

A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO E CONFRONTO COM O ATUAL MODELO ALEMÃO

THE DISTRIBUTION OF COMPETENCES IN BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM: EVOLUTION AND CONFRONTATION WITH THE CURRENT GERMAN MODEL

Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹

Recebido em: 22/02/2019

Aceito em: 06/11/2019

p-pimenta@uol.com.br

Resumo: O trabalho tem por objeto de exame a repartição de competências realizada por todas as Constituições brasileiras, inclusive a de 1988. Considerando-se que o Estado Federal, entre nós implementado com a Proclamação da República, tem como um dos pressupostos a divisão de competências entre os entes federados, examinar-se-á a evolução ocorrida em nosso direito constitucional positivo. Verificar-se-á que a Carta atual se baseou no modelo estabelecido pela Lei Fundamental alemã, no entanto, deste atualmente se encontra muito distante, tendo em vista que na Alemanha foram realizadas duas grandes reformas no Federalismo, uma em 1994 e a outra em 2006, as quais modificaram bastante o perfil original da Constituição, ampliando as competências dos Estados-Membros, em detrimento de uma diminuição dos poderes da União. Isso ocorreu com algumas inovações, uma delas pioneira em termos de direito comparado, que é a competência de divergência, que possibilita a lei estadual regulamentar determinada matéria em detrimento da legislação federal, no âmbito da competência concorrente. Em tais casos, não ocorrerá uma derrogação do direito federal, e sim uma preferência de aplicação da lei estadual, a qual, todavia, poderá ser afastada em face da edição de uma lei federal posterior. Com essas alterações formais em sua Constituição, a Alemanha caminhou para um modelo de federalismo cooperativo, o que não ocorreu em nosso país, após três décadas de vigência do atual Texto Magno.

Palavras-chave: Competências. Constituição. Modelo alemão.

Abstract: This study examines the distribution of competences carried out by all the Brazilian Constitutions, including that of 1988. Considering that the Federal State, implemented with the Proclamation of the Republic, has as one of the presuppositions the division of between federated entities, the evolution of our positive constitutional law will be examined. It will be verified that the current Charter was based on the model established by the German Basic Law, however, it is currently very distant, since in Germany two major reforms were carried out in Federalism, one in 1994 and the other in 2006, which greatly modified the original profile of the Constitution, extending the competences of the Member States to the detriment of a reduction in the Union's powers. This was done with some innovations, one of them pioneering in terms of comparative law, which is the competence of divergence, which allows state law to regulate certain matter to the detriment of federal legislation, within the scope of concurrent jurisdiction. In such cases, there will be no derogation from federal law, but rather a preference for state law enforcement, which, however, may be waived in the light of the subsequent federal law. With these formal amendments to its Constitution, Germany moved to a model of cooperative federalism, which did not happen in our country after three decades of the current Great Text.

Keywords: Competences. Constitution. German Model.

¹ Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador – Bahia - Brasil

1. INTRODUÇÃO

O advento do federalismo no Brasil, ocorrido com a Proclamação da República, importou na adoção, pela Constituição de 1891, de um modelo de repartição de competências baseado no federalismo clássico, de raiz norte-americana.

Grandes mudanças nesta sistemática foram operadas com a promulgação da Carta de 1934, a qual, inspirada na Constituição alemã de Weimar, mesclou as técnicas clássicas com a novidade da separação entre as competências concorrentes e a não cumulativa.

As nossas Cartas posteriores, em linhas gerais, mantiveram este modelo. Finalmente, com a Constituição de 1988 buscou-se implementar um tipo de federalismo cooperativo, reduzindo-se os poderes da União em prol do fortalecimento das autonomias dos Estados-Membros e dos Municípios.

Já na Alemanha, a sistemática pioneira de repartição de competências, inaugurada com a *Grundgesetz* (Lei Fundamental) de 1949, foi objeto de duas grandes reformas, decorrentes do processo de reunificação. A primeira foi realizada em 1994, tendo como ponto principal a eliminação da denominada “cláusula de imprescindibilidade”. A segunda, de caráter muito mais profundo, ocorreu em 2006, apresentando como principais pontos a revogação da legislação quadro, introdução da competência derogatória, modificação na repartição das competências federais, proibição de intromissão dos Estados na área de competência dos Municípios, nova regulamentação dos representantes dos estados e, por fim, modificação na Constituição Financeira. Destes, a maior novidade foi a competência derogatória (*Abweichungsgesetzgebung*), indicada no art. 72, III, GG, o qual significa que em determinadas matérias, quando a União exercitar a sua competência, os Estados membros poderão, por meio de lei, editar regras divergentes da legislação federal.

No presente trabalho buscar-se-á analisar a evolução da repartição de competências nas Constituições brasileiras e o confronto entre a Carta de 1988 com os parâmetros que lhe inspiraram, localizados na Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) de 1949.

Observar-se-á, ainda, que as mudanças formais, pelas quais o federalismo alemão passou, resultaram em um fortalecimento das competências dos Estados e em uma redução das atribuições da União, o que não ocorreu entre nós. Por tal motivo, será possível verificar que existe na atualidade um afastamento do nosso direito constitucional positivo, neste particular, em relação ao direito alemão.

2. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1. A repartição como pressuposto de existência do Estado Federal

Um dos traços característicos do Estado Federal é a existência de ordens jurídicas parciais ao lado da ordem jurídica nacional, convivendo harmonicamente. Os entes federados gozam de autonomia legislativa para produzirem normas que compõem as ordens parciais, enquanto a Federação dispõe de competência para editar normas que formam a ordem nacional.

Sendo assim, é indispensável que as competências legislativas sejam delineadas expressamente no texto da Constituição Federal, a fim de que a autonomia dos entes federados seja formalmente reconhecida. Com isso evita-se, também, a existência de um conflito entre as atribuições dos entes.

Em nível de direito comparado, identificam-se duas técnicas de repartição das competências. A primeira, mais antiga, utilizada nos Estados Unidos da América, denominada de “técnica do federalismo clássico” ou do “federalismo dual”, resulta de uma repartição horizontal, combinando-se

os poderes enumerados, remanescentes e concorrentes. Consoante leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nesse caso ocorre uma separação das competências dos entes federados, por meio da definição de âmbitos materiais privativos, que excluem a participação de outro ente, por aquela área não alcançada (1990, p.203). Foi esse o modelo adotado pelos Estados Unidos da América, cuja Constituição especificou os poderes da União (art.1º, seção 8), restando para os Estados todos os demais poderes que não foram expressamente atribuídos à ordem central e nem foram vedados para as ordens parciais. É importante observar que a expressão “poderes reservados” aos Estados surgiu em face de determinadas circunstâncias históricas. Como a Federação norte-americana nasceu da reunião de Estados autônomos, os quais, portanto, já detinham plexos de competências, pretendeu-se manter para estes os poderes que já exerciam anteriormente, ou seja, os que já lhe eram “reservados” antes do processo de independência da Inglaterra.

Várias constituições de diferentes Estados federais adotaram essa técnica (DIAS, 2000, p.48), como, por exemplo, a Argentina de 1853 (arts.67 e 104), da Venezuela, de 1961 (arts.7, 17 e 136), do México, de 1917 (arts.73 e 124), da Suíça, de 1874 (art.1º, 3º e 70), e da União Soviética de 1977 (arts.73 e 76).

O outro modelo de federalismo, o cooperativo, que parte da premissa de uma relação mais equilibrada entre os entes federados - numa tentativa de redução dos poderes da ordem central -, adota a técnica da separação vertical, por meio da qual uma mesma matéria é atribuída a diferentes entes, restando ao ente central o estabelecimento de “normas gerais”, ficando para os Estados-membros a definição das regras particulares, específicas (FERREIRA FILHO, 1990, p.203). Outorga-se, nesse caso, competência, denominada de “concorrente”, que pode ser de dois tipos: a)cumulativa- não há uma definição prévia das áreas de competência da União e dos Estados-membros, podendo em tese ocorrer um conflito entre as regras por estes produzidas;²b) não-cumulativa – atribui-se, dentro de um mesmo campo material, um nível superior para a ordem central, competente para a edição das “normas gerais”, restando para os Estados uma competência suplementar (FERREIRA FILHO, 1990, p.203-204).

Essa técnica foi inaugurada pela Constituição de Weimar, de 1917, sendo, posteriormente, adotada pela atual Carta alemã e pelas constituições brasileiras, posteriores a de 1934, inclusive a atual,³ dentre outras.

Estabelecidas essas premissas, é importante analisar como a matéria foi tratada pelas constituições do Brasil, para que se possa melhor compreender a sistemática atual.

2.2. A repartição de competências nas Constituições brasileiras

A repartição de competências prevista pela Constituição de 1891⁴ acompanhou a técnica do federalismo clássico. O art. 34, item 33, conferia competência ao Congresso Nacional para “decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União”. No entanto, as competências da União não eram enumeradas, de forma sistemática, em dispositivos constitucionais. Pelo contrário, encontravam-se dispersas pelo texto, muitas vezes em caráter implícito.

De outro lado, o art. 13 prescrevia uma competência legislativa comum da União e dos Estados para legislarem sobre viação férrea. Já no art. 35, prescrevia-se um campo de competências administrativas não privativas do Congresso. O art.68 regulava a autonomia dos municípios,

² Para solucionar o conflito entre as normas elaboradas pela União e as produzidas pelos Estados, os sistemas que adotam esta técnica prevêm critério para solucionar essa contradição, como, por exemplo, o da prevalência do direito federal, solução adotada pela Lei Fundamental da Alemanha (GG, art. 31), em sua versão original.

³ Convém observar que as nossas constituições combinaram a técnica alemã com a do federalismo clássico.

⁴ A Constituição do Império de 1824 não dispunha sobre o assunto, eis que o modelo de Estado adotado não era o Federal, e sim o Estado Unitário. Não havia, assim, dispositivos elencando as competências das Províncias.

estabelecendo que “os Estados organizar-se-ão de fôrma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”. Carlos Maximiliano (2005, p.662) criticava este dispositivo, afirmando que apesar de se limitar a Constituinte a assegurar a autonomia do município, esta não existe efetivamente. Opera-se lamentável retrocesso no sentido da aproximação do systema vigorante sob o Império unitário e, portanto, logicamente centralizador.

E esclarecia:

o Estado possui todas as atribuições *não proibidas* expressa ou implicitamente pela Constituição da Republica; o município, as que lhe são *delegadas* expressa ou implicitamente pelo estatuto básico ou lei ordinária regional, ressalvada a autonomia garantida pelo código supremo do Brasil. (2005, p.663)

Contudo, o núcleo da divisão de competências era indicado no art. 65, §2º, que conferia aos Estados “em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.”. Ao comentar esse dispositivo, Carlos Maximiliano assinalava que este enunciado havia sido inspirado na Constituição norte-americana, e concluía: “tudo o que se não attribue à União expressa ou implicitamente, nem se proíbe aos Estados, é da competência destes”. (2005, p.653).

É notória, destarte, a influência que o direito norte-americano exerceu sobre a nossa primeira carta republicana, inclusive na repartição de competências entre os entes federados, que seguiu exclusivamente a técnica do federalismo clássico, vale reafirmar.

Grande mudança na forma de regulamentar a matéria operou-se com a Constituição de 1934. À época da sua elaboração já era conhecido o modelo inovador da Constituição alemã de Weimar, que apresentava a técnica da competência concorrente não-cumulativa.

De maneira sistemática, o art. 5º elencava as competências privativas da União, as quais englobavam tanto as atribuições administrativas (ex: manter o serviço de correios), quanto legislativas. O §3º deste dispositivo veiculava, então, a grande inovação: a possibilidade de os Estados legislar supletivamente sobre as matérias indicadas nos incisos XIV a XIX, letras “c” e “i”, *in fine* e sobre outras matérias, esclarecendo-se que, em tais situações, as leis estaduais poderiam, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências destas”. Essa competência dos Estados-membros era reafirmada no art. 7º, III, que mencionava a atribuição para “elaborar leis suppletivas ou complementares da legislação federal, nos termos do art. 5º, §3º”. Apareceu, destarte, a fórmula alemã da competência concorrente, em nosso direito positivo.

Outrossim, surgiu pela primeira vez em nosso sistema constitucional a expressão “normas gerais”. O inciso XIX, “i” do art.5º conferia à União competência para legislar sobre “commercio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do paiz; *normas geraes* sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas

pelo bem público”. Tratava-se de competência concorrente, submetida, portanto, à faculdade de legislação supletiva ou complementar dos Estados.

De outro lado, a Carta em epígrafe ratificava a técnica do federalismo clássico, concedendo aos Estados, em seu art. 7º, IV, os poderes “reservados”, repetindo quase que literalmente o dispositivo da Carta de 1891 que versava sobre o assunto.⁵

Além disso, foi estabelecida no art. 10 uma área de competência administrativa concorrente entre União e Estados, que alcançava as tarefas de velar pela guarda da Constituição e das leis, cuidar da saúde e assistência públicas, proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte, promover a colonização, fiscalizar a aplicação das leis sociais, difundir a instrução pública em todos os seus graus. Neste leque também estava incluída a competência tributária para “criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente”.

Quanto à autonomia municipal, foi assegurada pelo art. 13, repetindo-se a fórmula do critério do peculiar interesse, adotada pela Carta de 1891,⁶ de forma detalhada, porém, se assegurava a autonomia organizativa, a autoadministração, conferindo-se a tais entes competência tributária para criar e arrecadar os seus impostos e taxas, com liberdade para aplicação das respectivas receitas.

Essa Carta apresentava, ainda, em seu art. 7º, § único, outra inovação, que era a possibilidade de delegação por parte dos Estados, mediante acordo com a União, para que servidores federais pudessem executar leis e realizar serviços estaduais.

Os parâmetros adotados pela Constituição de 1934, mesclando técnicas diferentes de outorga de competência, de forma geral, foram seguidos por todas as cartas constitucionais posteriores.

Com a outorga da Carta de 1937, pela primeira vez foram separadas em dispositivos diversos, arts. 15 e 16, respectivamente, as competências privativas, não-legislativa (administrativa) e legislativa da União. Outra inovação foi a previsão pelo art. 17 da possibilidade de delegação aos Estados, por meio de lei, de competência exclusiva da União, para regular ou suprir lacunas da legislação federal, quando se tratasse de questão do interesse, de maneira predominante, de um ou mais Estados.

A competência concorrente mais uma vez foi prevista em sede constitucional, no art. 18, conferindo-se atribuições aos Estados para legislarem sobre determinadas matérias, a fim de suprir as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal, até que esta os regule. Em caso de superveniência da lei federal, o parágrafo único do art. 18 estabelecia que ocorreria a revogação da lei estadual anterior, no que fosse incompatível com a nova legislação federal. Ou seja, adotava-se o critério temporal (lei posterior derroga a anterior) para resolver a antinomia jurídica.

⁵ O art. 7º, IV da Carta de 1891 prescrevia que cabia aos Estados “exercer, em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não fôr negado explicita ou implicitamente por clausula expressa desta Constituição”.

⁶ O art. 13 da Constituição de 1934 estabelecia que “os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente...(*omissis*)”.

Quanto aos “poderes remanescentes”, encontravam previsão no art. 21, II, seguindo-se a fórmula tradicionalmente adotada pela Carta de 1891. De igual modo, a autonomia municipal continuou sendo assegurada (art.26), nos mesmos moldes previstos pela Carta pretérita, com restrições quanto ao autogoverno.

Por fim, o art. 19 admitia a execução de serviço público federal pelos Estados, desde que autorizada por lei. A situação inversa também era admitida pelo art. 22, neste caso, por meio de acordo entre o Governo Federal e os Estados.

Com a promulgação da Constituição de 1946, as competências legislativa e não-legislativa da União novamente foram reunidas no mesmo dispositivo (art.5º). Quanto aos poderes remanescentes (reservados) dos Estados, foram assegurados pelo art. 18, §1º.

Manteve-se a técnica da competência concorrente no art. 6º, restando aos Estados, neste caso, a competência supletiva ou complementar. É importante observar que a Carta não detalhava, de forma expressa, o papel a ser desempenhado pelas normas de competência da União em tais situações. Todavia, mais uma vez apareceu a expressão “normas gerais” no âmbito da competência concorrente. O art. 5º, XV, “b” outorgava competência à União para legislar sobre “normas gerais de direito financeiro”; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário”. Ademais, não seguiu a fórmula da Constituição então revogada, quanto à superveniência de lei federal sobre matéria então regulada por lei estadual.

Ao comentar o art.6º da Constituição de 1946, segundo o qual “a competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras “b”, “c”, “d”, “f”, “h”, “j”, “l”, “o” e “r”, não exclui a legislação supletiva ou complementar”, Carlos Maximiliano tentou esclarecer o significado desta competência dos Estados-membros, afirmando o seguinte:

”não se trata apenas da admissibilidade de lei estadual SUPLETIVA, isto é, de suprir as *deficiências* do preceito federal; mas também de COMPLEMENTAR, isto é, que adicione pormenores à regra primitiva nacional. Não é lícito, entretanto, INOVAR; cada Estado ficará adstrito à orientação traçada pelas normas positivas promulgadas pela União. A interferência da legislação local visará apenas as NECESSIDADES E PECULIARIDADES REGIONAIS, providências de ordem pública, que indiscutivelmente se coadunem com o sistema, as exigências e as outorgas de origem federal” (1948, p.204).

Evidencia-se, assim, que o autor defendia a existência prévia de lei federal para que os Estados pudessem exercer a sua competência supletiva ou complementar.

No mesmo sentido posicionava-se Themístocles Brandão Cavalcanti, ao asseverar que a característica do art.6º acima mencionado é a necessidade absoluta de que haja lei federal, sem a qual não existe a competência dos Estados; por isso que supletiva e complementar, pressupõe a existência dos elementos essenciais, primários, atribuídos pela Constituição, à União. (1956, p.171)

Examinando o tema, Pontes de Miranda apresentava posição intermediária, defendendo a desnecessidade de existência de lei federal em relação aos incisos “b” e “d”, que versam sobre normas gerais. Com ou sem a existência destas, os Estados poderiam legislar. No entanto, em relação às demais hipóteses de competência concorrente, a Carta teria exigido a prévia existência de lei federal (1947, p.343).

As competências não-legislativas concorrentes não foram previstas, no entanto, o art. 18, §3º novamente estabeleceu a execução de serviço público estadual pela União e vice-versa, em ambas as situações mediante acordo entre os entes federados.

A autonomia municipal foi restabelecida (art.28), assegurando-se a autoadministração e o autogoverno, embora houvessem sido previstas duas hipóteses de nomeação de Prefeitos pelos Governadores dos Estados.

Com o advento da Carta de 1967 o modelo da Carta de 1946, em linhas gerais, não foi alterado. O art. 8º regulava a competência da União, reunindo tanto as atribuições administrativas quanto as legislativas. Em relação a estas, previu-se expressamente no §2º do art. 8º a competência concorrente dos Estados, da seguinte forma: “§2º. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das letras *c, d, e, n, q* e *v* do item XVII, respeitadas a lei federal”. Nota-se que a Constituição se referiu apenas à legislação “supletiva”, condicionando a legislação à lei federal.

Ademais, os poderes remanescentes dos Estados foram mais uma vez assegurados (art.13, §1º), mantendo-se, ainda, a autonomia municipal (art.16), com base no critério do “peculiar interesse”, a qual sofria restrições quanto ao autogoverno, na medida em que foram previstas algumas hipóteses de nomeação de Prefeitos municipais.

Veio a lume, então, a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, que manteve essa sistemática de distribuição de competências em seu art.8º, sem alterações quanto à redação dos dispositivos semelhantes constantes na Carta de 1967. De igual modo, os poderes remanescentes dos Estados e a autonomia municipal foram assegurados, respectivamente, no art.13, §1º e art. 15.

Ao analisar o texto constitucional então em vigor, havia divergência doutrinária quanto ao significado da legislação supletiva, bem como quanto à necessidade ou não de preexistência de lei federal para que os Estados pudessem exercer as suas competências concorrentes. Pontes de Miranda entendia que nas hipóteses em que a competência da União limitava-se ao estabelecimento de normas gerais (art. 8º, XV, “c” e “q”), não havia necessidade de preexistência destas para que os Estados pudessem legislar (1987, p.173). Com relação às demais hipóteses constitucionais de competência concorrente, existiria a exigência de prévia existência de lei federal (1947, p.343). Deste posicionamento divergia Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que não parece necessário preexistir lei federal para que o Estado federado possa usar da competência supletiva. Seria desarrazoado até que numa das matérias em que o Estado-membro tem competência *supletiva*, este ficasse inerte, à espera de que a União fizesse valer sua precedência, para regulá-la (1972, p.112).

Quanto ao significado da competência “supletiva”, lecionava o Professor Catedrático da USP que a expressão também compreenderia a competência complementar, pois a referência à legislação supletiva não teria sido utilizada no sentido adequado - como legislação que integra lacunas-, pois em

diversos dispositivos a legislação estadual fica adstrita à legislação da União sobre normas gerais, não podendo, neste particular, colmatar lacunas (1972, p.110).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o tema da divisão de competências ganhou contornos diferentes, por diversos fatores, principalmente em face da tentativa empreendida pelo constituinte de estabelecer um modelo de federalismo cooperativo, reduzindo a concentração de poderes em mãos da União, consoante será adiante examinado de forma detalhada.

3. O MODELO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1. Parâmetros gerais

A Constituição Federal de 1988 previu um sistema complexo de repartição de competências entre os entes federados. De um lado, a competência foi repartida horizontalmente, outorgando-se aos entes federados atribuições privativas para atuarem em determinadas áreas. De outro, previu-se a competência concorrente, adotando-se, portanto, o modelo da repartição vertical, seguindo-se a trilha aberta pela Carta de 1934, acima analisada. Por fim, admitiu-se, ainda, a delegação de competências da União para as ordens parciais, por meio de lei complementar.

As competências legislativa e não-legislativa privativas da União foram previstas, respectivamente, pelos arts. 22 e 21 da Carta Magna. Em relação aos Estados, titularizam as competências remanescentes (art. 25, §1º) - segundo a tradição adotada pelo constitucionalismo brasileiro desde a nossa primeira Carta republicana-, bem como a competência privativa não legislativa para explorar, diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás localizado (art. 25, §2º); e a competência legislativa para instituir regiões metropolitanas (art. 25, §3º) e a de regular a criação, fusão, incorporação e o desmembramento de municípios (art. 18, §4º).

Quanto às competências municipais, foram conferidas, em caráter privativo, no art. 30, tanto as legislativas (art. 30, I) quanto as não-legislativas (art. 30, III a IX). Adotou-se basicamente como critério de repartição horizontal de competência, do “interesse local”, em substituição ao “peculiar interesse”.

No que se refere ao Distrito Federal, tido como integrante da Federação (arts. 1º e 18), outorgou-se as competências reservadas aos Estados e aos Municípios (art. 32, §1º).

Além dessas competências privativas, a Carta regulou as competências administrativas comuns dos entes federados (art. 23) e as competências legislativas concorrentes (art. 24 e art. 30, II).

Por fim, previu-se a possibilidade de delegação de competências legislativas privativas da União, reguladas no art. 22, aos Estados-Membros, por meio de lei complementar (art.22, § único).

A sistemática abraçada pela Constituição Federal tentou operacionalizar uma descentralização das competências da União, na busca da implementação de uma maior cooperação entre os entes federados. Por essa razão, foram previstas uma área de competências comuns (art.23) e de uma esfera de competências concorrentes (art.24).

A descrição deste modelo constitucional revela a sua fonte de inspiração, a Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz*), atual Constituição da República Federal da Alemanha, que merece uma análise mais detalhada, para que se possa melhor compreender o modelo brasileiro.

3.2. O modelo alemão: concepção inicial e as reformas do federalismo

Ao regular as competências legislativas dos entes federados, a Carta alemã estabelece uma separação entre a competência exclusiva e a concorrente, a exemplo da carta brasileira.

No âmbito da legislação exclusiva da Federação, prevista pelo art. 73 da *Grundgesetz*, apenas a ordem central (*Bund*) detém competência para dispor sobre determinadas matérias (ex: sistema monetário, sistema postal e telecomunicações, soberania do Estado, etc.). Esta competência também pode ser identificada em outros setores da Constituição, quando a matéria estiver relacionada com a Lei Federal. Na área desta modalidade de competência, os Estados (*Länder*) têm autorização para legislar apenas se para isso forem expressamente autorizados por uma lei federal, consoante prescreve o art. 71.⁷ Na prática, observa Ipsen que raramente esta autorização tem sido concedida aos Estados-membros. (2006a, p.144).

O modelo de repartição de competência concorrente previsto originariamente pela Lei Fundamental de 1949 foi objeto de duas reformas, ambas realizadas com o propósito de aumentar a autonomia dos Estados-Membros, em detrimento de uma diminuição dos poderes da União.

A primeira reforma, no período posterior à reunificação, ocorreu no ano de 1994. O inciso II do art. 72, da Lei Fundamental estabeleceu que a União poderia legislar em matérias objeto de competências concorrentes apenas quando se fizessem presentes determinados requisitos, dentre os quais se destacava a cláusula da imprescindibilidade (*Erforderlichkeitsklausel*).

Antes, vigorava a cláusula da necessidade (*Bedürfnisklausel*), que estabelecia que a regulamentação por meio de lei federal poderia ocorrer diante de algum dentre três requisitos: a) quando a matéria não pudesse ser regulada pelos Estados de forma eficaz; b) quando a regulamentação de um determinado assunto pelo Estado-Membro pudesse causar prejuízos aos interesses de outros Estados ou de todos, de maneira geral; c) nos casos necessários à manutenção da unidade legal ou econômica, em especial as condições de vida uniformes em toda a Federação (HORBACH, 2015, p.1).

A introdução da cláusula de imprescindibilidade, em 1994, decorreu de uma tentativa de fortalecer os entes locais. Para isso, o inciso II do art. 72 restringiu a atuação da União às matérias ali previstas apenas quando fosse necessária lei federal para manutenção das condições uniformes de vida no território nacional ou para preservar a unidade jurídica ou econômica (*Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit*). No entanto, como a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) limitou essa inovação ao âmbito da legislação-quadro, as competências dos Estados ficaram limitadas ao papel, como critica Peter Huber (2018, p.9).

Outra modificação inserida pela Reforma em pauta foi a inserção do inciso III ao art. 72, autorizando os Estados a regulamentar determinadas matérias, indicadas neste dispositivo, em face da ausência de regulamentação por parte da União (*Bund*).

O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) manifestou-se em algumas oportunidades sobre tais modificações, no sentido de reduzir os poderes da União e assegurar a autonomia dos Estados. O mais importante julgado sobre essa matéria foi o *Altenpflegegesetz* (BVerfGE 106), no qual a Corte gizou os critérios para a elaboração de leis federais com base na cláusula da imprescindibilidade. (HORBACH, 2015, p.2).

A antiga legislação-quadro (*Rahmengesetzgebung*), outrora prevista pelo art. 75, foi alterada (HESSE, 1998, p.194) Manteve-se, porém, a característica da competência concorrente como uma

⁷ O art. 71 dispõe o seguinte, *in verbis*: “Im ‚Bereiche der ausschliesslichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden”.

competência plena (IPSEN, 2006a, p.145). Logo, o perfil desta modalidade de competência, como uma competência subsidiária dos Estados-membros, desapareceu, como assinala Ipsen (2006a, p.146).

Veio a lume, então, em 01/09/2006, uma reforma ainda mais ampla do Federalismo, denominada de "Föderalismusreform I", oriunda de uma Comissão composta no Senado em junho de 2003, cujo objetivo maior era o fortalecimento das competências dos Estados (DEGENHART, 2006, p.1209). Os principais pontos dessa reforma foram os seguintes: revogação da legislação quadro, introdução da competência derogatória, modificação na repartição das competências federais, proibição de intromissão dos Estados na área de competência dos Municípios, nova regulamentação dos representantes dos estados e, por fim, modificação na Constituição Financeira (HUBER, 2018, p.1).

A legislação quadro (*Rahmengesetzgebung*), regulada pelo art.75 da GG foi eliminada da Constituição. Entendeu-se que se tratava de um corpo estranho, no quadro da repartição das competências, pois não se harmonizava com o art. 70, além do que conferia competência aos dois entes federados (União e Estados), gerando conflitos no exercício destas atribuições (HUBER, 2018, p.15). Em seu lugar, surgiu, em caráter pioneiro, em termos de direito constitucional comparado, a *Abweichungsgesetzgebung*, que exige um exame mais detalhado, para não gerar confusões. Sobre a matéria, o magistério de Christoph Degenhart, Professor da Universidade de Leipzig, é precioso (2006, p.1212-1213). Segundo ele, com a competência de divergência, os Estados passaram a ter, em determinadas matérias, a possibilidade de editarem leis e divergirem do direito federal. Foi uma compensação para a antiga legislação-quadro que a União titularizava. Com isso, as competências dos Estados foram ampliadas. Convém observar, no entanto, que não se trata de uma derrogação, como pontua Degenhart (2006, p.1212), e sim de uma preferência para a aplicação do direito estadual (*Anwendungsvorrang*), em detrimento do federal. Não se trata de uma competência para editar uma legislação suplementar, em face da omissão da União. Caso a lei estadual seja posteriormente revogada, a lei federal volta, então, a vigor automaticamente naquele Estado. O conceito de divergência, destarte, não se equipara ao de suplementação, arremata Degenhart (2006, p.1213).

Ao comentar essa novidade, Peter Huber, por seu turno, assinala que se trata de uma ponte entre os arts. 30,31 e 70 da Constituição (2018, p.16-17). No âmbito da doutrina alemã, essa inovação é alvo de algumas críticas. Huber, por exemplo, assinala que existe o perigo de um esfacelamento da concepção sistemática do federalismo, em face da possibilidade existente de os Estados contrariarem a União (2018, p.17). Hans-Jürgen Papier, Professor da Universidade de Munique e ex-Juiz do Tribunal Constitucional Federal, chega a colocar em dúvida o fundamento da legitimidade da Federação, em face dessa reforma (2018, p.7).

Destarte, tais alterações atingiram em cheio o art. 72 da Lei Fundamental, separando a competência concorrente em três modalidades, por meio das quais as relações entre a Federação e os Estados foram regulamentadas de forma diferenciada: as competências centrais (básicas) (*Kernkompetenzen*), Art. 72, I; as competências necessárias (*Bedarfskompetenzen*), art. 72, II e as competências de divergência (*Abweichungskompetenzen*), art. 72, III.

As competências centrais (básicas) constituem modalidade de competência concorrente, prevista no art. 72, inciso I, que autoriza os Estados a legislarem em face da não utilização pela União de sua competência legislativa. Assim, a edição da lei federal importará em um efeito de bloqueio temporário e material (*zeitliche und sachliche Sperrwirkung*) à edição da legislação estadual. Isso significa que a legislação federal, no âmbito da competência concorrente, excluirá, provisoriamente, uma legislação futura estadual sobre a mesma matéria.⁸

Além disso, nesta modalidade de competência não se exige o exame da imprescindibilidade da lei federal, previsto pelo art. 72, 2, da GG. Este dispositivo regula a competência necessária, segundo a qual em determinadas matérias, previstas pelo art. 74, incisos, 4, 7, 11, 13, 15, 19^a, 20, 22,

⁸ Assim, a diferença entre competência exclusiva e a competência concorrente central reside em que na primeira é excluída, em caráter permanente, uma atuação dos Estados-membros, enquanto na segunda estes poderão atuar, em face da inércia da Federação (*Bund*).

25 e 26, a Federação tem o direito de legislar se for necessária a legislação para proporcionar iguais condições de vida no âmbito federal ou a concessão do direito ou uniformidade econômica no interesse geral do Estado. Em outras palavras, a legislação só poderá ser promulgada em face da presença do pressuposto constitucional da necessidade. Se não houver necessidade da lei federal, a competência poderá ser exercida pelos Estados. Em relação às matérias não contempladas por tais incisos do art. 24, existe uma presunção de necessidade que milita em favor da Federação (BADURA, 2010, p.648-653).

Boa parte da legislação sobre Direito Civil e Direito Penal inclui-se nessa modalidade de competência, posto que a introdução de lei federal não possibilita a edição de leis estaduais (IPSEN, 2006a, p.147)

Já as competências necessárias, exigem a observância da cláusula da imprescindibilidade, introduzida pela Reforma de 1994, acima examinada. Assim, caso a legislação federal não seja imprescindível, a lei estadual (*Landesrecht*) pode substituí-la.

Por fim, a maior inovação foi a competência derogatória, indicada no art. 72, III, GG, a qual significa que em determinadas matérias, quando a União exercita a sua competência, os Estados membros poderão, por meio de lei, editar regras divergentes da legislação federal. As matérias objeto desta competência são predominantemente as mesmas que constavam no art. 75, revogado, que versava sobre a legislação-quadro. A diferença é que no sistema antigo havia uma alternatividade: a lei poderia ser promulgada pela Federação ou pelo Estado. Agora existe uma dupla competência dos Estados e da Federação para legislar sobre a mesma matéria, cujo rol está descrito no art. 72, III.

Curioso é que se a União vier a legislar futuramente sobre as matérias objeto de divergência, prevalecerá a lei federal, em detrimento da estadual, por se tratar de lei posterior. Esse modelo possibilita, por conseguinte, o aparecimento de conflitos entre o direito federal e o direito estadual. Em tais situações, o critério a ser utilizado será o da lei posterior, por força de expressa previsão constitucional (art. 72, 3, segunda parte). Será afastada, portanto, a regra da prevalência da lei federal (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), prevista no art. 31 da Lei Fundamental.

Esta modalidade de competência, segundo Ipsen, representa uma autêntica competência concorrente, pois existe uma competição entre os Estados e a União, enquanto as demais versam sobre uma competência subsidiária dos Estados-membros (2006b, p.2804). Disso pode resultar o que a doutrina chama de jogo de "ping-pong", comprometendo a segurança jurídica (HUBER, 2018, p.14)

O problema ainda é maior em face da possibilidade de que as normas estaduais divergentes não necessitam se opor totalmente as leis federais, A divergência pode ser apenas parcial. Assim, em determinado Estado pode ocorrer que parte da lei federal seja aplicável, enquanto a lei estadual prevalecerá em outros pontos, uma hipótese de verdadeira combinação de leis.

A Lei Fundamental prescreve, ainda, no art. 109, 3, uma legislação de princípios da Federação, sobre o direito orçamentário, que alcança tanto a União quanto os Estados. Não se trata nem de competência exclusiva nem de concorrente, e sim de uma terceira modalidade de repartição de competências, uma competência atípica, que se aproxima da antiga legislação-quadro, como observa Konrad Hesse (1998, p. 195).

Outrossim, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) reconhece à União a existência de competências legislativas não escritas (*ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen*) na Lei Fundamental, que podem ser de três modalidades: a) competência federal por força de conexão objetiva (*Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs*); competência anexa (*Annex-Kompetenz*) e competência decorrente da natureza da coisa (*Kompetenz aus der natur der Sache*).

A competência por força de conexão objetiva é reconhecida na seguinte situação: quando a União não pode regular expressamente uma matéria, sem dispor sobre uma outra que não lhe é expressamente conferida, ou seja, quando uma intervenção na matéria não expressamente atribuída para a União é condição para a regulamentação de determinado tema que se insere na órbita da sua competência legislativa (IPSEN, 2006a, p.154). Ex: direito de expropriação, processo administrativo, matérias que não são expressamente conferidas à União.

O Tribunal Constitucional Federal tem reconhecido em diversos julgados este tipo de competência para a ordem central, como por exemplo, quando reconhece a competência para a

criação de taxas relativas à regulamentação sobre precaução, conferida expressamente à União (IPSEN, 2006a, p.154)

Já a competência anexa, refere-se à hipótese em que é concedida à Federação a autorização para a expedição de dispositivos complementares da regulamentação externa à matéria para a qual detém competência expressa (IPSEN, 2006a, p.154). Nestes casos, uma matéria que não está sujeita à legislação federal, não é autônoma, tendo uma conexão necessária com uma matéria da competência da Federação, sendo por isso considerada como anexa daquela (HESSE, 1998, p. 192).

Por fim, há a competência em razão da natureza da coisa. Neste caso, não existe uma necessária conexão com uma competência expressa da União. Trata-se de âmbito material, que em virtude de sua própria natureza, é mais adequado representar uma competência legislativa *a priori* extraída da matéria federal e que apenas pela União deve ser regulada (IPSEN, 2006a, p.155). Consoante explica Badura, esta competência é conferida para os casos nos quais uma determinada matéria, em face da característica do objeto a ser regulado, somente pode ser da atribuição da Federação (2010, p.645). Como exemplo deste tipo de competência, cita-se a atribuição da Federação para legislar sobre a capital federal, a representação do Estado, os símbolos da Federação, a outorga de medalhas, dentre outras.

O exame perfunctório da repartição de competências prevista pela *Grundgesetz* demonstra que a Constituição alemã, a exemplo da brasileira de 1988, também divide as competências dos entes federados no plano horizontal, conferindo competências exclusivas (privativas), e no vertical, mediante a previsão de competências concorrentes. Esta última modalidade foi alterada com a primeira reforma do federalismo, implementada em 2006, como salientado anteriormente. O regime anterior guarda grandes semelhanças com o sistema brasileiro atual, posto que existia a previsão no art. 75 da GG, revogado pela aludida reforma, de prescrições-quadro (*Rahmenvorschriften*), em cujo âmbito o legislador federal promulgava normas suscetíveis de complementação pelos Estados-membros. Tratava-se, destarte, de competência concorrente não exclusiva, mesma técnica adotada pela atual Constituição Federal do Brasil, conforme acima examinado. No modelo atual, o exercício da competência concorrente pela União (*Bund*)⁹ ficou vinculado à observância de determinados pressupostos constitucionais, o que, na prática, importa em redução da competência da ordem central e na ampliação das atribuições dos Estados federados (*Länder*).

Em face do exposto, verifica-se que o constitucionalismo alemão, por meio de alterações formais na Lei Fundamental, tem caminhado na direção de assegurar cada vez mais a autonomia dos Estados-Membros, reduzindo, simultaneamente, as competências da União. A tendência que pode ser identificada claramente é, pois, no sentido do fortalecimento do federalismo cooperativo.

De outro lado, no Brasil, nos trinta anos de vigência da atual Constituição, não foram efetuadas mudanças na repartição de competências originariamente prevista. O modelo centralizador permanece em vigor, comprometendo a autonomia dos Estados e dos Municípios, em favor de uma centralização cada vez maior dos poderes em mãos da União.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um sistema federalista é indispensável que as competências legislativas sejam delineadas expressamente no texto da Constituição Federal, a fim de que a autonomia dos entes federados seja formalmente reconhecida, evitando-se, também, a existência de um conflito entre as suas atribuições.

⁹ Manteve-se a técnica da competência concorrente não residual, todavia, o exercício desta pela Federação ficou condicionado à observância de determinados pressupostos.

Entre nós, a repartição de competências prevista pela Constituição de 1891¹⁰ acompanhou a técnica do federalismo clássico. No entanto, as competências da União não eram enumeradas, de forma sistemática, em dispositivos constitucionais. Pelo contrário, encontravam-se dispersas pelo texto, muitas vezes em caráter implícito.

Grande mudança na forma de regulamentar a matéria operou-se com a Constituição de 1934. À época da sua elaboração já era conhecido o modelo inovador da Constituição alemã de Weimar, que apresentava a técnica da competência concorrente não-cumulativa.

De maneira sistemática, o art. 5º elencava as competências privativas da União, as quais englobavam tanto as atribuições administrativas (ex: manter o serviço de correios), quanto legislativas. O §3º deste dispositivo veiculava, então, a grande inovação: a possibilidade de os Estados legislarem supletivamente sobre as matérias indicadas nos incisos XIV a XIX, letras “c” e “i”, *in fine* e sobre outras matérias, esclarecendo-se que, em tais situações, as leis estaduais poderiam “atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências destas”. Apareceu, destarte, a fórmula alemã da competência concorrente, em nosso direito positivo.

De outro lado, a Carta em epígrafe ratificava a técnica do federalismo clássico, concedendo aos Estados, em seu art. 7º, IV, os poderes “reservados”, repetindo quase que literalmente o dispositivo da Carta de 1891 que versava sobre o assunto

Os critérios abraçados pela Constituição de 1934, mesclando técnicas diferentes de outorga de competência, de forma geral, foram seguidos por todas as cartas constitucionais posteriores.

Veio a lume, então, a Constituição Federal de 1988, prevendo um sistema complexo de repartição de competências entre os entes federados. De um lado, a competência foi repartida horizontalmente, outorgando-se aos entes federados atribuições privativas para atuarem em determinadas áreas. De outro, previu-se a competência concorrente, adotando-se, portanto, o modelo da repartição vertical, seguindo-se a trilha aberta pela Carta de 1934, acima analisada. Por fim, admitiu-se, ainda, a delegação de competências da União para as ordens parciais, por meio de lei complementar.

A descrição deste modelo constitucional revela a sua fonte de inspiração, a Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz*), atual Constituição da República Federal da Alemanha.

O modelo de repartição de competência concorrente previsto originariamente pela Lei Fundamental de 1949 foi objeto de duas reformas, ambas realizadas com o propósito de aumentar a autonomia dos Estados-Membros, em detrimento de uma diminuição dos poderes da União.

A primeira reforma, no período posterior à reunificação, ocorreu no ano de 1994. O inciso II do art. 72, da Lei Fundamental estabeleceu que a União podia legislar em matérias objeto de competências concorrentes apenas quando se fizessem presentes determinados requisitos, dentre os quais se destacava a cláusula da imprescindibilidade (*Erforderlichkeitsklausel*).

Antes, vigorava a cláusula da necessidade (*Bedürfnisklausel*), que estabelecia que a regulamentação por meio de lei federal poderia ocorrer diante de determinados requisitos.

¹⁰ A Constituição do Império de 1824 não dispunha sobre o assunto, eis que o modelo de Estado adotado não era o Federal, e sim o Estado Unitário. Não havia, assim, dispositivos elencando as competências das Províncias.

Em 01/09/2006, uma reforma ainda mais ampla do Federalismo foi implementada, denominada de "Föderalismusreform I". A maior inovação foi a competência derogatória, indicada no art. 72, III, GG, a qual significa que em determinadas matérias, quando a União exercita a sua competência, os Estados membros poderão, por meio de lei, editar regras divergentes da legislação federal.

Com tais alterações formais no texto da Constituição, o federalismo alemão caminhou para um modelo cooperativo, ao passo que o brasileiro se manteve inalterado, concentrando um leque grande de competências em mãos da União, em detrimento de um enfraquecimento da autonomia dos Estados. Sendo assim, não se pode mais afirmar que a Constituição de 1988 segue o modelo alemão, no que se refere ao modelo de federalismo por esta adotado.

Em face do exposto, verifica-se que o constitucionalismo alemão, por meio de alterações formais na Lei Fundamental, tem caminhado na direção de assegurar cada vez mais a autonomia dos Estados-Membros, reduzindo, simultaneamente, as competências da União. A tendência que pode ser identificada claramente é, pois, no sentido do fortalecimento do federalismo cooperativo.

De outro lado, no Brasil, nos trinta anos de vigência da atual Constituição, não foram efetuadas mudanças significativas na repartição de competências originariamente prevista. O modelo centralizador permanece em vigor, comprometendo a autonomia dos Estados e dos Municípios, em favor de uma centralização cada vez maior dos poderes em mãos da União.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988, 2ªed. São Paulo: Atlas, 2000.

BADURA, Peter. Staatsrecht, 4ªed. München: Beck, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada, 3ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: José Kofino, 1956.

DEGENHART, Christoph. Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. München: Beck, 2006, p.1209-1216.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Curso de Direito Constitucional, 30ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Comentários à Constituição Brasileira, vol I. São Paulo: Saraiva, 1972.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORBACH, Beatriz Bastide. Federalismo alemão fortalece competências estaduais. Consultor Jurídico, 15/08/2015. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 02/10/2018, às 18:31 hs.

HUBER. Peter M. Föderalismusreform I – Versuch eine Bewertung. Disponível em: <http://www.epub.ub.uni-muenchen.de> Acesso em 16/10/2018, às 19:05hs.

IPSEN, Jorg. Staatsrecht, 18ªed. Neuwied: Luchterland, 2006a.

_____. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle. Neue Juristische Wochenschrift. München: Beck, 2006b, p.2801-2806.

MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

_____. Comentários à Constituição Brasileira, vol I, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, vol. I. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

_____. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 01 de 1969, 3ªed, tomo II. Rio de Janeiro: forense, 1987.

PAPIER, Hans-Jürgen. Die Zukunft der Bundesstaatlichkeit. Disponível em: <<http://www.kmk.org>> Acesso em 17/10/2018, às 16:58hs.

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO E CONFRONTO COM O ATUAL MODELO ALEMÃO. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 58, p. 20-34, dez. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/13216>>. Acesso em: _____. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i58.13216>.