

A competência legislativa concorrente de divergência do Direito alemão

Beatriz Bastide Horbach

Sumário

1. Introdução. 2. A crise do federalismo alemão. 2.1. As competências legislativas concorrentes antes de 2006. 2.2. A Comissão para a Modernização do Ordenamento Federal. 2.3. A Reforma Constitucional de 1.9.2006. 3. A competência legislativa concorrente de divergência. 3.1. Os *núcleos sólidos de divergência*. 3.2. As matérias que podem ser objeto de divergência (art. 72, III, primeira parte GG). 3.3. A *vacatio legis* instituída pelo art. 72, III GG. 3.4. A prioridade de utilização e o “efeito *ping pong*”. 3.5. Direito de divergência – casos especiais. 3.5.1. A relação com a União Europeia. 4. Conclusão.

1. Introdução

A preocupação com a preservação da esfera estadual é constante em países que adotam a forma federativa. Ao deparar-se com o enfraquecimento dos seus Estados-membros (*Länder*), a Alemanha entendeu que a reorganização das competências legislativas seria uma forma eficaz de combater o desequilíbrio entre os entes. Essa foi a base de uma grande reforma constitucional ocorrida em 2006¹.

Após a alteração da Lei Fundamental (ou *Grundgesetz* – GG), o ordenamento germânico passou a ter as seguintes espécies de competência legislativa concorrente: as competências básicas (*Kernkompetenzen*), do

Beatriz Bastide Horbach é Mestre em Direito pela Eberhard-Karls Universität Tübingen, Alemanha. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹ Sobre a denominada “Reforma Federativa alemã”, consultar Horbach (2008).

art. 72, I GG; as competências necessárias (*Bedarfskompetenzen*), do art. 72, II GG; e, finalmente, as competências de divergência, (*Abweichungskompetenzen*), esta considerada a maior e mais importante inovação.

Os Estados alemães, ao fazerem uso da competência de divergência, podem legislar de forma contrária à legislação federal em determinadas matérias. É uma alteração que faz com que sejam revistos diversos conceitos, como o princípio da subsidiariedade, o princípio de que lei federal prevalece sobre lei local e o próprio princípio da fidelidade federal.

O presente artigo indicará os principais aspectos relacionados à competência legislativa concorrente de divergência, expondo seus precedentes e seu impacto na estrutura clássica do federalismo alemão.

2. A crise do federalismo alemão

A incorporação da República Democrática Alemã à República Federal da Alemanha, em 1990, representou um grande desafio ao federalismo alemão. O sistema federativo é considerado o principal mediador da Reunificação, especialmente no tocante à economia e à necessidade de melhora das condições sociais dos novos Estados. Nesse período, houve grande tendência ao fortalecimento do federalismo cooperativo (BAUER, 2006, p.8).

Entretanto, a prática do federalismo cooperativo alemão pós-Reunificação gerou um quadro complexo de entrelaçamento de competências dos entes e conseqüente enfraquecimento da responsabilidade política de cada um. Gradativamente, a União passou a exercer um maior domínio no âmbito das competências legislativas concorrentes, deixando pouco espaço para atuação dos Estados.

Essa foi a principal origem da recente *crise do federalismo alemão*, que ocupou a pauta política da Alemanha nos últimos anos, com intensos debates entre União e Estados. Após muitas negociações, a melhor terapia encontrada foi traduzida

na Reforma Federativa: o reordenamento das competências legislativas concorrentes.

2.1. As competências legislativas concorrentes antes de 2006

A harmonia dos entes federais alemães é mantida com base em princípios tradicionais como o do federalismo cooperativo e o da fidelidade federal (*Bundestreue*). Nas últimas décadas, porém, passou-se a observar o enfraquecimento desses pilares do federalismo germânico e uma tendência centralizadora da União (*Bund*), por meio de contínua diminuição do campo de atuação legislativa estadual.

Especificamente no tocante à competência concorrente², o texto do art. 72, II GG, que trata dessa matéria, já sofreu algumas alterações que tiveram como principal objetivo conter os exageros federais. De acordo com esse dispositivo, a União poderia legislar em matérias de competência concorrente apenas quando determinados requisitos estivessem presentes no tema a ser regulamentado: as denominadas cláusula de necessidade (*Bedürfnisklausel*), antes de 1994, e cláusula de imprescindibilidade (*Erforderlichkeitsklausel*), inserida na Lei Fundamental em reforma realizada em 1994.

A cláusula de necessidade especificava a regulamentação federal das matérias nela descritas 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 *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.

² Antes da Reforma Constitucional de 2006, as competências legislativas eram divididas entre competências exclusivas, concorrentes e de quadro.

Esses requisitos poderiam ser alternativos, não cumulativos. Importante atentar-se à terceira hipótese, eis que esta podia abranger muitos assuntos e era de difícil definição. As expressões “manutenção da unidade legal ou econômica” e “manutenção de condições de vida uniformes em todo o território federal” são conceitos genéricos que passaram a ser utilizados e manipulados a favor da União.

Durante o período de vigência da cláusula de necessidade, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) deparou-se com diversos casos em que foi demandado a avaliar se haveria necessidade de edição de leis federais ou se a União estaria extrapolando seu campo de atuação legislativa. A tendência era de reconhecimento da competência da União.

Nesse quadro de domínio federal, o art. 72, II GG foi alterado pela 42ª Emenda Constitucional, de 1994. A *cláusula de necessidade* deu lugar à denominada *cláusula de imprescindibilidade*, em nova tentativa de fortalecimento dos Estados. O art. 72, II GG 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 for necessária uma 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.

O Tribunal Constitucional Federal 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 federal³.

O *Altenpflegegesetz-Urteil* (decisão sobre lei que regulamenta a profissão de enfermeiro geriátrico) não apenas acabou com uma discussão que se estendia desde a década de 1980 entre os entes federados sobre essa classe profissional, mas também estabeleceu critérios para a elaboração de leis federais baseadas na cláusula de imprescindibilidade. O Tribunal Constitucional ressaltou que a lei federal que se enquadrasse em alguma das três condições dessa cláusula deveria ser voltada para concretização de “interesses especiais de integração federal” – *besondere bundesstaatliche Integrationsinteressen* (BVerfGE 106, 62, linha 317) – e, a partir dessa interpretação, procurou definir os critérios do art. 72, II GG, privilegiando 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 um 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

³ 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 (5x3), a inconstitucionalidade da lei federal que regulamentava a profissão de “Professor Junior” (*Juniorprofessur*), um cargo das instituições de ensino superior. A lei não preenchia os requisitos do art. 72, II GG.

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 (BVerfGE 106, 62, 145). Esse entendimento deixa evidente a dificuldade em controlarem-se os critérios do art. 72, II GG.

2.2. A Comissão para a Modernização do Ordenamento Federal

Já no começo da década de 1990, era evidente que o sistema federativo alemão encontrava-se em crise, tomando fortes rumos centralizatórios, o que fez com que se chegasse a falar que a Alemanha estaria tornando-se um “Estado Federal Unitário” (Cf. HESSE, 1962). Daí surgiram diversas propostas e debates que culminaram na Reforma Constitucional de 2006.

Com o entendimento de que a estrutura federativa alemã necessitava modernizar-se, Parlamento Federal (*Bundestag*) e Conselho Federal (*Bundesrat*), respectivamente as câmaras baixa e alta do Legislativo alemão, reuniram-se em uma comissão conjunta que objetivava aprimorar a capacidade de ação e decisão da União e dos Estados; classificar, de forma clara, as responsabilidades políticas de cada ente; e intensificar a praticidade e a eficiência da execução de suas respectivas competências legislativas⁴. Assim, foi instituída a „Comissão para a Modernização do Ordenamento Federal“ (*Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*).

A possibilidade de criação de um direito de divergência dos *Länder*, ideia que surgira já na década de 1970, foi bastante discutida nessa Comissão. Os Estados da Bavária, Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen e Sachsen-Anhalt apresentaram pro-

posta do que denominaram direito material de intervenção. Por meio deste, os Estados passariam a ter direito a divergir de normas federais atuais ou futuras (DIETSCHKE, 2006, p. 187). Essa *competência interventiva* deveria vir elencada em um novo artigo da Lei Fundamental – o art. 72a GG.

Ainda foram indicados, basicamente, dois modelos procedimentais para o exercício do direito de intervenção. De acordo com um projeto, os Estados ficariam livres em relação ao modo e extensão da divergência. Poderiam então, caso entendessem mais conveniente, afastar apenas alguns pontos de uma lei federal, permanecendo as demais partes não divergidas válidas como direito federal em seu Estado.

Outro modelo proposto impunha a obrigação do legislador estadual de substituir o conteúdo da lei federal por inteiro no momento da utilização de seu direito de divergência. Como consequência, essa alternativa para um direito de intervenção seria uma “competência concorrente às avessas”, pela qual os Estados praticamente substituiriam a União no processo legislativo. Com o tempo, essa prática poderia inclusive conduzir a uma competência exclusiva dos *Länder* nessas matérias (DIETSCHKE, 2006, p. 189), motivo pelo qual tal recomendação foi, naturalmente, bastante criticada pela União.

Em contrapartida, representantes das frações do SPD e do CDU/CSU no *Bundestag* propuseram uma nova alternativa. Sugeriram a seguinte redação: “Caso a União utilize-se do seu poder legiferante nos casos de [...], os Estados podem promulgar leis divergentes da legislação federal” (DIETSCHKE, 2006, p. 189).

Foi indicado que, com isso, União e Estados poderiam atuar simultaneamente e com mesmos direitos neste campo de legislação concorrente, sendo que a legislação estadual divergente não afastaria o direito federal, mas adquiriria uma “prioridade de utilização” (*Anwendungsvorrang*). Ainda, foi apontado que o direito de intervenção

⁴ As reformas introduzidas estão motivadas no Boletim Oficial do *Bundestag*, BT Drucksache 16/813, de 7.3.2006.

poderia ser uma possibilidade de melhor efetivação do princípio da subsidiariedade.

Em parecer, o jurista Fritz W. Scharpf mostrou-se favorável à adoção do direito de divergência nos moldes do que fora apresentado na *Enquete-Kommission*, em 1976, primeira vez em que a possibilidade de um direito de intervenção foi cogitada. Nessa variante, foi proposto que o legislador estadual ficaria autorizado a divergir, no campo das competências concorrentes, de direito federal válido, até o ponto em que, por meio dessa divergência, os interesses constitucionalmente protegidos de outros *Länder* ou as necessidades gerais da Federação não pudessem ser atingidos (DIETSCHKE, 2006, p. 194).

Várias foram as propostas sobre como deveria ser o direito de divergência dos *Länder*. Todavia, a discussão acerca das distribuições de competências entre os entes federados e os problemas gerados pela conseqüente falta de vontade, por parte destes, de perdê-las ou não as ter de maneira integral, fez com que a Comissão fosse declarada inexitosa.

2.3. A Reforma Constitucional de 1.9.2006

Após muitas discussões e ausência de consenso entre União e Estados, a Comissão foi formalmente declarada fracassada. Mesmo assim, continuou-se a busca para solução dos impasses ali discutidos. Tanto o *Bundestag* quanto o *Bundesrat* não encerraram o debate sobre o direito de divergência dos Estados e se essa possibilidade deveria ser limitada a normas federais já existentes ou apenas em relação àquelas promulgadas após a emenda constitucional que a instituiu.

Com alguns ajustes políticos, a “Reforma Federativa”, “Reforma Federativa I”⁵, ou a “mãe de todas as reformas”, em

⁵ A “Reforma Federativa II” abrange alterações que terão como objetivo harmonizar o orçamento entre União e Estados.

referência a sua magnitude e a sua importância de influenciar o destino de outras mudanças, entrou em vigor no dia primeiro de setembro de 2006. Essa foi a maior reforma pela qual a Lei Fundamental de Bonn já passou – modificou 25 artigos – e teve como principal objeto a reorganização da distribuição de competências legislativas.

A nova divisão de competências entre os entes federados procurou melhorar o poder de competitividade e de tomada de decisões pela União e Estados, assim como deixar mais claras as responsabilidades políticas de cada um e melhor especificar a qual ente compete cada matéria (BT- Dr 16/813, p. 7).

Além da alteração do quadro de competências legislativas concorrentes, válido ressaltar que a reforma constitucional de 2006 revogou o art. 75 GG e, conseqüentemente, 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) a determinada matéria, cabendo aos Estados preencher as lacunas, de acordo com suas peculiaridades e exigências.

Como já mencionado, a Reforma também criou três modalidades de competências legislativas concorrentes: as competências básicas (*Kernkompetenzen*), do art. 72, I GG; as competências necessárias (*Bedarfskompetenzen*), art. 72, II GG; e, finalmente, as competências de divergência (*Abweichungskompetenzen*) (IPSEN, 2006, p. 2804).

As competências básicas recaem sobre matérias para as quais o legislador constituinte considerou que deveria haver uma espécie de bloqueio das legislações estaduais, sem que fosse feita alguma espécie de verificação de sua necessidade. O contrário ocorre com as competências necessárias, que pressupõem que alguns

requisitos sejam preenchidos para que a União possa legislar nas matérias ali descritas. Finalmente, tem-se a terceira inovação no campo das competências legislativas concorrentes da Alemanha: a competência de divergência.

3. A competência legislativa concorrente de divergência

O art. 72, III GG, visto como o novo ponto-chave no âmbito das competências legislativas concorrentes entre União e Estados, dispõe que:

“Artigo 72

(3) Tendo a União (Bund) feito uso de sua competência legislativa, os Estados (Länder) podem, mediante lei, estabelecer regras divergentes sobre:

1. caça (exceto as licenças para caça);
2. proteção da natureza e cuidado da paisagem (exceto os princípios gerais de proteção à natureza, proteção às espécies e proteção da natureza marinha);
3. distribuição do solo;
4. organização do território;
5. administração dos recursos hídricos (exceto as regras sobre agentes contaminantes e instalações);
6. admissão em Universidades e titulações universitárias.

Leis federais sobre essas matérias entrarão em vigor não antes de 06 meses após sua promulgação, salvo se determinado em outro sentido, com aprovação do Bundesrat. Nas matérias listadas acima, prevalece, na relação União-Estados, a lei promulgada posteriormente.”

Dessa forma, nas áreas listadas nos itens 1 a 6 foi concedida aos Estados a possibilidade de elaboração de regras próprias e divergentes que possam atender de forma mais efetiva suas necessidades e características locais. 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 (BT-Dr 16/813, p. 11).

Esse novo sistema de distribuição de competências legislativas instituiu uma técnica completamente inovadora que o Direito alemão – quiçá mundial – até agora ainda não vira. O aumento da autonomia dos Estados é, ao lado de elevar sua independência, uma maneira de incrementar o federalismo competitivo entre os entes, dando-se possibilidade de que seu poder concorrential e econômico seja fortalecido, antiga reivindicação estadual.

Essa questão não significa, porém, que o famoso federalismo cooperativo alemão, extremamente arraigado em sua cultura, passe a ser ignorado ou torne-se enfraquecido. Muito pelo contrário. Espera-se que justamente esse princípio constitua uma barreira para que os Estados não ajam apenas pensando em benefícios próprios, mas sim que tenham sempre em consideração que a unidade federativa deve ser igualmente preservada. Logo, uma competitividade extremada seria evitada, com suporte do federalismo cooperativo.

Como principal crítica ao direito de divergência, é muito discutido o desenvolvimento de um “federalismo de segunda classe” (*Zweiklassenföderalismus*). Ao passo que os Estados mais fortes, com uma boa estrutura local, serão capazes de implementar legislação estadual divergente, após estudos e investigações próprias, os mais fracos tenderiam a aceitar a legislação federal por inteiro, por ausência de meios de a ela se oporem, gerando, com isso, dois grupos de Estados (STOCK, 2006, p. 238).

É defendido, todavia, que os Estados que não fazem uso do seu poder de divergência não podem ser considerados, de pronto, pertencentes a uma espécie de “segunda classe”. Esses, considerados “mais fracos”, acabariam, entretanto, possuindo maiores condições de, tomando como base a legislação federal e as divergentes, de

outros Estados, elaborar a sua própria, decidindo quais normas seriam melhores para si e comparando experiências (STOCK, 2006, p. 238).

3.1. Os núcleos sólidos de divergência

Os Estados são independentes em relação à extensão da divergência, por meio de legislação estadual, de normas federais. Eles necessitam, porém, respeitar os preceitos constitucionais, internacionais e europeus, igualmente observados pela própria União ao fazer uso de sua competência legislativa.

Entretanto, o art. 72, III GG prevê algumas exceções ao direito de divergência dos Estados, dentro das próprias matérias em que esses podem divergir de leis federais. São os denominados “núcleos sólidos de divergência” (*Abweichungsfeste Kerne*).

Nesse sentido, *e.g.*, os Estados podem legislar sobre proteção da natureza e cuidado da paisagem, mas não podem divergir de legislação federal que verse sobre proteção ao meio ambiente, enquanto essa disser respeito aos princípios gerais de proteção à natureza, proteção às espécies e proteção da natureza marítima.

A exclusão de determinadas questões e a criação desses núcleos sólidos advêm do entendimento de que algumas matérias precisam ser regulamentadas de maneira única e mais efetiva pela União. Ainda, pela existência de determinações da União Europeia, que muito limitariam a atuação dos Estados.

3.2. As matérias que podem ser objeto de divergência (art. 72, III, primeira parte GG)

O aumento de autonomia especialmente nas matérias de meio ambiente e educação é considerado uma vitória dos Estados. Esses dois temas foram a principal causa de diversos entraves políticos que dificultaram o processo de alteração constitucional que culminou na Reforma Federativa.

Em relação ao meio ambiente, o objetivo inicial era aumentar o rol de competências

ambientais federais, que deveria ter, como consequência, a possibilidade de concretização, pela União, de um Código de Direito Ambiental – muito discutido nos últimos anos na Alemanha.

As disposições constitucionais ligadas ao meio ambiente encontram-se esparsas na Lei Fundamental. Por esse motivo, principalmente, representantes do Governo Federal eram favoráveis à inserção de um título “Direito Ambiental” ao rol das competências concorrentes, que também auxiliaria no desenvolvimento da tão esperada codificação (EPPLER, 2006, p. 208-209). Ao final dos debates, optou-se por uma solução mista, com o ordenamento dessa matéria em diversos artigos da Lei Fundamental.

O art. 72, III, primeira parte, número 2 da Lei Fundamental, prevê que os *Länder* podem legislar de forma diversa de lei federal, mas não são autorizados, porém, quando disser respeito a princípios de proteção da natureza, proteção das espécies ou proteção à natureza marítima. Nesse dispositivo, o termo “princípios” é visto como incerto e foi deixado ao legislador federal que formule uma concepção de qual seria seu efetivo significado. Um acordo feito ainda na fase prévia à Reforma estipula que esses seriam princípios que vinculam nacionalmente a proteção da natureza, especialmente a conservação da biodiversidade e manutenção do ecossistema (KLOEPFER, 2006, p. 261).

A proteção das espécies e da natureza marítima pertencem, como já visto, ao núcleo sólido do direito de divergência. A justificativa é que ambas são classificadas como fortes metas de proteção traçadas pelo direito internacional. Nisso, a União pode e deve elaborar regras únicas relativas à proteção à biodiversidade marítima, incluindo proteção das espécies e territórios marítimos, bem como avaliação de questões relativas à proteção da natureza via concretização de objetivos no campo marítimo, eis que esses seriam campos que demandam dispositivos uniformes em toda a Alema-

nha. Essa seria também a melhor forma de atender às expectativas internacionais.

Em diversas áreas, mas especialmente a ambiental, o campo de atuação legislativa estadual restou consideravelmente limitado pelas diretrizes já existentes em âmbito comunitário, como será tratado mais adiante. De acordo com as determinações europeias sobre reforma agrária, *e.g.*, os Estados-membros da União Europeia estão obrigados a ter meios nacionais para a preservação do bom estado das terras agrícolas. Outra limitação seria a das recomendações do bloco sobre os requisitos do nitrato, águas subterrâneas e diretivas voltadas à existência de *standards* ecológicos comuns para preservação das águas (KLOEPFER, 2006, p. 264).

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.

No tocante ao direito à educação, a competência para legislar sobre “princípios gerais do ensino superior” estava elencada no rol das competências quadro, no art. 75 I Nr. 1 GG. A partir da Reforma, essa competência passou a ser concorrente, com possibilidade de divergência dos Estados em relação a admissões na Universidade e seu regime de titulação.

3.3. A *vacatio legis instituída* pelo art. 72, III GG

A Lei Fundamental concedeu aos Estados um determinado período para que elaborassem suas possíveis normas divergentes. Como forma de proteção, leis federais que versem sobre matérias de competência concorrente divergente apenas entram em vigor no mínimo seis meses após sua publicação.

Entretanto, há uma exceção a essa regra. O art. 72, III, linha 1 GG, prevê a hipótese de que essas leis passem a valer em período inferior à regra dos seis meses, desde que aprovado pelo *Bundesrat*. Esse sistema foi planejado para casos de urgência, *e.g.*, por conta de prazos de implementação de assuntos relativos à União Europeia. Para tanto, é necessária aprovação de 2/3 da maioria do *Bundesrat*.

A Lei Fundamental ainda estabeleceu um período de transição para que o direito de divergência dos Estados passasse a valer. De acordo com o art. 125b, I, linha 3 GG, os Estados apenas puderam legislar a partir de 1º de janeiro de 2010 sobre os campos com possibilidade de divergência tocantes à proteção da natureza, ao cuidado da paisagem e à administração dos recursos hídricos. Caso uma nova lei federal que versasse sobre essas matérias fosse promulgada antes de 1º de janeiro de 2010, o direito de divergência passaria automaticamente a valer para os Estados.

Esse é um prazo de carência (*Schonfrist*), que foi estabelecido para gerar possíveis benefícios em algumas áreas. No campo do Direito Ambiental, esse período auxiliaria a concretização do tão esperado e debatido Código de Direito Ambiental. Entretanto, ainda que tenha sido algo bastante discutido e bem articulado, esse Código não foi levado adiante. Sua proposta foi declarada inexistente no ano de 2009, tendo como causa a forte resistência do Estado da Bavária ao projeto.

3.4. A *prioridade de utilização e o* *“feito ping pong”*

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.

O já citado vale nesse caso também: restando excluída a validade dessa nova norma federal, passa a vigorar, novamente, a antiga legislação estadual divergente. Para esse caso – da lei federal que se sobrepõe à lei estadual divergente de antiga lei federal – ainda há mais uma hipótese: a de que os Estados elaborem, mais uma vez, legislação divergente da federal, passando a ter, novamente, preferência em relação à norma federal divergida (BT-Dr 16/813, p. 11). É o denominado *Ruckholrecht* (KLEIN; SCHNEIDER, 2006, p. 1552).

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 já denominado *Efeito ping pong* pelos doutrinadores alemães.

Essa “legislação ping pong” (ou “regra ping pong”) coloca em dúvida a eficácia do sistema de separação de competências divergentes, no momento em que se pode gerar um “vai e vem” infinito entre legislação federal e estadual. O texto legal não estabelece limites a essa possibilidade e uma interpretação sistemática não dá a entender que a União poderia prejudicar, de forma intencional, o poder estadual de divergência (KLEIN; SCHNEIDER, 2006, p. 1552). Entretanto, o risco de um jogo infinito de *ping pong* legislativo entre os Entes é considerado, ao menos teoricamente, possível.

Sob o ponto de vista prático e político, porém, acredita-se que o efeito *ping pong* não ocorrerá. Espera-se que a legislação federal promulgada após o exercício do direito de divergência estadual tenha como objetivo o compromisso de deixar desnecessárias as leis divergentes, ao procurar, com base nas experiências estaduais, aprimorar o direito único federal.

Violações intencionais ao poder estadual de divergência poderiam ser consideradas agressões ao princípio da fidelidade federal (*Bundestreue*) (KLOEPFER, 2006, p. 255).

Para a relação *Bund-Länder*, no âmbito da matéria aqui tratada, não é aplicada a clássica regra de que, colidindo normas do direito federal com estaduais, têm as leis federais preferência em relação às estaduais – princípio emanado do art. 31 GG (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). O art. 72, III, linha 3, estabelece que, nesse caso, a legislação mais recente tem prioridade sobre a mais antiga.

No campo da legislação concorrente divergente, é válido, então, não mais o princípio da superioridade (*Superioritätsgrundsatz*) ou da primazia do direito federal, do art. 31 GG, mas, sim, o princípio da posterioridade (*Posterioritätsgrundsatz*), previsto no art. 72, III, linha 3 GG.

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

Ainda, não há um direito legislativo privativo federal em relação às matérias do denominado núcleo duro do direito de divergência. É viável que os Estados promulguem legislação que verse sobre essas matérias, conquanto a União ainda não tenha se utilizado de sua competência legislativa. Caso utilize-se, os Estados passam a ser novamente inaptos a legislar nesses tópicos.

3.5. Direito de divergência – casos especiais

Outros dispositivos da Lei Fundamental, e não apenas o art. 72, 3 GG, também regram uma possibilidade de divergência dos Estados, em sentido amplo. Nos artigos que estabelecem regras do direito administrativo processual alemão, há a previsão

do art. 83 GG, que define que os Estados executarão as leis federais como se fossem assuntos locais, salvo se a própria Lei Fundamental dispuser em sentido diverso.

Nessa hipótese, os Estados poderão definir a forma de organização do procedimento administrativo e organização das autoridades. E, nesse aspecto, caso lei federal resolva dispor de forma contrária, o art. 84, I GG, prevê um direito de divergência similar ao do art. 72, III GG. Os Estados ficam autorizados a divergir de leis federais que disponham sobre organização e procedimento administrativo, devendo a União respeitar a mesma *vacatio legis* de seis meses, salvo autorização especial do *Bundesrat*.

Apenas em casos excepcionais – quando houver a necessidade especial de uma norma uniforme em toda a Federação – é que a União pode regulamentar procedimento administrativo sem possibilidade de divergência estadual. Também para esse caso será preciso aprovação do *Bundesrat*.

3.5.1. A relação com a União Europeia

A concretização de novos atos necessários para adequação do direito alemão à União Europeia (*Europatauglichkeit*) foi um dos objetivos traçados pelo projeto de emenda constitucional de 2006. Para tanto, alguns novos dispositivos foram inseridos à Lei Fundamental, como o art. 23, 6 GG. Este prevê que, quando sejam afetadas, em sua essência, competências legislativas exclusivas dos Estados nas matérias de educação escolar, cultura ou de radiodifusão, o exercício dos direitos de que goza a República Federal da Alemanha como Estado-Membro da União Europeia deverá ser transferido, pela Federação, a um representante dos Estados, designado pelo *Bundesrat*. O exercício dos direitos se realizará com a participação do Governo Federal e de acordo com este, sendo mantida a responsabilidade da Federação pelo Estado em seu conjunto.

Além dessa regra, o direito de divergência poderia contribuir como um meio eficaz

para manter uma boa relação dos Estados alemães no âmbito comunitário, que adquiriram mais competências em áreas para as quais eram bastante limitados. A partir da Reforma, passaram a ser capazes até de implementar regras inteiramente novas, não mais apenas complementares, nos limites traçados pelo art. 72, III GG.

Esse aumento de competências pode gerar, todavia, incerteza em relação a quem deve executar uma determinação da União Europeia. É questionado se a regulamentação de matérias comunitárias por lei federal que pode ser objeto de divergência, a qualquer tempo, de lei estadual seria considerada suficiente para manter a uniformidade nacional dessas questões. Tal temor tem como base o fato de o Tribunal de Justiça Europeu prezar que essa execução atente às necessidades de clareza e segurança jurídica (HÄDE, 2006, p. 937). O trabalho de fiscalização das instituições comunitárias fica, nesse aspecto, mais complicado.

Desse modo, no âmbito da União Europeia, a Federação alemã tem a possibilidade de implementar diretrizes comunitárias em todas as matérias de competência legislativa concorrente. Nas matérias passíveis de divergência, os Estados, ao fazer uso dessa prerrogativa, devem, contudo, assegurar que a diretriz comunitária será executada de forma efetiva em seu território (EPPLER, 2006, p. 198).

Os *Länder* também passam, consequentemente, a responder na hipótese de aplicação ineficaz das diretrizes europeias. É inclusive entendido que, quando uma lei estadual divergente for incompatível com as determinações da União Europeia, seria aplicada a regra do art. 31 GG, que prevê que lei federal vale sobre lei estadual (KOTULLA, 2007, p. 492).

4. Conclusão

A introdução do direito de divergência na Lei Fundamental alemã é, sem dúvida, um dos aspectos mais polêmicos e inova-

dores da Reforma Federativa. O fato de ter sido proposto pela primeira vez na década de 1970 e apenas em 2006 ter sido introduzido na ordem constitucional germânica evidencia seu caráter controverso.

Com a competência legislativa de divergência, peculiaridades regionais podem ser concretizadas de forma mais efetiva. Os Estados passam a ter maior autonomia em matérias que até então estavam sendo conduzidas pela União. Essa nova estrutura altera, de certa medida, alguns contornos clássicos do modelo federal da Alemanha.

Um dos princípios basilares do sistema federativo alemão é o princípio da primazia do direito federal. Segundo este, legislação federal teria prioridade em relação à estadual, nos termos do art. 31 GG. Essa preferência foi em parte substituída pela reforma do art. 72, III GG, que estipulou que lei estadual divergente passa a ter prioridade de utilização perante a lei federal. A Reforma Federativa deu, com isso, nova configuração à estrutura de subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade, que é elemento essencial do estado federal, estabelece que esferas independentes não devem interferir na competência de outros entes hierarquicamente inferiores, com exceção de casos específicos e necessários. Com a possibilidade aferida pelos Estados de divergir de legislações federais, bem como das que posteriormente se sobrepujaram (o denominado “efeito ping-pong”), a Alemanha inaugura uma faceta da subsidiariedade. Eventual futura intervenção legislativa federal em regra estadual divergente, sem necessidade, poderia ferir o núcleo desse princípio.

Outra questão é o papel do princípio da fidelidade federal (*Bundestreueprinzip*), que teve, após a Reforma, sua importância fortalecida e renovada no sistema germânico. De acordo com esse preceito, um Estado Federal apenas pode ter êxito, na prática, caso todas as suas esferas de poder estejam atentas e colaborarem com a unidade da Federação. Nesse caso, especialmente os

Estados alemães mais desenvolvidos devem estar atentos a essa regra e guiar suas escolhas legislativas atentos à integração.

O federalismo alemão já passou por tantas reformas que se chega a dizer (BAUER, 2006, p. 9) que a ordem federativa prevista na Lei Fundamental é uma espécie de “campo de construção permanente” (*Dauerbaustelle*). Nos últimos anos, quase todas as emendas constitucionais alteraram, direta ou indiretamente, questões ligadas à estrutura da Federação. Essa constatação faz com que doutrinadores afirmem que seu desenvolvimento estaria orientado pela máxima “após a Reforma é antes da Reforma” (*Nach der Reform ist vor der Reform*), por ser essa matéria uma fonte inesgotável de novos arranjos e propostas de renovação (BAUER, 2006, p. 9).

Ainda que seja cedo para apresentar conclusões claras acerca do sucesso do direito de divergência no sistema germânico, é fato que se trata de louvável tentativa, que pretende buscar soluções às crescentes demandas por maior autonomia local. Certamente, logo outros países, que hoje enfrentam situação semelhante, voltarão seus olhos – mais uma vez – às inovações do modelo federal alemão. O direito de divergência reforça, desse modo, a importância do federalismo alemão e de seu papel como modelo para outros sistemas no mundo.

Referências

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

CALLIESS, Christian. Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung: Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz-Urteils des BVerfG. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Kehl am Rhein, v. 30, n. 7-10, p. 181-197, 18 Juni 2003.

DEGENHART, Christoph. Art. 72. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck, 2003.

_____. Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, v. 25, n. 11, p. 1209-1216, 2006.

_____. Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht. 22. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

DIETSCHKE, Hans-Jörg. Die „konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht für die Länder“ - Zu den verschiedenen Modellen der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung eines neuen materiell-rechtlichen Gesetzgebungsinstruments. In: JAHRBUCH des Föderalismus: 2006: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung. Baden-Baden: Nomos, 2006. v. 7, p. 182-199.

EPPLER, Annegret. Föderalismus-Reform in Deutschland: die geplante Kompetenzverteilung in der Umweltpolitik. JAHRBUCH des Föderalismus: 2006: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung. Baden-Baden: Nomos, 2006. v. 7, p. 200-219.

FRENZ, Walter. Föderalismusreform im Umweltschutz. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, v. 25, n. 7, p. 742-746, 2006.

HÄDE, Ulrich. Zur Föderalismusreform in Deutschland. *JuristenZeitung*, Frankfurt am Main, v. 61, n. 19, p. 930-940, Okt. 2006.

HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 303-320, jan./mar. 2008.

IPSEN, Jörn. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle. *Neue Juristische Wochenschrift*, München, v. 39, p. 2801-2805, Sept. 2006.

_____. *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*. Neuwied: Luchterhand, 2006.

KLEIN, Oliver; SCHNEIDER, Karsten. Art. 72 GG n. F. im Kompetenzgefüge der Föderalismusreform: Ein Überblick zur Erfingung des generellen Abweichungsrechts. *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln, v. 121, n. 24, p. 1549-1555, 11 Jan. 2007.

KLOEPFFER, Michael. Föderalismusreform und Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen. *Zeitschrift für Umweltrecht*, Baden-Baden, v. 17, p. 338-339, Juli/Aug. 2006.

KOTULLA, Michael. Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und „Föderalismusreform“. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, v. 26, n. 5, p. 489-494, Mai 2007.

KÜHNE, Hartmut. Föderalismusreform - Laufen oder Stolpern?: Essay. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, n. 13-14, p. 3-5, März 2005. Disponível em: <http://www.bpb.de/publikationen/N8XDFD,0,F%F6deralismusreform_Laufen_oder_Stolpern_Essay.html>. Acesso em: 16 nov. 2011.

KUNIG, Philip. Art. 72. MÜNCH, Kunig (Org.). *Grundgesetzkommentar*. München: Beck, 2003.

SANDEN, Joachim. *Die Weiterentwicklung der föderalen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland: Staatsrechtliche Studie zu einem postmodernen Ansatz der Bundesstaatsreform*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2005.

SCHULTZE, Rainer-Olaf. Die Föderalismusreform zwischen Anspruch und Wirklichkeit. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, n. 13-14, p. 13-19, März 2005. Disponível em: <http://www.bpb.de/publikationen/2WS03P,0,Die_F%F6deralismusreform_zwischen_Anspruch_und_Wirklichkeit.html>. Acesso em: 16 nov. 2011.

STARCK, Christian. *Föderalismusreform*. München: Vahlen, 2007.

STOCK, Martin. Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern: Aufweichung durch Abweichung? *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Heidelberg, v. 21, n. 3, p. 226-249, Okt. 2006.