

**PODE O LEGISLATIVO ESTADUAL PROIBIR, EM SEU TERRITÓRIO, ATIVIDADES QUE SÃO PERMITIDAS NO RESTO DO PAÍS?  
(LEI CAPIXABA Nº 6.780, DE 2001)**

Maria Luiza Werneck dos Santos\*

Não se pode deixar de demonstrar perplexidade diante da desproporcional restrição imposta ao plantio de eucalipto pela Lei espírito-santense nº 6.780, de 03.10.01, que é, a nosso ver, manifestamente inconstitucional.

Veja-se que, com apenas três artigos (o quarto trata da sua vigência), a referida lei consegue transgredir cerca de dez princípios e/ou dispositivos constitucionais.

Assim dispõe o seu art.1º:

*“Art. 1º – Fica proibido por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto com fins de produção de celulose no Estado do Espírito Santo.*

*Parágrafo único. A proibição de que trata este artigo não se aplica aos demais fins industriais de plantio de eucalipto, tais como serrarias, cerâmicas e outros.”*

O artigo 2º, por sua vez, diz que essa proibição deverá perdurar até que a SEAMA – Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente e a SEAG – Secretaria de Estado da Agricultura, – através do IDAF – Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal, – adotem, em conjunto ou separadamente, uma série de medidas que especifica.

E o artigo 3º estatui que os resultados do mapeamento de que trata o artigo anterior deverão ser objeto de audiência pública convocada pelo Poder Executivo Estadual

A referida lei foi promulgada pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, eis que aquela Casa de Leis rejeitou o veto integral aposto pelo Governador do Estado, por motivos de interesse público e por razões de inconstitucionalidade.

Com efeito, sobejam razões para que a mencionada lei seja declarada inconstitucional.

\* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

## Da Ilegítima Intervenção no Domínio Econômico. Violação dos Princípios que Informam a Ordem Econômica

Em primeiro lugar, a proibição imposta na lei consubstancia, a nosso ver, uma norma de intervenção do Poder Público Estadual no domínio econômico.

A Constituição da República estatui que a ordem econômica está fundada na *livre iniciativa e na livre concorrência*, valores consagrados pela nossa Constituição como princípios que informam a ordem econômica (art. 170, *caput* e inc. IV e parágrafo único, da CF).

A livre iniciativa, vale dizer, reconhece na liberdade um dos fatores estruturais da ordem econômica, da autonomia empreendedora do homem, na conformação da atividade econômica.

O Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS ensina que:

*“a liberdade de iniciativa é uma manifestação dos direitos fundamentais, rol em que devia estar incluída (...). A liberdade de iniciativa com conotação econômica equivale ao direito que todos têm de lançarem-se no mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.*

*A liberdade de iniciativa e de empresa pressupõem o direito de propriedade, da mesma sorte que é, de certa forma, uma decorrência deste. (...)*

*O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nela.” (in Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 243-244).*

Ao analisar o parágrafo único do art. 170, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, ressalva que:

*“...o parágrafo único do art. 170 começa por dizer que ‘é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica’. Ora, se qualquer atividade econômica é exercitável por todos, segue-se, indubitavelmente, que o Estado não pode restringir apenas a uns ou a alguns (noção antitética a ‘todos’) o exercício de tal ou qual atividade econômica (noção antitética a ‘qualquer’),*

*pois, seja qual for a atividade, é insuscetível de ser excluída do âmbito de ação dos particulares. Deste universo só estão arredadas as atividades econômicas que a própria Constituição, no art. 177, colocou sob monopólio estatal.*

(.....)

*Em suma; o que a lei pode ressaltar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade; nunca porém, restringir a liberdade de empreendê-la e na medida desejada”.* (ob. cit. pp. 590-591).

De outra parte, como bem anotou, ainda, esse ilustre administrativista,

*“É fundamental realçar – repita-se – que tais autorizações não dizem respeito, nem podem dizer respeito, aos aspectos econômicos do empreendimento, pois no que a isto concerne os agentes econômicos são livres. Têm assegurados pela Constituição seus direitos à liberdade de iniciativa, à liberdade de concorrência e à garantia de que o planejamento econômico que o Poder Público faça apresentar-se-lhes-á com caráter meramente indicativo, não podendo implicar sujeição ou cerceio algum à liberdade econômica que lhes é reconhecida pela Lei Magna. A não ser assim, o art. 170, o inciso IV do mesmo preceptivo e o art. 174 seriam palavras vãs, juridicamente inexistentes.”* (ob.cit., pp.592-593).

Portanto, é incontestável que a Constituição Federal assegura a completa liberdade de iniciativa, bem como a livre concorrência; o que não é incompatível, como ressalva CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com a prévia verificação administrativa para conferir se o seu exercício dar-se-á dentro dos padrões mínimos de qualidade, de salubridade, de segurança, de respeito ao ambiente ecológico, etc. (ob. cit., p. 592).

E a proibição determinada na lei espírito-santense, a nosso ver, cerceia o exercício da livre concorrência e da liberdade de iniciativa.

A Egrégia Corte Constitucional já declarou a inconstitucionalidade de leis que apenas objetivavam impor limitações geográficas à instalação de drogarias, sob o argumento de violação aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Confira-se o Acórdão do RE-199.517/SP, em que foi Relator o Min. Maurício Corrêa:

“1 – A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF, artigo 170, inciso IV e parágrafo único c/c o artigo 173, § 4º).

2 – O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

3 –.....”

Nesse mesmo sentido, o RE-193.749/SP, em que o Relator do Acórdão foi também o eminente Min. Maurício Corrêa.

Ora, com muito mais razão, há de ser considerada inconstitucional a citada lei espírito-santense, que resulta por proibir o exercício de uma atividade econômica lícita em todo o País, que é a de produção de celulose que utiliza o eucalipto como matéria-prima.

Com efeito, o Poder Público está somente autorizado a intervir na atividade econômica nos modos prescritos nos artigos 173 e 174 da Carta Federal: ou o próprio Estado, em casos excepcionais, atua diretamente; ou atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este imperativo para o setor público e indicativo para o setor privado.

Se se pretende, outrossim, que a norma em questão configure uma atividade de *fiscalização* quanto ao cumprimento de condições ecológicas, outra inconstitucionalidade se apresenta, pois – como se demonstrará adiante – a atividade reguladora e ordenadora da ordem econômica vem, sim, prescrita na lei, mas ela é *executada por atos administrativos*, de competência privativa do Poder Executivo, responsável pela Administração Pública.

Portanto, na nossa opinião, há intervenção do Poder Público na atividade econômica não autorizada pela Constituição, com afronta aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

#### **Usurpação da competência da União prevista no artigo 22, VIII, da CF**

Outrossim, a proibição do plantio de eucalipto para produção de celulose – que é também uma atividade de comércio, questão de que se tratará no

próximo item – há de trazer reflexos significativos no comércio internacional e interestadual.

Dada a importância daquela atividade para a economia do Estado do Espírito Santo, a sua proibição certamente desestabilizará os fluxos econômicos no território estadual e, a pretexto de se querer “disciplinar o plantio do eucalipto”, como diz a justificativa do respectivo projeto de lei, a lei posta sob suspeição de inconstitucionalidade está interferindo na produção e no comércio e, principalmente, na exportação da celulose que utiliza o eucalipto como matéria-prima.

É sabido que a celulose produzida a partir do plantio do eucalipto é um dos itens mais expressivos da pauta de exportação do País.

Segundo base de dados da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, a celulose exportada pelo Estado do Espírito Santo representa 39,6% (trinta e nove vírgula seis por cento) do total de celulose exportada pelo País, sendo que a exportação da pasta química de madeira, no ano de 2001, ocupou a 10ª posição no *ranking* da pauta de exportação brasileira.

E, sendo assim, há indevida incursão do legislador estadual em área reservada à disciplina do Congresso Nacional, pois compete à União dispor, privativamente, sobre o comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, inc. VIII).

E, nesse sentido são as considerações expostas no voto do Exmo. Sr. Ministro Relator Célio Borja, no julgamento da ADIMC-280-MT, que considerou inconstitucional o art. 346 da Constituição do Estado do Mato Grosso, que vedava a saída do Estado de madeiras em toras, reproduzidas na Ementa do respectivo Acórdão.

Confira-se:

*“A plausibilidade da tese tem por si os precedentes específicos do Supremo Tribunal Federal (Rp.1.029-PA e Rp.1.049-AM). É verdade que ambos lavrados à luz da Constituição pretérita que distribuía a competência legislativa entre os membros da Federação, de maneira algo diversa da Constituição de 05 de outubro. Mas, continuando em mãos da União, privativamente, o poder de dispor sobre o comércio interestadual (art.22, VIII, Const.) e o transporte (art. 22, XI, Const.), penso que é de dar-se crédito – em princípio – à tese esposada pelo Governador do Estado.*

*De outra parte, a forte dependência da economia local à extração da madeira, pode perturbar os fluxos econômicos no território*

*estadual. Conquanto duvidosas, para mim, algumas afirmações da inicial relativas aos prejuízos da indústria e do comércio madeireiros, decorrentes da proibição de exportar as toras nativas – madeira em estado bruto, portanto – penso que a manutenção do movimento econômico do Estado do Mato Grosso, nos níveis anteriores à proibição que se quer suspender, terá, supostamente, efeito benéfico para a sua população e o seu governo.”*

PINTO FERREIRA, ao comentar o inciso VIII do art. 22 da Constituição da República, trouxe a lume a síntese que RUI BARBOSA, ao estudar profundamente essa questão, fez sobre a jurisprudência e doutrina sobre o assunto:

*“Pode-se haver no assentado, como doutrina inconcussa da Suprema Corte, que um Estado não tem mais poder para regular ou tolher o comércio entre os Estados, do que para tolher ou regular o comércio com as nações estrangeiras.” (in Comentários à Constituição Brasileira, 2º vol., arts. 22 a 53, SP, Saraiva, 1990, p. 45).*

Outrossim, citando ainda PINTO FERREIRA, esse autor considera ser evidente que um Estado-Membro não poderia usar do seu poder de polícia, para praticar atos proibitórios do comércio interestadual e, assim, nele interferir (obra citada, p. 46) e observa, ainda, que, desde 1891, o legislador constituinte sempre se encaminhou pela senda da unidade legislativa em matéria de relações comerciais interestaduais, acrescentando que “as medidas legislativas ou administrativas dos Estados-Membros, Distrito Federal e territórios não podem estorvar nem embaraçar de modo algum o comércio interestadual. A esse respeito é idêntica a orientação nos EUA e no Brasil, no sentido de que os Estados-Membros não podem embaraçar o comércio interestadual”. (ob. cit., pp. 42 e 43).

Portanto, essa competência da União – de regular o comércio com o estrangeiro – é privativa – como esclarece PINTO FERREIRA – porque visa “a permitir a plena realização da unidade nacional, dada a importância incontestável da vida econômica e comercial”. (ob. cit. p. 48).

Essa é também a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, para quem “é vedado aos Estados tomar qualquer medida que impossibilite, dificulte ou prejudique o comércio interestadual, qualquer que seja o expediente usado. E isso independentemente de motivação. O Brasil, nos termos da Constituição, é um só mercado, regido exclusivamente pela

*legislação federal” (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, arts. 1º a 43, São Paulo, Saraiva, 1990, p.176).*

### **Invasão da competência da União para legislar sobre Direito Comercial**

Por outro lado, não tem o Estado, no nosso entendimento, competência para considerar ilícita uma atividade econômica – de produção de celulose que utiliza o eucalipto como matéria-prima – que não é vedada pela legislação federal, que a considera lícita e permitida em todo o território nacional.

Com efeito, o plantio de eucalipto é uma operação jurídica de direito privado. Seja civil ou comercial a sua natureza jurídica, a competência privativa para legislar sobre ela é da União, ex vi do disposto no art. 22, I, da Carta Federal.

Na verdade, trata-se o plantio de eucalipto de um ato de mercancia, como se pode ver pelo conceito do grande comercialista JOÃO EUNÁPIO BORGES:

*“sendo a mercancia não um ato de comércio singularmente considerado, mas a atividade organizada do comerciante, a indústria mercantil, isto é, ‘uma exploração na qual, através dos negócios isolados, ressalte a unidade econômica e a idéia de continuidade que encadeia uns com os outros aqueles atos’, ou, como diria ROCCO, um complexo de negócios, tendo por base uma organização única, e agrupando-se estes negócios em torno de um único organismo econômico”. (in Curso de Direito Comercial Terrestre, Rio, Forense, 5ª ed., 2ª tiragem, 1975, p.111).*

Portanto, se o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose constitui um ato de mercancia, é evidente a inconstitucionalidade formal da lei impugnada, por invasão direta e frontal no âmbito material da competência exclusiva da União para legislar sobre direito comercial, estabelecida no artigo 22, inciso I, do Estatuto Federal.

Afinal, não é demais registrar, por relevante, que, além do direito comercial e do direito civil, que podem dizer se um ato ou uma atividade ou um bem está fora do comércio, também ao direito penal cabe estipular se uma atividade constitui crime (como fez, por exemplo, com relação ao cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de subs-

tâncias que determinem dependência física ou psíquica – art. 281 do Código Penal), sendo todas essas matérias de competência privativa da União.

### Violação ao Princípio da Isonomia

Ademais, a lei em apreço vem proibir o plantio de eucalipto com fins de produção de celulose no Estado do Espírito Santo, (art. 1º), até que a SEAMA – Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente – e a SEAG – Secretaria de Estado da Agricultura, – através do IDAF – Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal, – adotem, em conjunto ou separadamente, uma série de providências que especifica nos incisos do seu art. 2º.

O parágrafo único do art. 1º diz, ainda, que a proibição de que trata esse artigo não se aplicará aos demais fins industriais de plantio de eucalipto, tais como serrarias, cerâmicas e outros.

Se se considera que o plantio de eucalipto possa, eventualmente, causar danos ambientais, a norma há de ser dirigida a todos que estão na mesma situação, isto é, há de abranger a todos que plantam eucalipto, não interessando o fim a que o plantio se destina.

E aqui cabe indagar: como poderia a atividade de plantio de eucalipto ser apenas nociva com fins de produção de celulose e não o ser para outros fins industriais, como serrarias e cerâmicas, como exemplifica a própria lei que se contesta?

Interessante notar, a propósito, que o plantio de eucalipto para fins de produção de carvão não sofre qualquer restrição.

Ora, esse dispositivo configura flagrante violação ao princípio da isonomia, consagrado no art. 5º da Constituição da República, pois se está exigindo mais das indústrias que plantam eucalipto para fins de produção de celulose do que das outras, que ficam liberadas para plantarem livremente o eucalipto.

O princípio da igualdade veda ao legislador deferir disciplinas diferentes para situações equivalentes.

Como averba CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

*“por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilíbrios fortuitos ou injustificados. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, ou abstratos, e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim*

*proveitosas que detrimosas para os atingidos”.* (In *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, RT, SP, 1978, p. 25).

E mais, que

*“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.”*

*“Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.”* (Ob. cit., p.14).

Demais disso, de acordo ainda com as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por não se revestir das características de *generalidade e abstração* – cuidados essenciais na feitura das leis – a Lei nº 6.780 é transgressora da isonomia, eis que está referida a sujeito único atual, determinado ou determinável. (Ob. cit., pp. 36/37).

Veja-se que a lei capixaba, na forma em que se apresenta, ela singulariza o grupo destinatário, impondo um gravame incidente somente sobre aquele que, instalado no Estado do Espírito Santo, planta eucalipto para fins de produção de celulose, sem ampliar a sujeição aos que se encontram na mesma situação.

É, portanto, na conclusão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas, mediante traço diferencial que não seja nelas mesmo residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas. (Ob. cit., pp. 37/38).

A Lei nº 6.780/01, na verdade, criou tratamento abusivamente diferenciado a todos os que plantam eucalipto no Estado do Espírito Santo; ou seja, a todos aqueles que se encontram em situação idêntica, penalizando apenas os que plantam eucalipto para fins de produção de celulose.

Portanto, essa discriminação gratuita não passa pelo crivo da Constituição Federal, sendo evidente a violação ao princípio constitucional da igualdade.

## Violação ao Princípio da Separação e Independência dos Poderes

### Usurpação da competência do Chefe do Executivo de dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública

Os artigos 2º e 3º da mencionada Lei nº 6.780/01 vêm conferir novas atribuições aos órgãos do Poder Executivo Estadual que menciona, dispondo assim sobre organização e funcionamento da administração pública estadual.

Pois bem: a Emenda Constitucional nº 32/01 alterou dispositivos da Constituição Federal (arts. 48, X e XI; art. 61, § 1º, II, e, art. 84, VI, e art. 88) para atribuir ao Presidente da República a faculdade de, mediante decreto, dispor sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Assim, ainda que se possa argüir que a ofensa tenha sido perpetrada em face dos artigos da Constituição Estadual que, formalmente, não foi alterada, a interpretação que se há de conferir aos dispositivos da Carta Estadual, dada a necessidade de simetria com a Constituição Federal, é que eles não foram recepcionados pela referida Emenda Constitucional.

O Pretório Excelso, como de resto a melhor doutrina, tem entendido que as normas da Constituição Federal a respeito do processo legislativo, especialmente as que se referem à iniciativa reservada, são de observância obrigatória pelos Estados-membros, especialmente porque correlacionadas com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes (ADINS 822, 766-1, 774-2, 546-4, 152-4 e 645-DF).

Assim, a violação ao princípio da separação dos poderes não se configura mais pelo *vício de iniciativa* e sim por ter havido usurpação da competência do Governador do Estado de editar, por decreto, a organização e funcionamento da administração pública, já que não haverá criação de cargos que impliquem aumento de despesa.

Em conclusão, em face do disposto na Emenda Constitucional nº 32/01, que veio conferir *privativamente* ao Presidente da República e, por simetria, ao Governador do Estado, a competência para *dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal (estadual), quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos* (art. 84, VI, “a”, da CF) tal matéria está agora vedada ao legislador.

Portanto, o artigo 2º da Lei nº 6.780, ao conferir novas atribuições à SEAMA – Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente – e à

SEAG – Secretaria de Estado da Agricultura, – através do IDAF – Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal, para adotarem uma série de providências, nos termos ali especificados em seus incisos I e II, o Poder Legislativo invadiu a competência do Chefe do Poder Executivo de dispor, privativamente, sobre organização e funcionamento da Administração sob sua direção, transgredindo não só o disposto no art. 84, VI, “a”, da Carta Federal, como também o princípio constitucional da harmonia e independência dos poderes.

### A medida restritiva que a Lei quer impor aos produtores de celulose consubstancia típica atividade de polícia administrativa, que é função privativa do Poder Executivo

A proibição do plantio de eucalipto, para fins de produção de celulose, constante do referido art. 1º, consubstancia, como se pode facilmente constatar, um condicionamento imposto à liberdade de exercício da atividade produtiva privada, uma medida com efeitos afletivos, uma imposição de abstenção, uma restrição, que se pretende tenha sido imposta em prol do interesse público.

Desse modo, a medida imposta pela Lei constitui uma atividade de poder de polícia, de polícia administrativa, que é privativa do Poder Executivo.

Os conceitos de polícia administrativa ou de Poder de Polícia – expressão que é hoje criticada por boa parte da doutrina administrativista, mas que ainda amplamente usada – da mais autorizada doutrina administrativista, vêm demonstrar que o art. 1º da citada Lei nº 6.780 constitui, efetivamente, um ato de poder de polícia.

Para CAIO TÁCITO, poder de polícia é “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais” (citado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *in Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 385).

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Polícia Administrativa é a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.* (*In Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed. rev. atual. e ampl. até E. C. 24/99, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 675).

HELLY LOPES MEIRELLES, ao ensinar que a Administração é dotada de poderes administrativos – distintos dos poderes políticos – esclarece que eles constituem verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realidade das tarefas administrativas e inerentes à Administração de todas as entidades estatais, na proporção e limites de suas competências institucionais. E cita como exemplo o ato de polícia administrativa que, como diz o autor, “é normalmente precedido de uma regulamentação do Executivo (poder regulamentar), em que a autoridade escalona e distribui as funções dos agentes fiscalizadores (poder hierárquico), concedendo-lhes atribuições vinculadas (poder vinculado) ou discricionárias (poder discricionário), para a imposição de sanções aos infratores (poder de polícia)” (In *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p.101).

E, afinal, como bem sintetiza DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, o “poder de polícia é exercido pelo Estado enquanto legislador, pois apenas por lei se pode limitar e condicionar liberdades e direitos, enquanto que a função de polícia, como aplicação da lei, é exercida pelo Estado como administrador”. (Ob. cit., p. 386).

À vista dos conceitos doutrinários, pode-se, desde logo, concluir que o exercício do poder de polícia, a atividade de polícia administrativa, é atividade da Administração Pública, portanto do Poder Executivo. O Poder Legislativo não está autorizado a praticar tais atos administrativos, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Além disso, usando as palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, pela lei, “criam-se as limitações administrativas aos exercícios dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação” (o que, aliás, não cumpre a lei capixaba, como já se falou acima).

E, “através dos atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.” (In *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p.112).

De igual modo, CARLOS ARI SUNDFELD ensina que os condicionamentos de direito são administrativos quando a lei, ao prevê-los, atribui à Administração poderes explícitos para atuar (impondo-os concretamente,

fiscalizando o seu exercício, sancionando, etc.). (In *Direito Administrativo Ordenador*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 54).

Ora, é exatamente nesses termos que as leis estadual e federal que disciplinam a exploração de florestas estabelecem.

Veja-se a Lei nº 5.361, de 30 de dezembro de 1996, do Estado do Espírito Santo, que dispôs sobre a Política Florestal daquele Estado que, ao tratar do controle e fiscalização dos recursos florestais, em seus artigos 53 e 54, assim registrou expressamente no parágrafo único do art. 54:

“Art.54.....

*Parágrafo único. O Estado, através do órgão estadual competente, exercerá o poder de polícia, visando cumprir e fazer cumprir a legislação florestal, aplicando sanções e penalidades quando necessárias.”*

A propósito, as sanções e penalidades pelo descumprimento da citada Lei nº 5.361/96, cuja aplicação compete ao órgão estadual – como diz a lei – estão arroladas em seu art. 81, que já prevê a interdição, ou embargo e a suspensão (incisos IV e V).

Aliás, a norma estadual está compatível com legislação federal, pois o art.19 da Lei Federal nº 4.771, de 15.09.1965, que instituiu o Código Florestal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.803/89, disciplinou a exploração de florestas outorgando a órgão federal competência para autorizar e fiscalizar a sua exploração:

*“Art. 19 – A exploração de florestas e de formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado, dependerá da aprovação prévia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, – bem como da adoção de técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme.”*

Portanto, em consonância com a nossa ordem constitucional, a lei que disciplina as florestas no Espírito Santo conferiu ao administrador público poderes para produzir o ato administrativo que consubstancia a aplicação da lei, para disciplinar, autorizando ou restringindo, o desenvolvimento da atividade privada, fiscalizando e verificando a regularidade do pretendido exercício e, aplicar sanções, quando verificado o descumprimento da lei, desde que, é claro, observado o devido processo legal.

Vale, ainda, citar CARLOS ARI SUNDFELD, que, ao dispor sobre a função administrativa do Poder Executivo, assim esclarece:

*“Ao Executivo cabe a função administrativa, isto é, a atividade de, em aplicação da lei anteriormente editada, cobrar tributos, (dos quais o imposto é uma espécie), prestar serviços como a distribuição de água encanada, de geração de energia elétrica, (de transporte aéreo), ordenar a vida privada (multando indústrias poluidoras, controlando o trânsito de veículos pelas ruas, autorizando a construção de edifícios) e assim por diante.” (In Fundamentos de Direito Público, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 43).*

Demais disso, qualquer penalidade ou sanção administrativa, qualquer ato de polícia administrativa só poderia ser aplicado se esse ato tivesse sido praticado em contrariedade a uma norma.

E não há na Justificativa do Projeto de Lei que resultou na Lei nº 6.780 a mínima referência a transgressão de qualquer ato normativo.

Tanto que a lei foi integralmente vetada pelo Poder Executivo, a quem – vale repetir – a Constituição outorgou competência para a prática dos atos de polícia.

Assim, à vista do exposto, pensamos que a lei em apreço tem natureza de ato administrativo. Ela consubstancia a imposição de uma penalidade administrativa, um ato de poder de polícia, cuja aplicação é privativa da função administrativa cometida organicamente ao Poder Executivo. (art. 84, II, CF), sendo evidente a violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, inscrito no art. 2º da Constituição de República.

### **Violação ao Princípio da Proporcionalidade**

Como é sabido, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade ou, ainda, da proibição do excesso vem sendo cunhado pela doutrina mais recente, com base no Direito Comparado, especialmente no Direito Constitucional alemão, como um princípio constitucional implícito, segundo o qual o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais. Ou seja, infere-se da ordem constitucional o princípio controlador do excesso legislativo.

Esse princípio é o que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre os meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

Ou, ainda, na lição de LUÍS ROBERTO BARROSO,

*“...esse princípio é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. (In Temas de Direito Constitucional, Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp.153-164).*

Como já assinalado, o princípio da livre iniciativa é um dos princípios fundamentais da nossa ordem econômica e se inscreve entre os direitos fundamentais do homem.

Como bem anota PERSIO DE OLIVEIRA LIMA, “no sistema constitucional brasileiro, os valores básicos acolhidos são a liberdade e a propriedade e, num desdobramento destes valores, encontramos, no campo econômico, outros, tais como: a liberdade de iniciativa, o direito de concorrência, o direito de usufruir de um trabalho técnico ou intelectual, etc.” (In “Poder de Polícia e o *due process of law*”, RDP nº 35-36, p. 146).

CARLOS ARI SUNDFELD é contundente ao afirmar que

*“é inconstitucional a restrição imposta pela lei aos direitos dos indivíduos quanto às perguntas ‘por que foi ela instituída?’ ou por que tem essa intensidade?, a resposta não for senão porque o legislador assim quis. O interesse público e o proveito social – identificáveis a partir de padrões de razoabilidade – são a única justificativa possível para os atos do Estado. A vontade do legislador não tem valor por si, mas apenas na medida em que, observados os limites da ordem jurídica, vem pautada nos padrões conhecidos de racionalidade.” (In Direito Administrativo Ordenador, p. 70).*

Nessas condições, a lei capixaba, *data maxima venia*, prescreve um absurdo na ordenação da atividade econômica. Não há dúvida de que a interferência do legislador na matéria é desproporcional em relação a ela: a proibição imposta ao plantio de eucalipto não tem sequer uma justificativa adequada e em nada aproveita ao interesse público, ultrapassando o legislador o campo de apreciação que lhe é conferido, consubstanciando a referida lei expressão de puro arbítrio do legislador.



Lembra, ainda, PERSIO DE OLIVEIRA LIMA que, através da aplicação do *due process of law*, o Judiciário americano pôde declarar como não válidas inúmeras leis votadas pelo Congresso, não porque fossem inconstitucionais, mas porque eram contrárias ao Direito, entendido como o corpo de princípios que informam o sistema jurídico (artigo citado, p.149).

**Violação ao art. 5º, XXIV, da CF que exige prévia indenização para sacrifício de direitos patrimoniais. Ninguém será privado de seus bens, sem o devido processo legal**

Afinal, além de todos os vícios de inconstitucionalidade acima apontados, a restrição imposta pela lei questionada em seu artigo 1º consubstancia, ainda, limitação que impede totalmente – ainda que por certo tempo não previsível – o proprietário de continuar a usar o seu bem imóvel para dar prosseguimento ao cultivo do eucalipto, matéria-prima fundamental à sua atividade de produção de celulose.

Com efeito, o imóvel em que o produtor de celulose planta o eucalipto para sua produção ficou destituído de valor econômico, já que ele não pode dar continuidade àquele plantio, fundamental para a sua atividade.

Portanto, há sacrifício do direito de propriedade para aquele que produz celulose, que planta e utiliza o eucalipto como matéria-prima!

E, como ensina CARLOS ARI SUNDFELD,

*“o procedimento de desapropriação é o meio adequado para a imposição de qualquer sacrifício de direito.*

*Dado que a nossa Carta garante o direito de propriedade, salvo a desapropriação, segue-se que ninguém terá seu patrimônio sacrificado, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, senão pela via expropriatória. Se a norma constitucional criou veículo específico para essa privação – e o fez em nome da proteção do particular – não pode o legislador, à vista de igual finalidade, instituir novos instrumentos, com regime jurídico menos favorável. Em outras palavras: é vedado, sob pena de inconstitucionalidade, por qualquer forma privar o indivíduo de seu patrimônio sem que lhe sejam deferidas as garantias típicas da desapropriação.” (Idem, ibidem, p. 99).*

Desapropriar, como leciona CARLOS ARI SUNDFELD, é desfazer a apropriação, é privar, é suprimir direitos. “E é porque o atingido vai perder patrimônio – valor especialmente tutelado em nossa sociedade – que se

*manda indenizar e se exige intervenção do Juiz. Todo problema de desapropriação radica portanto, na circunstância de que ela suprime direitos. (Idem, ibidem, pp. 99-100).*

Nesse sentido, também, é, em última análise, o pensamento de GILMAR FERREIRA MENDES, citado por Suzana de Toledo Barros, em relação ao direito de propriedade confrontado com o princípio da função social, para aplicação do chamado princípio da proporcionalidade:

*“o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira”.*

*“se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias, evitando as situações traumáticas, de difícil superação.” (In O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília, DF, Livr. Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 84).*

Com efeito, ao afirmar a necessidade de compensação financeira em casos em que o direito é sacrificado gravemente, atingindo a sua substância, o ilustre Advogado-Geral da União nada mais faz que dar efetividade ao art. 5º, XXIV, que visa assegurar prévia e justa indenização em dinheiro àquele que teve seu direito de propriedade sacrificado.

Essa é a interpretação que nos parece legítima para essa prescrição constitucional, como facilmente demonstra, com acerto, CARLOS ARI SUNDFELD:

*“Os sacrifícios de direito retiram de um ou alguns indivíduos possibilidades de fruição garantidas à generalidade dos que se encontram na mesma situação. Tais direitos são suprimidos em benefício da sociedade. Tem-se assim prejuízo individual em proveito coletivo, que deve ser reparado pelo Poder Público. De outro modo, os ônus para atendimento dos interesses públicos seriam lançados sobre poucos, e não divididos entre todos, em clara afronta à isonomia. O princípio de igualdade, assegurado*

pele art. 5º, *caput*, do Texto Constitucional, impõe, destarte, o ressarcimento". (Idem, *ibidem*, p.110).

É fácil verificar que a lei em apreço implica perda patrimonial para os que plantam eucalipto para fins de produção de celulose. Há uma clara restrição de direitos.

E, em consonância com os ensinamentos de CARLOS ARI SUNDFELD, seria inconstitucional uma lei que autorizasse a administração a executar diretamente atos pretendendo privar em definitivo o sujeito de seus bens, sem a garantia do *due process of law*, ou seja, cercado das garantias inerentes ao contraditório e à ampla defesa, com todas as conseqüências derivadas dessas cláusulas. (Idem, *ibidem*, p. 83).

Admitir a expropriação diretamente por lei implicaria em suprimir tal verificação e, portanto, em abrir espaço para expropriações sem fundamento normativo bastante.

E, afinal, não é demais lembrar, não poderia a Corte Suprema, se fosse o caso, pretendendo suprir a inconstitucionalidade apontada, alterar por via transversa o sistema da lei e mandar indenizar o destinatário da norma ora impugnada, sob pena de atuar como legislador positivo, o que significaria usurpação da competência do poder legislativo.

Sim, pois como já assente na jurisprudência do Supremo Tribunal, "a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar". (ADIN 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Portanto, entendemos que a Lei capixaba nº 6.780/01 consubstancia sacrifício de direitos patrimoniais, sem a correspondente previsão de prévia indenização em dinheiro, resultando, ainda, em afronta ao art. 5º, inciso XXIV, da Carta Maior.

## Conclusão

Apenas para concluir, além dos vícios apontados que demonstram ser a lei capixaba, a nosso ver, norma flagrantemente inconstitucional, ela é contrária aos interesses nacionais, já que o setor exportador de celulose de madeira é, reconhecidamente, um setor onde o Brasil tem vantagens competitivas em relação ao resto do mundo.

Outrossim, especialmente na atual conjuntura econômica do País – de desemprego e de grande endividamento externo – quando o Brasil faz enorme esforço para obter saldos positivos na sua balança comercial – não se pode compreender a grave restrição que lei espírito-santense resultou por impor ao comércio internacional.