em delitos de resultado e de dano. Desta forma, seriam solucionados os problemas gerados pela formulação dos tipos de mera conduta e de perigo abstrato, sem redução da proteção penal conferida ao bem jurídico tutelado.

14. Já em relação à pesca com explosivos ou substâncias tóxicas, a utilização desses meios, por si só, produz danos tão catastróficos nos ecossistemas aquáticos, que se deve antecipar a proteção penal, para punir a ação, extremamente perigosa, em seu nascedouro, ainda que não haja a captura de qualquer pescado. Incorreto seria exigir-se a captura do pescado para a consumação do delito. Aqui, revela-se acertada a adoção da fórmula do perigo abstrato, com presunção, *ex vi legis*, da periculosidade da conduta, antecipando-se a proteção penal à ictiofauna com lastro na forte probabilidade de dano inerente a essa espécie de ação.

15. Os injustos penais de pesca são essencialmente dolosos, não se prevendo a forma culposa. A precisa determinação do tipo subjetivo tem importância crucial, preponderante, para a atribuição de sentido social típico aos atos de pesca praticados pelo agente. Um resultado de pesca só pode ser atribuído ao sujeito como obra sua se estiver abrangido por sua vontade. Essa determinação do sentido social típico dos atos de pesca exige que se dê importância decisiva à unidade de elementos objetivos e subjetivos que definem o tipo. O pescador deve ter conhecimento dos elementos típicos objetivos, normativos e descritivos, quando desenvolve a pesca, e ter vontade de realizá-los. A verificação isolada do aspecto objetivo é insuficiente para identificar a prática do delito, assim como o é a verificação do aspecto subjetivo. No plano jurídico-penal, a pesca, como elemento do tipo objetivo, não pode ser tomada como mera causação de um evento no mundo exterior, mas somente como produto de uma ação dirigida e controlada pelo pescador, ou seja, como unidade final-causal de sentido.

16. Com respeito ao início de execução, conclui-se que a qualidade de *tendente* deve revelar *aptidão real e efetiva, para ocasionar a captura do pescado*, a qualquer momento. Aquele que apronta o equipamento à margem do rio não executa ato de pesca, porquanto, a simples preparação para tal, por si só, é incapaz de gerar a captura. Assim entendido, considera-se mero ato preparatório aquele que não representa qualquer perigo de ataque para o bem jurídico. Além disso, a verificação isolada do aspecto objetivo é insuficiente para identificar o início de execução do delito. O pescador deve ter conhecimento dos elementos típicos objetivos, normativos e descritivos, quando desenvolve a pesca, e ter vontade de realizá-los, sem o que não ingressa na fase executória do delito.

---

1 Cf.: Prado, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 111-112 e p. 128-129.

2 Como faz Waldir Sznick, ao comentar, respectivamente, os incs. II e III do art. 34 da Lei 9.605/1998 (Sznick, Waldir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001. p. 315).

3 Na lição de Heleno Cláudio Fragoso, o conceito de objeto material da ação é distinto do de *corpo*.  
Página 22

*de delito*, embora possam coincidir. A conceituação do corpo de delito pertence ao direito processual, significando “o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso”. O corpo de delito é constituído por todos os elementos materiais da conduta incriminada, inclusive meios ou instrumentos de que se sirva o criminoso” (Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 15 ed. Rio: Forense, 1995. p. 268). Assim, podem constituir o *corpo de delito* nos crimes de pesca, além do pescado (peixes, crustáceos e moluscos), as redes, tarrafas, varas de pescar, embarcações, fisgas etc.

4 Como as baleias, os golfinhos e as toninhas.

5 Como as vacas-marinhas e peixes-bois.

6 Os pinípedes são mamíferos adaptados à vida aquática e terrestre, incluindo leões marinhos, lobos marinhos, focas e morsas.

7 Nesse sentido: Silva, Luciana Caetano. Reflexões sobre a tutela criminal da fauna aquática na Lei 9.605/98. RT 807/463, São Paulo: Ed. RT, jan. 2003.

8 Ensina a doutrina especializada que “mamíferos são vertebrados endotérmicos e homeotérmicos cujos corpos são isolados por pelos e cujos filhotes são alimentados pelo leite materno (...). O nome ‘mamífero’ deriva dos órgãos glandulares secretores de leite presentes nas fêmeas (e rudimentares entre os machos). Esta adaptação única, combinada ao cuidado parental prolongado, protege os jovens da necessidade de encontrar alimento sozinhos, facilitando a transição para a idade adulta” (Hickman Jr., Cleveland et al. *Princípios integrados de zoologia*. Trad. Antonio Carlos Marques et al. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. p. 604).

9 Hickman Jr., Cleveland et al. Op. cit., p. 603-604; Pinedo, Maria Cristina; Rosas, Fernando C. Weber; Marmontel, Miriam. *Cetáceos e pinípedes do Brasil: uma identificação dos registros e guia para identificação das espécies*. Manaus: Unep/FUA, 1992. p. 8 e ss.

10 Hickman Jr., Cleveland et al. Op. cit., p. 603.

11 Afirma-se, imprecisamente, que “dentre os cetáceos, podem ser identificados os botos, as baleias, os golfinhos, os peixes-bois, dentre outros” (Costa Neto, Nicolao Dino de Castro et al. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 199).

12 Pinedo, Maria Cristina; Rosas, Fernando C. Weber; Marmontel, Miriam. Op. cit., p. 4.

13 Orr, Robert T. *Biologia dos vertebrados*. 5. ed. Trad. Dirceu Eney, Maria Cristina de Oliveira Viana e Maria Eugênia de Oliveira Viana. São Paulo: Roca, 1986. p. 73.

14 Nesse sentido: Prado, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* cit., p. 261-264.

15 Freitas, Wladimir Passos de; Freitas, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza* (de acordo com a Lei 9.605/98). 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 46.

16 Entendendo que figuram *diretamente* como sujeitos passivos dos delitos dos arts. 34 e 35 da Lei 9.605/98 a União e os Estados federados, e *indiretamente* a coletividade, vide Luís Paulo Sirvinskas ( *Tutela penal do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 135-137).

17 Nesse sentido: Silva, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 54; Costa Neto, Nicolao Dino de Castro et al. Op. cit., p. 225.

18 Silva, Luciana Caetano. *Fauna terrestre...* cit., p. 121.

19 Silva, Luciana Caetano da. Reflexões... cit., p. 459.

20 Objetivando conciliar a primeira com a segunda parte da norma, Guilherme de Souza Nucci afirma que houve a ressalva, tendo em vista que as espécies ameaçadas de extinção não podem ser retiradas da água, porque isso constituiria crime, percebendo o cuidado de se definir a pesca

*permitida*, do contrário não terá sentido o mencionado na parte final, segundo esse autor (Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 525).

21 Cf.: Houaiss, Antonio; Salles, Mauro de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. reimp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 2.693.

22 Para simplificar, será utilizado o termo “captura” somente, devendo-se considerá-lo abrangente das outras formas (retirada, coleta, extração, apanha).

23 A Lei 7.653/88 ainda incluiu, no art. 27 da Lei 5.197/67, o § 2.º, determinando que incorreria na pena prevista no *caput* do mesmo artigo quem provocasse, pelo uso direto ou indireto de agrotóxicos ou de qualquer outra substância química, “o perecimento de espécimes da fauna ictiológica existente em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou mar territorial brasileiro”.

24 O fenômeno popularmente conhecido como *piracema* consiste no movimento migratório de peixes para a realização do processo reprodutivo. A palavra *piracema*, essencialmente brasileira, é originária da língua Tupi, significando a *saída dos peixes para a desova*. Etimologicamente, nessa língua, “pira” equivale a “peixe” e “sema”, a “saída”. Quando se inicia a estação favorável à reprodução, as condições ambientais características (dias mais quentes, maiores índices pluviométricos e maior oxigenação da água) induzem à maturação gonadal e os peixes dispersos em rios, lagos, lagoas e baías formam imensos cardumes, dirigindo-se para a calha dos rios e deslocando-se por centenas de quilômetros, até o ponto de desova. A fecundação dos peixes migradores é externa e a elevada concentração de machos e fêmeas no cardume aumenta as chances de fertilização no ambiente aquático (Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). *Defeso da piracema*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: [http://www.ibama.gov.br/pndpa]. Acesso em: 22.10.2007).

25 Cerezo Mir, José. La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica. In: Cerezo Mir, José (Coord.). *Obras completas. Otros estudios*. Lima: 2006. t. II, p. 95.

26 Hirsch, Hans Joachim. Acerca de la crítica al finalismo. RBCrim 65/86, São Paulo: Ed. RT, 2007.

27 Hirsch, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. In: Hirsch, Hans Joachim (Coord.). *Derecho penal*. Obras completas. Trad. Mariano Bacigalupo. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000. t. I, p. 19.

28 Gracia Martín, Luis. O finalismo como método sintético real-normativo. Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*, Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais 2/9, São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2005.

29 Minahin, Maria Auxiliadora; Coêlho, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In: Prado, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 109.

30 Afirma-se, precisamente, que a configuração com normas em branco dos diferentes tipos penais que protegem o ambiente não supõe descrédito nem insegurança jurídica; mas, ao contrário, “prescindir da remissão obrigaria a utilização de cláusulas gerais imprecisas ou o estabelecimento de limites na própria legislação penal, também inseguros” (Mata Barranco, Norberto J. de la. Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente. *Estudios en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó Ruiz*. Valencia: Instituto de Criminología, 1997. p. 594).

31 Nesse contexto, aduz-se que “o preenchimento da norma penal dita em branco, por prescrições administrativas, não é senão consequência necessária da própria natureza mutável, alterável e específica do direito do ambiente e, desse modo, uma *conditio sine qua non* da eficácia – esta também legitimadora como já dissemos – da proteção do ambiente pela via penal. A dependência do direito penal face ao direito administrativo consistirá, pelas razões apontadas, não um prejuízo mas uma vantagem do ponto de vista político-criminal” (Rodrigues, Anabela Miranda. Direito penal do ambiente – Uma aproximação ao novo direito português. *Revista de Direito Ambiental* 2/98, São



Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1996).

32 Cerezo Mir, José. Las leys penales en blanco en la protección del medio ambiente. *Obras completas*. Derecho penal. Otros estudios. Lima: ARA Editores, 2006. t. II, p. 381.

33 Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1, p. 180.

34 Nesse sentido: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7. ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2005. p. 78; Cury, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988. p. 43.

35 A Instrução Normativa do Ibama 36, de 29.06.2004, que estabelece normas gerais de pesca para a bacia hidrográfica do rio Paraná, por exemplo, prevê, em seu art. 9.º, que “quaisquer métodos e petrechos não mencionados nesta Instrução Normativa serão considerados de uso proibido”. Entre os métodos e petrechos mencionados nessa norma, figuram tanto os *expressamente permitidos* (como linha de mão, caniço simples, caniço com molinete etc.) como os *expressamente proibidos* (redes e tarrafas de arrasto, espinhéis que utilizem cabo metálico etc.).

36 Canaris, Claus-Wilhelm *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18. Segundo o autor, “a ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de direito” (Canaris, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 18).

37 Nesse sentido, o STJ, ao examinar, em *habeas corpus*, caso de pesca em lugar interdito por órgão competente, decidiu pelo trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, consignando que a interdição da área na qual o denunciado foi abordado por policiais militares no Rio São Francisco, nada tinha a ver com a preservação do meio ambiente, mas apenas com a garantia de funcionamento da barragem de Três Marias, da própria represa e com a integridade física de terceiros, traduzindo-se, em suma, numa medida de segurança adotada pela Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig) (STJ, HC 42528/MG, 5.ª T., j. 07.06.2005, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 26.09.2005, p. 423).

38 Cury, Enrique. Op. cit., p. 41.

39 Prado, Luiz Regis. Do deôntico ao razoável: ensaio de lógica jurídica. *Revista de Ciências Jurídicas* 1/38, Maringá, 1999.

40 Diniz, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 347-348.

41 Carneiro, Maria Francisca. *Teoria e prática da argumentação jurídica: lógica e retórica*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 11-12.

42 Cury, Enrique. Op. cit., p. 115.

43 Idem, ibidem.

44 Cf.: Silva, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 55-61; Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 356; Mir Pug, Santiago. *Derecho penal*. Parte general, cit., p. 225-228 e p. 233-235; Acale Sánchez, María. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares, 2000. p. 139 e ss.

45 Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 356.

46 Idem, ibidem, p. 356.

47 Sobre o assunto, conferir: Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 55-61; Acale Sánchez, María. Op. cit., p. 151.

48 Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 249-250; Fragoso, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 169-170; Noronha, E. Magalhães. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 107-108; Toledo, Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 143-144; Silveira, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 110 e ss.; Silva, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 68 e ss.; Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 194; Jesus, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189; Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 124.

49 Cf.: Cerezo Mir, José. Los delitos de peligro abstracto en el ambito del derecho penal del riesgo. In: Cerezo Mir, José (Coord.). *Obras completas. Derecho penal. Parte general*. Lima: Aras, 2006. t. II, p. 469; Prado, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* cit., p. 136-138.

50 Cerezo Mir, José. Los delitos de peligro abstracto... cit., p. 469.

51 Mir Puig, Santiago. Op. cit., p. 234.

52 Prado, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente...* cit., p. 138.

53 Idem, ibidem, p. 139.

54 Cerezo Mir, José. Los delitos de peligro abstracto... cit., p. 470.

55 Prado, Luiz Regis. *Direito penal e biossegurança*. RT 835/428, São Paulo: Ed. RT, maio 2005.

56 Cerezo Mir, José. Los delitos de peligro abstracto... cit., p. 475.

57 Analisando-se o art. 336 do CP (LGL\1940\2) espanhol, que tipifica a “caça ou pesca com meios de eficácia destrutiva para a fauna”, conclui-se que neste caso “a periculosidade para o bem jurídico protegido se manifesta na potencialidade lesiva do meio empregado” (Cuesta Aguado, Paz M. de la. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 202).

58 Cf.: Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2006, p. 145-146. Nessa linha, afirma-se que “indubitavelmente, tanto pelo aspecto do injusto penalmente relevante como pelo aspecto do princípio da culpabilidade ou responsabilidade subjetiva, não se pode negar que essa figura constitui uma fórmula atípica e problemática de imputação de responsabilidade penal e, por isso, e apesar de suas supostas ‘vantagens’, rechaçável” (Mendoza Buergo, Blanca. El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación. In: Jorge Barreiro, Agustín (Coord.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2005. p. 142).

59 Note-se que a jurisprudência predominante, com base no atual conceito jurídico-penal de pesca (Lei 9.605/1998, art. 36), tem considerado que o delito se consuma com a prática de simples ato tendente a retirar, extrair, coletar etc., em local interditado, em época proibida ou com instrumentos não permitidos, independentemente de haver a efetiva captura de pescado e do potencial lesivo do instrumento utilizado. Nessa linha, de cunho estritamente formal, tem-se afastado, expressamente, a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido: TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ACR – P. 200172040029590/SC, 8.<sup>a</sup> T., j. 20.10.2004, rel. Luiz Fernando Wolk Pentead, DJU 17.11.2004, p. 840; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ACR – P. 200272040004305/SC, 8.<sup>a</sup> T., j. 11.05.2005, rel. Elcio Pinheiro de Castro, DJU 25.05.2005, p. 891; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., RCCR 3678/SP, 1.<sup>a</sup> T., j. 28.06.2005, rel. Juiz Johnson di Salvo, DJU 19.07.2005, p. 215; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., RSE 4583/SP, rel. Juiz Cotrim Guimarães, j. 26.09.2006, DJU 29.09.2006, p. 387; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ACR 25740, 1.<sup>a</sup> T., rel. Juíza Vesna Kolmar, j. 12.12.2006, DJU 23.01.2007, p. 209; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ACR, P. 200472040016018/SC, 8.<sup>a</sup> T., rel. Elcio Pinheiro de Castro, j. 07.02.2007, DE 14.02.2007; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ACR 13938/SP, 1.<sup>a</sup> T., rel. Juíza Vesna Kolmar, j. 23.05.2006, DJU 07.03.2007, p. 155; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., EI Nul. na ACR, P. 200470080011295/SC, 8.<sup>a</sup> T., rel. Néfi Cordeiro, j. 15.03.2007, DE 21.03.2007; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ACR, P. 200272010017541/SC, 8.<sup>a</sup> T., rel. Paulo Afonso Brum Braz, j. 02.05.2007, DE 09.05.2007; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ACR, P. 200572000047598/SC, 8.<sup>a</sup> T., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 12.09.2007, DE

19.09.2007; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ACR 23665/SP, 2.<sup>a</sup> T., rel. Juiz Henrique Herkenhoff, j. 31.01.2008, DJU 31.01.2008, p. 529.

60 Aliás, a pesca de espécies que devem ser preservadas e a pesca de espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos são tão graves quanto a pesca em época proibida, em lugar interdito ou com instrumentos não permitidos, não havendo diferença que justifique a desigualdade na formulação típica.

61 Cf.: Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 360-361.

62 Idem, p. 361.

63 Gracia Martín, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 54.

64 Cuello Contreras, Joaquín. Neofinalismo no centenário de Hans Welzel. *Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais* 2/42, 2005.

65 Hirsch, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998. p. 22.

66 Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 345.

67 Prado, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 251 e 256.

68 Idem, p. 256.

69 Cerezo Mir, José. O finalismo, hoje. *RBCCrim* 3/39 (DTR\1993\299), São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1995.

70 Welzel, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 27.

71 Nesse sentido, entre outros: Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 363 e ss. Fragoso, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 171; Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal. Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 313-314; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangelli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 482 e ss.; Jesus, Damásio E. de. Op. cit., p. 287 e ss.; Mirabete, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 129 e ss.; Greco, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus. p. 183 e ss.

72 Zaffaroni; Eugenio Raúl; Pierangelli, José Henrique. Op. cit., p. 465-469.

73 Cf.: Welzel, Hans. La doctrina de la acción finalista, hoy. In: Welzel, Hans (Coord.). *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: Euros; Montevideo: B de F, 2004. p. 24; Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* cit., p. 367; Gracia Martín. *O horizonte do finalismo...* cit., p. 58.

74 Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 77.

75 Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas. Derecho penal. Parte general*. Lima, Peru: Ara, 2004. p. 821.

76 Prado, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa. *RT* 839/436, São Paulo: Ed. RT, 2005.

77 Idem, p. 436.

78 Bustos Ramírez, Juan. Op. cit., p. 822.

79 Welzel, Hans. *Derecho penal alemán* cit., p. 87.

80 Nesse sentido: Hava García, Esther. *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 344.

81 Nesse sentido: Sirvinskas, Luís Paulo. Op. cit., p. 135; Milaré, Édís; Costa Jr., Paulo José da. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: Millenium, 2002. p. 97-100; Taglialha, Júnior Aparecido. O início da execução e a consumação nos crimes contra a pesca: uma interpretação do art. 36 da Lei 9.605/98. *Boletim dos Procuradores da República* 43/12, Brasília, set. 2001; Constantino, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 125; Santos, Celeste Leite dos. *Crimes contra o meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 145.

82 Édís Milaré e Paulo José da Costa Jr., após comentar o art. 35 da Lei 9.605/98, afirmam que “o delito se consuma com a morte dos peixes que integram a fauna ictiológica” (Milaré, Edis; Costa Jr., Paulo José. Op. cit., p. 97), admitindo a tentativa “como quando o pescador for surpreendido por agentes do Ibama antes de iniciar a pesca predatória” (Milaré, Edis; Costa Jr., Paulo José. Op. cit., p. 100).

83 O equívoco é de Guilherme de Souza Nucci, op. cit., p. 519-523.

84 Assim entende Júnior Aparecido Taglialha, O início da execução... cit., p. 12.

85 Nesse sentido: STJ, HC 38682/SP, 5.<sup>a</sup> T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005, p. 308; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ReCrim 3678/SP, 1.<sup>a</sup> T., rel. Juiz Johnson di Salvo, j. 28.06.2005, *DJU* 19.07.2005, p. 215; TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ReCrim 2965/MS, 1.<sup>a</sup> T., rel. Des. Federal Luiz Stefanini, j. 07.08.2007, *DJU* 28.08.2007, p. 391; TFR 1.<sup>a</sup> Reg., ReCrim 2001320000132923/AM, 3.<sup>a</sup> T., rel. Des. Federal Olindo Menezes, j. 09.01.2006, *DJ* 20.01.2006, p. 47; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., El ApCrim 200272040023361/SC, 4.<sup>a</sup> Seção, rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, j. 26.04.2007, *DE* 04.05.2007; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ApCrim 200272010017541/SC, 8.<sup>a</sup> T., rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 02.05.2007, *DE* 09.05.2007; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ApCrim 199972040033559/SC, 7.<sup>a</sup> T., rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, j. 15.08.2006, *DJU* 30.08.2006, p. 786; TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ApCrim 200172040029590/SC, j. 20.10.2004, *DJU* 17.11.2004, p. 840; TJSP, ApCrim 378.892-3, 6.<sup>a</sup> Câ. Crim., rel. Des. Debatin Cardoso, j. 07.11.2002, *DOJ* 21.01.2003; TJSP, ApCrim 924.218.3, 1.<sup>a</sup> Câ. Crim., rel. Des. Mário Devienne Ferraz, j. 23.05.2006, *DOE* 16.08.2006.

86 Cuidando-se de pesca em período de piracema, o TRF-3.<sup>a</sup> Reg. decidiu que “o crime previsto no art. 34 da Lei 9.605/1998 é formal, consumando-se com a simples conduta tendente à pesca, nos termos previstos no art. 36 daquela lei, sendo prescindível a ocorrência de efetivo dano ao bem jurídico tutelado que, caso produzido, constituirá mero exaurimento do delito” (TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ReCrim 2965/MS, 1.<sup>a</sup> T., j. 07.08.2007, rel. Des. Federal Luiz Stefanini, *DJU* 28.08.2007, p. 391).

87 O TRF-1.<sup>a</sup> Reg. decidiu, em face de local interditado, que “nos termos do art. 36 da Lei 9.605/98 ‘considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes’, não sendo necessária, assim, para a configuração do delito, a efetiva captura do pescado” (TFR-1.<sup>a</sup> Reg., ReCrim 2001320000132923/AM, 3.<sup>a</sup> T., j. 09.01.2006, rel. Des. Federal Olindo Menezes, *DJ* 20.01.2006, p. 47).

88 Já se decidiu que “o delito de pesca em local vedado ou com petrechos proibidos perfectibiliza-se com qualquer ato tendente à captura de espécimes ictiológicos ( Lei 9.605/1998, art. 34 c/c o art. 36), ou seja, com a simples conduta capaz de produzir materialmente o prejuízo. O crime é formal, prescindindo-se de dano concreto (pesca efetiva), e o perigo, presumido. Eventual obtenção do resultado material consiste em mero exaurimento do tipo” (TRF-4.<sup>a</sup> Reg., El ApCrim 200272040023361/SC, 4.<sup>a</sup> Seção, j. 26.04.2007, rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* 04.05.2007). No mesmo sentido: TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ApCrim 200272010017541/SC, 8.<sup>a</sup> T., j. 02.05.2007 rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* 09.05.2007).

89 O TRF-3.<sup>a</sup> Reg. decidiu que “lançar redes nas águas com o propósito de apanhar espécimes da fauna ictiológica em princípio configura a infração do inc. II do art. 34 da Lei 9.605/98 por ser ato

tendente à apanha de espécimes ictiológicos (art. 36)” (TRF-3.<sup>a</sup> Reg., ReCrim 3678/SP, 1.<sup>a</sup> T., j. 28.06.2005, rel. Juiz Johnson di Salvo, *DJU* 19.07.2005, p. 215). Outrossim, diante de agente flagrado utilizando petrecho proibido (rede com malha inferior à permitida) *sem o produto da pesca*, entendeu o TRF-4.<sup>a</sup> Reg. incidente o art. 36 da Lei 9.605/1998, no sentido de que a pesca é ato *tendente* a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios (TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ApCrim 199972040033559/SC, 7.<sup>a</sup> T., j. 15.08.2006, rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, *DJU* 30.08.2006, p. 786). No mesmo sentido, já se decidiu que “independentemente de resultado, a captura de peixes ou não, o fato de o réu ter lançado na água rede com medidas inferiores às determinadas pelo Ibama configura ato tendente à pesca e contrário à lei” (TRF-4.<sup>a</sup> Reg., ApCrim 200172040029590/SC, j. 20.10.2004, rel. Juiz Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJU* 17.11.2004, p. 840).

90 Nesse sentido, entende-se, acertadamente, que “os crimes de pesca previstos nos arts. 34 e 35 da Lei 9.605/1998 têm seu momento inicial no momento exato em que o petrecho utilizado é jogado na água, ou ao menos é arremessado à água” (Taglialhaena, Júnior Aparecido. O princípio da insignificância e os crimes contra a ictiofauna. *RBCCrím*, p. 94, São Paulo: Ed. RT, 2005).

91 Em sentido contrário, Paulo de Tarso Garcia Astolphi afirma que o “início da execução da conduta de pescar, na hipótese aventada, se dá com a arrumação do anzol na linha, à beira do rio, mesmo que ainda não tenha sido lançado às águas” (Astolphi, Paulo de Tarso Garcia. O início da execução e a consumação nos crimes de pesca predatória: análise do art. 36 da Lei 9.605/98. *Boletim dos Procuradores da República* 48/29-30, Brasília, 2002). Wladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas comentam que, se o agente retira a rede do porta-malas de seu veículo e, na margem do rio, está prestes a lançá-la às águas, “já está praticando ato tendente a retirar peixes de forma vedada. É dizer, o crime está consumado” (Freitas, Wladimir Passos de; Freitas, Gilberto Passos de. *Op. cit.*, p. 130). Segundo esses autores “o mesmo se dá se ele lança a rede às águas. E finalmente, se ele pesca alguns espécimes com a rede proibida, estaremos diante do exaurimento do delito. Em suma, inexistente tentativa nos crimes ambientais relacionados com a pesca” (idem, *ibidem*).