

Federalismo alemão fortalece competências estaduais



Beatriz Horbach
assessora no STF

O federalismo alemão já passou por tantas reformas a ponto de se dizer que

o sistema previsto na Lei Fundamental é uma espécie de “canteiro de obras permanente”. [\[1\]](#) Nos últimos anos, quase todas as emendas constitucionais alteraram, direta ou indiretamente, questões ligadas à estrutura federativa.

Especificamente no tocante à competência legislativa concorrente, o texto do art. 72, II, LF, que trata do tema, foi alvo de revisões que objetivaram conter a tendência centralizadora. De acordo com esse dispositivo, a União pode legislar em matérias de competência concorrente apenas quando determinados requisitos estiverem presentes no tema a ser regulamentado: as denominadas cláusulas de necessidade (*Bedürfnisklausel*), antes de 1994, e de imprescindibilidade (*Erforderlichkeitsklausel*), inserida na Lei Fundamental em reforma feita em 1994.

A cláusula de necessidade especificava que a regulamentação federal seria possível quando algum dos seus três requisitos estivesse presente: 1) quando a questão não pudesse ser, de forma eficaz, regulada pelo poder legislativo estadual; ou 2) a regulamentação de um assunto via lei estadual pudesse prejudicar os interesses de outros Estados (*Länder*) ou de todos, de forma geral; ou 3) em casos em que fosse necessário manter a unidade legal ou econômica, especialmente as condições de vida uniformes, (*Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet*) em todo o território federal. Especialmente este último ponto apresenta conceitos genéricos, que passaram a ser utilizados e manipulados a favor da União.



Nesse quadro de domínio federal, a *cláusula de necessidade* deu lugar, em 1994, à *cláusula de imprescindibilidade*, em nova tentativa de fortalecimento dos Estados. O art. 72, II, LF foi reelaborado para diminuir as hipóteses de competência legislativa da União, que passou apenas a legislar nas matérias ali previstas *quando e na medida* (*wenn und soweit*) em que fosse necessária lei federal para manutenção das condições uniformes de vida no território federal ou para preservação da unidade jurídica ou econômica.

Ao mesmo tempo, foi inserido um inciso III a esse artigo, que determinava que a ausência da regulamentação, por parte da União, nas hipóteses previstas no inciso II, daria prerrogativa aos Estados de instituir a matéria omissa em âmbito local. A inexistência de conceitos e regras claras em relação a esses requisitos, entretanto, restou por autorizar a União a seguir fazendo uso, de forma abusiva, de seu poder legiferante.

Assim como o Supremo Tribunal Federal é o *Guardião da Federação* brasileira, o Tribunal Constitucional Federal alemão também ajuda a ditar, por meio de sua jurisprudência, os rumos do federalismo nacional. Nesse contexto, a Corte interveio em diversos casos, manifestando-se pela contenção da tendência unitarista gerada pela constante usurpação, por parte da União, de competências legislativas estaduais. Um exemplo clássico é o *Altenpflegegesetz-Urteil*, que acabou por definir certos critérios para atuação federal^[2].

O *Altenpflegegesetz-Urteil* (decisão sobre lei que regulamenta a profissão de enfermeiro geriátrico) não apenas acabou com discussão que se estendia desde a década de 1980 entre os entes federados sobre essa classe profissional, como também estabeleceu critérios para a elaboração de leis federais baseadas na cláusula de imprescindibilidade. O Tribunal Constitucional ressaltou que lei federal que se enquadrasse em alguma das três condições deveria ser voltada para concretização de “interesses especiais de integração federal” – *besondere bundesstaatliche Integrationsinteressen*^[3] – e, a partir dessa interpretação, procurou definir os critérios do art. 72, II, LF, privilegiando, então, a atuação dos Estados.

Entretanto, a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a essas três hipóteses de utilização da cláusula de imprescindibilidade, ainda que tenha dado norte ao problema, manteve, de certo modo, a situação de indefinição quanto ao real significado de expressões genéricas como “manutenção da unidade econômica” ou “manutenção das condições de vida uniformes”.

Nesse sentido, a Corte declarou, por exemplo, que a União apenas poderia legislar para “manutenção da unidade legal” nos casos em que a existência de diversas leis estaduais sobre um tema pudesse conduzir a uma fragmentação jurídica (*Rechtzersplitterung*) que tivesse intoleráveis consequências a todos os entes federados.^[4] Trata-se de entendimento que evidencia a dificuldade em se controlar os critérios do art. 72, II, LF.

Com objetivo de aumentar o poder de competitividade e de tomada de decisões pela União e pelos Estados, assim como de deixar mais claras as responsabilidades políticas de cada um e melhor especificar a qual ente compete cada matéria^[5], em 2006 entrou em vigor nova alteração do quadro federativo. A “Reforma Federativa”, “Reforma Federativa I”,^[6] ou a “mãe de todas as reformas”, em referência a sua magnitude e importância de influenciar o destino de outras mudanças, foi a maior alteração pela qual a Lei Fundamental de Bonn já passou – modificou 25 artigos – e teve como principal



objeto a reorganização da distribuição de competências legislativas.^[7]

A partir daí, a Alemanha passou a contar com três modalidades de competências legislativas concorrentes: as competências básicas (*Kernkompetenzen*), do art. 72, I, LF; as competências necessárias (*Bedarfskompetenzen*), art. 72, II, LF, e, finalmente, as competências de divergência (*Abweichungskompetenzen*)^[8].

O ponto mais instigante da reforma foi a introdução dessa última (da competência de divergência), sistema de distribuição de competências legislativas que institui técnica completamente inovadora no Direito alemão – quiçá mundial. O art. 72, III, LF concedeu aos Estados a possibilidade de elaboração de regras próprias e divergentes à legislação federal que possam atender de forma mais efetiva suas necessidades e características locais, em determinadas matérias.

Uma lei estadual divergente não revoga a lei federal divergida no âmbito do seu respectivo território estadual, mas passa a ter uma “prioridade de utilização” (*Anwendungsvorrang*), ou seja, passa a valer antes daquela (*geht vor*). Essa questão deixa claro que, com eventual revogação da norma estadual divergente, a lei federal automaticamente passa a valer nesse Estado. Por outro lado, quando a União legislar sobre essas matérias, após a divergência estadual, passa essa lei federal a ter prioridade em relação às leis estaduais divergentes, por ser lei posterior.

Essa possibilidade de que lei federal passe a ter prioridade de utilização em relação a leis estaduais divergentes de mesmo conteúdo, e que os Estados possam novamente divergir das leis federais que foram contrárias a suas antigas leis estaduais válidas, é mecanismo apelidado de *efeito ping-pong* pelos doutrinadores alemães, já que poderia gerar um “vai e vêm” infinito entre legislação federal e estadual. Todavia, apontam, trata-se de hipótese teórica, uma vez que o próprio princípio da fidelidade federativa (*Bundestreue*), tão arraigado na cultura constitucional alemã, seria, por si só, um freio para tal situação.

A introdução do direito de divergência também afetou outra clássica regra do federalismo germânico, constantemente citada entre nós: a ideia de que, colidindo normas do direito federal com estaduais, as leis federais têm preferência em relação às estaduais – princípio emanado do art. 31, LF (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). No campo da legislação concorrente divergente, é válido não mais o princípio da superioridade (*Superioritätsgrundsatz*) ou da primazia do direito federal, mas sim o princípio da posterioridade (*Posterioritätsgrundsatz*).

Para tornar a questão mais complicada, as normas estaduais divergentes não necessitam divergir por inteiro das leis federais. É possível, dessa forma, que em um Estado apenas parte de determinada lei federal seja aplicável, enquanto, para outros pontos específicos, os dispositivos estejam contidos em leis estaduais que dela divergiram.

A decisão de se o Estado utilizará ou não essa prerrogativa de divergência – ou seja, se lei federal valerá integralmente em seu território, sem ação de norma estadual divergente – dependerá do ponto de vista político estadual.^[9] Com a competência legislativa de divergência, peculiaridades regionais podem ser concretizadas de forma mais efetiva. Incentiva-se, portanto, a ideia dos Estados como “laboratórios legislativos”.

Vê-se, pois, que o “canteiro de obras” do federalismo alemão está em constante atividade para criação de



novos arranjos que melhor condicionem a “diversidade na unidade”. A preocupação em conceder maior autonomia em matérias até então conduzidas pela União, o reajuste de competências que alteram, em certa medida, contornos clássicos do modelo federal, bem como o incentivo ao fortalecimento do federalismo competitivo, em detrimento do cooperativo, são temas que ocuparam os debates na última década. Para nós, fica o aprendizado de que é possível ousar mais. Assim como o alemão, também o nosso sistema federativo não é uma estrutura compacta e já acabada, mas pode ser reinventado para seguir desenvolvendo-se.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

[1] BAUER, Hartmut. Kommentierung von Art. 20 GG (Bundesstaat). In: *Grundgesetzkommentar*. DREIER, Horst (Org.). Frankfurt am Main: Mohr Siebeck, 2006, p. 9.

[2] BVerfGE 106, 62, decisão de 24 de outubro de 2002. No caso, o estado da Bavária utilizou-se do controle constitucional abstrato para contestar lei federal que regulamentou profissão de enfermeiro geriátrico (*Altenpflegegesetz*). Esta criou regras unificadas com o objetivo de garantir um padrão de especialização da profissão em todo o território federal. A lei foi considerada essencialmente constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, mas esse, por sua vez, listou alguns critérios para utilização do disposto no art. 72, II GG, pela União. Conferir também o *Juniorprofessor-Urteil* (BVerfGE 111, 226, decisão de 27 de julho de 2004). O Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão declarou, por maioria (5×3), a inconstitucionalidade da lei federal que regulamentava a profissão de “Professor Junior” (*Juniorprofessor*), um cargo das instituições de ensino superior. A lei não preenchia os requisitos do art. 72, II GG.

[3] BVerfGE 106, 62, linha 317.

[4] BVerfGE 106, 62, 145.

[5] BT- Dr 16/813, p. 7.

[6] A “Reforma Federativa II”, ocorrida em 2009, abrange alterações que terão como objetivo harmonizar o orçamento entre União e Estados. Além da alteração do quadro de competências legislativas concorrentes, válido ressaltar que a reforma constitucional de 2006 revogou o art. 75 GG e, consequentemente, extinguiu do direito alemão a competência legislativa de quadro (*Rahmengesetzgebung*) por ele disciplinada. As competências de quadro, inseridas no ordenamento constitucional germânico pela Constituição de Weimar, de 1919, definiam competência federal para promulgar leis que estabelecessem linhas normativas essenciais (normas gerais) à determinada matéria, cabendo aos Estados preencher as lacunas, de acordo com suas peculiaridades e exigências.

[7] Sobre o tema, consultar também: DEGENHART, Christoph., *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. Munique: Beck, 2006; HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 16, n. 62, p. 303-320, jan./mar. 2008; IPSEN, Jörn. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle. *Neue Juristische Wochenschrift*. Munique: Beck, 2006; KUNIG, Philip. Art. 72. *Grundgesetzkommentar*. Münch, Kunig (Org.) Munique: Beck, 2003; STARCK, Christian. *Föderalismusreform*



. Munique: Vahlen, 2007.

[8] Artigo 72 [Legislação concorrente] (1) No domínio da legislação concorrente, cabe aos Estados a faculdade de legislar, enquanto e na medida em que a Federação não faça uso, através de lei, da sua competência legislativa. (2) Em matéria concernente ao artigo 74 §1, alíneas 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, a Federação tem o direito de legislação, quando e na medida em que se fizer necessário um regulamento legislativo federal, no interesse do Estado em seu todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida no território federal ou a preservação da unidade jurídica ou econômica. (3) Se a Federação fizer uso da sua competência legislativa, os Estados podem adotar, por lei, regulamentos distintos sobre: 1. a caça (sem o direito de expedir licença de caça); 2. a proteção da natureza e a preservação da paisagem (sem os princípios gerais da proteção da natureza, o direito de proteção das espécies ou da proteção da natureza marítima); 3. a distribuição do solo; 4. a estruturação do território; 5. o regime hidráulico (sem regulamentos referentes a substâncias ou instalações); 6. a admissão às universidades e os certificados de conclusão das universidades. Leis federais nestas matérias só entrarão em vigor seis meses após a sua promulgação, salvo determinação distinta com a aprovação do Conselho Federal. Nas matérias da primeira frase, prevalece, na relação entre Direito federal e estadual, a lei respectivamente mais recente. (4) Por lei federal pode ser determinado que um regulamento legal da Federação, não mais necessário de acordo com o §2, possa ser substituído por legislação dos Estados.

[9] Ressalte-se que os Estados já estão fazendo uso do art. 72, III, GG no âmbito do direito ambiental. Em 1º de março de 2010, entrou em vigor uma nova versão do Código Federal de Proteção à Natureza (*Bundesnaturschutzgesetz*). Os Estados de Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommer e Schleswig-Holstein editaram normas estaduais divergentes de alguns dispositivos dessa lei federal.

Date Created

15/08/2015