



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Federalismo e o Pêndulo de Repartição de Competências na Constituição de 1988

Leo Francisco Giffoni

Rio de Janeiro
2010

LEO FRANCISCO GIFFONI

O Federalismo e o Pêndulo de Repartição de Competências na Constituição de 1988

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Dra. Katia Araujo
Dr. Nelson Tavares
Dra. Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2010

O FEDERALISMO E O PÊNDULO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Leo Francisco Giffoni

Graduado pela Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo: O Brasil adotou um modelo de repartição de competências confuso, baseado nas premissas antagônicas da partilha de poderes do clássico federalismo americano de 1787 e do original federalismo alemão de 1919. Ademais, o constituinte brasileiro confirmou a característica histórica de manter o federalismo de segregação e inovou ao alçar os Municípios ao pacto federativo. O paradoxo axiológico, somado as características do federalismo brasileiro, enfraquece o pacto federativo e torna constantes os conflitos de competência levados à solução ao Poder Judiciário, guardião da Constituição. É necessária uma reforma constitucional que torne o sistema brasileiro de competências mais objetivo, simples e claro.

Palavras-chave: Federalismo, Repartição, Competências

Sumário: Introdução. 1. O Federalismo Americano Clássico. 1.1. A Repartição de Competências no Modelo Americano. 2. O Federalismo Alemão da República de Weimar. 2.1. A Repartição de Competências no Modelo Alemão. 3. O Federalismo Brasileiro na Carta de 1988. 3.1. Características Próprias do Federalismo Brasileiro. 3.1.1. Federalismo de Segregação. 3.1.2. Federalismo Tripartite. 3.2. A Fusão entre os Modelos Americano e Alemão. 3.3. O Pêndulo de Repartição de Competências. 4. Os Conflitos de Competências Administrativa e Legislativa. 4.1. A Reforma Constitucional do Sistema Brasileiro de Repartição de Competências. 4.1.1. O Princípio da Predominância dos Interesses. 4.1.2. O Princípio da Correção Funcional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o sistema pendular de repartição de competências administrativa e legislativa adotado pela Constituição Federal de 1988, levando-se em consideração as premissas axiológicas que nortearam e permitiram a elaboração de um modelo *sui generis*, o qual oscila feito um pêndulo em movimento entre os fundamentos do clássico conceito de federalismo americano e o original federalismo alemão.

Para tanto, analisa o surgimento do federalismo nos Estados Unidos, em 1787, e suas características. Passa-se a demonstrar o surgimento do distinto federalismo alemão, com um critério de partilha das tarefas constitucionais diametralmente oposto ao modelo americano. Mais adiante, discute-se o federalismo brasileiro, estabelecido na Carta de 1988, que traz um sistema de repartição de competências problemático e duvidoso, formulado através da fusão dos modelos americano e germânico.

Diante desse panorama, compreende-se o motivo para os constantes conflitos de competências no Brasil. O objetivo do trabalho é demonstrar a incoerência de se estabelecer um modelo baseado em premissas antagônicas e despertar a atenção para os referidos conflitos de competências, voltando a atenção também para possíveis respostas a solucionar a questão.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: o modelo americano de federalismo, o modelo germânico de federação, o federalismo brasileiro a partir da Constituição de 1988, seus fundamentos e consequências para o sistema de repartição de competências, os conflitos de competências advindos do sistema pendular brasileiro e a necessidade de reforma constitucional. A metodologia será pautada pelo método jurídico-prospectivo.

1. O FEDERALISMO AMERICANO CLÁSSICO

Primeiramente, vale lembrar ao leitor que o presente artigo não tem a intenção de estudar a evolução histórica do federalismo, nem a sua atual fase nos modelos americano e germânico. É fato que o federalismo, desde sua mais expressiva aparição, em 1787, nos Estados Unidos, evoluiu e diversificou-se a ponto de até mesmo suscitar dúvidas constantes quanto a sua eficácia como forma de Estado.

Porém, parte-se aqui para análise dos fundamentos do federalismo em sua origem, tanto nos Estados Unidos, em 1787, como na Alemanha, em 1919.

Dentre as formas de Estado mais peculiares, sem dúvida, encontra-se o federalismo. A organização de um Estado passa, em algum momento de sua formação, pelo questionamento quanto à distribuição do poder político. É nesse instante que um Estado define se o poder político será exercido por um único ente ou por pluralidade de agentes. Neste último caso, tem-se o que Moraes (2008) classifica de Estado Composto.

Conforme informa Moraes (2008), as formas de Estado mais comuns que se fundam na multiplicidade de entes são a Confederação e a Federação, ambas de suma relevância no surgimento dos Estados Unidos da América.

Em 1787, os Estados Unidos viviam uma crise política. Após a declaração de independência das ex-treze colônias inglesas, os Estados recém surgidos, então independentes, temendo uma reação militar da Inglaterra, juntaram-se e formaram, em 1776, uma Confederação.

Moraes (2008) define Confederação como forma de Estado que se assemelha a um contrato, no qual cada integrante mantém sua soberania e o direito de secessão, vinculando-se com os demais apenas para fins de defesa, paz interna.

Porém, a Confederação Americana não logrou êxito. A diversidade de interesses entre os Estados e as divergências quanto à constante ameaça inglesa fizeram com que a Confederação se desmantelasse por meio do exercício pleno do direito de secessão.

É nesse contexto que surge a ideia de criação de um novo Estado Composto, pela união dos entes então existentes, no qual fosse suprimido o direito de secessão e que cada integrante cedesse parcela de sua soberania para um ente central, incumbido de realizar as tarefas mais importantes e de interesse comum. Aos Estados pactuantes, lhes seria garantida autonomia para realização dos demais fins estatais.

A reunião desses Estados, sob esse modelo de distribuição do poder político, intitulado Federalismo, deu origem, em 1787, a um único país soberano chamado de Estados Unidos da América. Divergências a parte quanto à origem do federalismo, o fato é que tal forma de Estado ganhou notoriedade e credibilidade com o advento da Constituição Americana de 1787.

Naquela época, o grande questionamento era como compatibilizar a necessidade de se realizar tarefas de interesse comum, com aquelas de interesse próprio de cada Estado.

A doutrina à época ratificou a solução adotada. Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, no compêndio intitulado *The Federalist* (1787 - 1788), defenderam a forma federativa de Estado, demonstrando os aspectos positivos desse novo modelo de distribuição de poder em face do malfadado Confederalismo anteriormente vigente.

Nas primeiras linhas, Hamilton (1787) já trazia uma síntese do questionamento à época. Postulou que, depois de uma inequívoca experiência de ineficácia do governo subsistente (Confederação), o povo de Nova Iorque, a quem o texto era dirigido, estava sendo chamado a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América. Continuou, dizendo que a matéria falava pela sua própria importância; cuidava compreender nada menos que a União em suas consequências, a segurança e o bem-estar das partes que a

compunham, o destino de um império em muitos aspectos, dos mais interessantes do mundo.

A partir do modelo americano clássico, podem-se distinguir oito elementos essenciais para a criação e manutenção de qualquer Federação: (i) a existência de um Tribunal Constitucional; (ii) a existência de um órgão legislativo representativo dos Estados-membros; (iii) a possibilidade de auto-organização dos Estados-membros; (iv) soberania exercida pela União; (v) constituição rígida e escrita; (vi) vedação ao direito de secessão; (vii) descentralização política; (viii) partilha de competências com previsão constitucional.

Tomando-se como base o federalismo americano clássico e os elementos suscitados, cumpre definir o próprio conceito de Federação. Conforme definição de Barroso (1982), Federação pode ser conceituada como a modalidade de Estado composto, em que há a superposição de duas ordens jurídicas – federal e federada -, coordenadas por um processo de repartição de competências, com previsão na Constituição Federal, cabendo à União a titularidade da soberania e aos Estados-membros autonomia.

Estabelecido o conceito de Federação, comum a todos os sistemas federados, cabe adiante analisar as características próprias do modelo americano de repartição de competências, as quais serviram, mais tarde, de premissas axiológicas para as Constituições brasileiras.

1.1. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO MODELO AMERICANO

A repartição de competências, como visto, é elemento comum a toda Federação, porém a forma pela qual se instrumentaliza poderá variar de Estado para Estado. Silva (1991) informa que o critério de repartição de competências, a forma de enumeração dos poderes,

está diretamente ligada à história da formação do federalismo de um país.

Das características do modelo americano em sua origem, três são de suma importância: competência residual dos Estados-membros, execução direta das competências e dualismo rígido.

Em um primeiro momento, a Constituição Americana não previu um critério nítido capaz de expressar os limites da partilha de competências entre os entes federados. Uma única diretriz era certa: caberiam à União as tarefas mais relevantes e de interesse comum.

A partir da décima emenda constitucional, aprovada em 15 de dezembro de 1791, estabeleceu-se a primeira característica marcante do modelo americano: competência residual dos Estados-membros. O texto de emenda dispõe que os poderes não delegados à União pela Constituição, nem por ela negados aos Estados-membros, são reservados aos Estados-membros ou ao povo.

Conforme informa Rodrigues (2007), esse critério foi complementado em 1819 pela Teoria dos Poderes Implícitos, quando do julgamento do caso *McCullock versus Maryland*, pela Suprema Corte Americana. Neste caso, que versava sobre a possibilidade dos Estados-membros possuírem Bancos Centrais para a expedição de moeda própria, a Suprema Corte decidiu que do pacto federativo é possível constatar a existência de poderes, os quais implicitamente pertencem à União. Decidiu que a criação de um Banco Central, para expedição de moeda e regulamentação do setor financeiro, é tarefa da União, mesmo não havendo previsão expressa na Constituição.

Assim, pode-se concluir que, pelo modelo americano, aquilo que não for de competência expressa constitucional da União ou poderes implícitos a ela conferidos, será competência residual dos Estados-membros.

A segunda característica do modelo americano é a execução direta das competências constitucionais. Significa dizer, de maneira simples, que aquele que detém a competência para

legislar sobre determinada matéria será também competente para executá-la. A Constituição Americana não fez distinção entre competências legislativas e executivas.

A terceira importante característica do modelo americano é o dualismo rígido. O núcleo do federalismo americano são os Estados-membros e não a União, pois surge como fruto de um movimento de aglutinação, agregação de Estados, até então soberanos. Nesse processo de aglutinação, os Estados Americanos tiveram que dispor de sua soberania, fato esse por si só extremamente gravoso para qualquer Estado independente.

Segundo informa Mendes (2008), como forma de balancear a perda de soberania, surgiu o conceito de dualismo rígido: as competências da União e dos Estados-membros são, nos Estados Unidos, exclusivas e, portanto, indelegáveis. Sendo assim, a União não pode de forma delegada exercer tarefas incumbidas aos Estados-membros e vice-versa. Limita-se a parcela de poder concedida pelos Estados-membros à União, sem possibilidade de que seja aumentada.

Portanto, são características específicas do modelo americano de repartição de competências: competência residual dos Estados-membros, a execução direta das competências constitucionais e o dualismo rígido.

2. O FEDERALISMO ALEMÃO DA REPÚBLICA DE WEIMAR

Uma das contribuições mais expressiva da Alemanha no tema federação ocorre com o advento da Constituição de 1919 da República de Weimar. Uma Constituição que certamente mudou paradigmas. Para compreendê-la, em suas características, é preciso observar o momento de seu surgimento.

Em 1919, o mundo vivia o pós Primeira Guerra. A Alemanha, principal derrotada no conflito bélico, saiu destroçada da guerra. Em contrapartida, a vizinha União Soviética, desde a Revolução Russa de 1917, vivia uma realidade social bastante distinta.

Guedes (1998) informa que a situação interna da Alemanha, nos últimos anos de guerra, era de profundo caos, agravada ainda pelo intenso bloqueio naval inglês, que trouxe escassez de alimentos à população e consequente inflação dos preços. Começaram a eclodir em toda Alemanha levantes, os quais, além de decorrerem da miséria e da crise social internas, eram também inspirados pelo recente e próximo exemplo da União Soviética.

Nesse contexto, é promulgada a Constituição Alemã de 1919, iniciando-se uma nova fase do federalismo alemão, impregnado pela recente onda de constitucionalismo social. A tônica passa a ser a atuação do Estado na implementação de políticas sociais. E para efetivá-las, faz-se necessário a reformulação do modelo de repartição de competências, com a afirmação das bases do federalismo de cooperação.

Nesse modelo, a descentralização do poder não se funda na exclusividade de atuação dos entes federados. Pelo contrário, funda-se na necessidade de colaboração mútua entre os entes, através dos processos de coordenação e cooperação propriamente dita. A implementação das políticas sociais, na Alemanha de 1919, passa a depender de uma atuação intergovernamental entre os entes federativos (*Länder*).

Parte-se para um federalismo distinto de tudo que fora visto até então. Ressalta-se que o federalismo alemão não deixou de lado os elementos essenciais para assim ser considerado. Pelo contrário, em consonância com o exemplo de federalismo praticado nos EUA, reafirmou a existência de um Tribunal Constitucional, de um órgão legislativo representativo dos Estados-membros (*Bundesrat*), bem como o poder de se auto-organizarem, soberania exercida pela União, a existência de uma Constituição rígida e escrita, a vedação ao direito de secessão, a descentralização política e a partilha de competências com previsão constitucional.

Os elementos essenciais são os mesmos, porém as características peculiares do federalismo alemão de 1919 são os motivos que o tornam distintivo dos demais. No modelo germânico de repartição de competências, essa diferença toma uma amplitude ainda maior.

2.1. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO MODELO ALEMÃO

O federalismo cooperativo alemão de 1919 estabeleceu uma repartição de tarefas constitucionais fundadas nas seguintes premissas: execução indireta das competências e a possibilidade de delegação de competências.

Quanto à primeira característica, diferentemente do modelo americano, o constituinte originário alemão detalhou minuciosamente, e de forma distinta, as competências legislativas e administrativas. Estabeleceu quem poderia legislar sobre determinada matéria, bem como definiu quem poderia executar a legislação produzida pelos entes federativos.

Nesse ponto, verifica-se a opção do constituinte de atribuir aos Estados-membros, em princípio, a tarefa de executar as legislações vigentes. No federalismo cooperativo alemão de

1919, ficou a cargo dos Estados-membros atuarem na concretização tanto das leis federais como das leis estaduais. Nos dizeres de Rodrigues (2007, p. 15) “no modelo alemão, a regra geral está na assimetria entre a competência para legislar e a competência para executar as leis”. Quem executa, como regra, as leis federais na Alemanha são os Estados-membros. Trata-se da execução indireta das competências.

Também em contraposição ao original modelo americano de repartição de competências, observa-se que o constituinte originário alemão não optou pelo dualismo rígido, isso porque o federalismo cooperativo depende de um esforço conjunto entre União e Estados-membros na realização das tarefas constitucionais, sobretudo aquelas relacionadas aos direitos sociais.

Dessa forma, a Constituição Alemã da República de Weimar estabeleceu a possibilidade de delegação das competências legislativas entre os entes federativos. Significa que a União e os Estados-membros, no modelo alemão de 1919, não exercem apenas de forma exclusiva suas competências legislativas. Podem também delegá-las. Não há uma distribuição estanque dessas competências entre União e Estados-membros.

Observa-se, pois, que ambas características do modelo alemão são uma consequência direta da adoção do federalismo cooperativo como forma de Estado, recaindo a primeira característica (execução indireta) na partilha das tarefas administrativas e a segunda característica (possibilidade de delegação) na distribuição das competências legislativas.

Ressalta-se que no modelo alemão não há que se falar, a princípio, em competência residual, uma vez que a Constituição Alemã de 1919 caracteriza-se por ser analítica, dispondo de forma minuciosa acerca da repartição de competências. No modelo americano, a competência residual dos Estados-membros foi uma solução adotada posteriormente à promulgação da Constituição de 1781, caracterizada por ser extremamente sintética.

3. O FEDERALISMO BRASILEIRO NA CARTA DE 1988

O Brasil adota a forma de estado federalista desde a Constituição Republicana de 1891. No transcurso do último século, o federalismo foi mantido nas demais Constituições, com algumas variações, decorrentes de conjunturas políticas específicas. Antes da atual Carta Política, o país vivia um momento peculiar, sob a égide de uma Constituição outorgada pelo Regime Militar. Conforme dizeres de Silva (1991), vigia no país um mero federalismo nominal, existente apenas no papel.

A atual Constituição, rompendo com o regime antecedente e norteado pelo princípio democrático, traz um federalismo novo, tripartite, único, garantidor dos direitos fundamentais e, a princípio, voltado ao equilíbrio e manutenção do pacto federativo, considerando-o como cláusula pétrea, nos moldes do art. 60, parágrafo 4º, inciso I da CRFB/88.

Efetivamente, a Carta de 88 trouxe os oito elementos mínimos para o estabelecimento de uma Federação. Há no Brasil um Tribunal Constitucional, um órgão legislativo representativo dos Estados-membros, bem como a possibilidade desses de se auto-organizarem, a soberania é exercida pela União, a Constituição é rígida e escrita, há vedação ao direito de secessão, descentralização política e partilha de competências com previsão constitucional.

Porém, o próprio constituinte originário, adotou normas que vão de encontro ao novo federalismo. Dentre elas, estão as normas que definem o sistema de repartição de competências, resultado da fusão dos modelos americano e germânico, diametralmente opostos entre si e fundados em um federalismo bipartite, tentando compatibilizar o incompatível.

São normas que invariavelmente acabam por enfraquecer o federalismo no Brasil.

3.1. CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Elazar, citado por Dallari (1986), após comparar diversas Constituições de Estados que adotam o federalismo, concluiu que não existem dois Estados Federais idênticos em suas organizações. Isso porque, a formação de Estados Federais não ocorre da mesma maneira. Decorre de processos históricos, políticos, econômicos e culturais distintos, que resultarão cada qual em um federalismo com características próprias. Foi assim nos Estados Unidos em 1787, na Alemanha em 1919 e no Brasil em 1988.

Diante das normas postas pela Constituição de 1988, pode-se verificar a existência de duas características marcantes no federalismo brasileiro: o excesso de poder da União, decorrente do federalismo de segregação, e a existência de três órbitas de poder (União, Estados e Municípios), o que o classifica como federalismo tripartite.

São características que, ao lado do modelo americano e germânico, também influenciaram a partilha constitucional de competências brasileira. Segundo Barroso (1993), a Carta de 88 manteve a característica histórica do federalismo brasileiro de concentrar demasiadamente poder nas mãos da União. Ao mesmo tempo, buscou dar mais autonomia aos Estados-membros, e ainda pretendeu equilibrar as relações de poder, elevando os Municípios a ente federativo.

3.1.1. FEDERALISMO DE SEGREGAÇÃO

Nessa linha de raciocínio, é notória a distinção do federalismo americano e alemão

em relação ao brasileiro. Tanto o federalismo americano como o alemão surgem de um movimento de aglutinação de Estados, que se juntam para formação de um único Estado. Aqui o federalismo é resultado de um fenômeno de aglutinação, de um movimento de união dos Estados, em direção a um centro comum. Por isso, Moraes (2008) classifica-o como federalismo centrípeto. É nítida a relevância dos Estados-membros para formação do federalismo americano e alemão.

No Brasil, por razões históricas, um único Estado independente, até então unitário, transforma-se em um Estado composto, com a criação de Estados-membros. Aqui o federalismo resulta de um fenômeno de segregação, de repartição, segmentação do poder. O Estado Unitário promove a distribuição do seu poder aos Estados-membros, recém criados. Por isso, é classificado como federalismo centrífugo.

Neste último caso, a União passa a ter um papel preponderante, pois representa os interesses do antigo Estado unitário. Conseqüentemente, na partilha de competências, o poder fica demasiadamente concentrado nas mãos da União.

Essa consequência não é exclusiva do federalismo brasileiro. Tende a ocorrer em todos Estados em que o federalismo surge por um movimento de segregação. Silva (1991) ressalta justamente esse ponto ao concluir que em países onde a formação da federação se deu por um movimento de agregação, o processo de descentralização política ocorreu de forma mais efetiva. Já em federações marcadas pelo movimento de segregação o poder é mais concentrado.

Clève (1993), ao analisar o federalismo pátrio, dispõe que a Constituição de 1988 a cada afirmação da autonomia do Estado-membro traz outras que limitam, restringem o seu poder. Isso é reflexo direto do federalismo de segregação.

3.1.2. FEDERALISMO TRIPARTITE

Desde a promulgação da Constituição de 1891, muito se discutiu na doutrina e jurisprudência acerca da natureza jurídica dos Municípios. Tinham previsão constitucional e até uma certa autonomia, porém não faziam parte do pacto federativo. Por isso, até então, o federalismo formalmente adotado no país era o bipartite.

A Carta de 1988 mudou esse panorama. Em seu artigo 18, expressamente trouxe os Municípios como entes federativos, pessoas jurídicas de direito público interno, com autonomia administrativa, governamental e organizacional. Passaram a ter receitas próprias, competências constitucionais e até mesmo lei orgânica, dotada de certo grau de rigidez.

Parte-se para um modelo único de federalismo no mundo: o tripartite. Bonavides (2008, p. 347) destaca que “nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado *pouvoir municipal*”.

No entanto, a inclusão dos Municípios no pacto federativo, da maneira como se deu, não foi uma boa escolha, pelo menos sob o ponto de vista prático. Como decorrência da descentralização política é natural que os entes recebam competências constitucionais. E para executá-las precisam de uma considerável receita pública. No âmbito federal e estadual, há faticamente como se estabelecer uma equivalência entre receitas e despesas públicas. Porém, no âmbito municipal, a insuficiência de receitas tem sido a regra.

O equívoco foi o fato de que a Constituição Federal de 1988, de imediato, convalidou a existência dos milhares de municípios brasileiros sem que, no entanto, fossem feitos estudos de viabilidade municipal. Grande parte desses municípios mostra-se hoje deficitária, sem qualquer viabilidade econômica. Somente com a edição da Emenda Constitucional n.º 15/96 é que o Estudo de Viabilidade Municipal passou a ser obrigatório.

Na verdade, o constituinte originário, tentando equilibrar a distribuição de poder, criou um terceiro ente, dando-lhe tarefas constitucionais, porém sem garantir-lhe meios suficientes para assim proceder. Tornou o sistema de partilha de competências mais complexo e confuso, sem necessidade, pois a descentralização política, em um primeiro momento, certamente não precisava passar pela criação de um terceiro ente federativo e sim na concretude de uma partilha constitucional mais equilibrada entre União e Estados.

3.2. A FUSÃO ENTRE OS MODELOS AMERICANO E ALEMÃO

Postas as premissas axiológicas alienígenas, bem como as características próprias do federalismo brasileiro, basta analisar como o constituinte originário procedeu à fusão dos modelos americano e germânico, e assim estabeleceu a atual partilha de competências legislativas e executivas na Constituição.

A matéria tem início, em sede constitucional, a partir do art. 21 da CRFB/88. Por mera opção didática, a análise será feita tomando-se primeiramente as três características do modelo americano, após as duas características do modelo alemão e, por fim, as duas características peculiares do modelo brasileiro.

No Brasil, o constituinte originário previu competência residual aos Estados-membros, conforme art. 25, §1º, da CRFB/88, tal como nos Estados Unidos da América. A referida norma dispõe que são reservadas aos Estados-membros as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição. Significa dizer, de modo contrário, que tanto a União como os Municípios possuem competências legislativas e administrativas expressas. Atuam, em regra, somente quando a Constituição expressamente autorizar.

E diga-se que essa é a regra, pois aqui no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF, como exceção, também encampou a Teoria dos Poderes Implícitos, conforme se deu nos Estados Unidos, conferindo assim à União competências que por interpretação constitucional implicitamente lhe pertencem. Como referência jurisprudencial, remete-se o leitor ao *leading case* julgado pelo STF no HC 71.713 – PB, publicado em 26/10/1994.

Em relação à execução direta, essa também foi uma característica adotada na Constituição de 1988. Aquele que tem a competência legislativa sobre determinada matéria também terá a competência administrativa para executá-la. Como exemplo, observa-se que há uma nítida relação entre as matérias versadas nos arts. 21 e 22 da CRFB/88, respectivamente, competências administrativas e legislativas da União. A toda atribuição contida no art. 21 há também norma correspondente no art. 22. Essa é a regra, cuja exceção será vista quando da análise das características do modelo alemão.

O Brasil também adotou o dualismo rígido do modelo americano. Há competências constitucionais que são indelegáveis. Por razões históricas, no federalismo brasileiro entende-se que as competências constitucionais, quando classificadas como privativas, permitem a delegação. Não havendo menção expressa a essa qualidade (privativas), serão competências exclusivas, indelegáveis.

Note-se que a classificação em privativa ou exclusiva leva em consideração a possibilidade de delegação da competência. É por isso que não se classifica a competência administrativa comum, constante do art. 23 da CRFB/88, como privativa, pois é competência indelegável. O fato dessa competência ser comum não a impede de ser também exclusiva (indelegável). É tarefa a ser executada por todos, sendo que nenhum ente federativo pode delegar aos demais a parcela que lhe cabe dessa tarefa constitucional.

São exclusivas todas as competências administrativas, com a exceção que se faz quanto aos serviços públicos, cuja atuação, quando coordenada por meio de convênio ou

consórcio, permitirá a delegação de competência administrativa, conforme art. 241 da CRFB/88. Em relação às competências legislativas, somente não são exclusivas, de forma expressa, as contidas no art. 22 da CRFB/88.

Partindo para as características do modelo alemão, verifica-se que também foi adotada na Carta de 1988 a execução indireta de algumas competências administrativas. São hipóteses em que o ente federativo competente para legislar não será competente para executar a lei. Conforme Rodrigues (2008), o melhor exemplo é aquele contido no art. 25, §2º da CRFB/88. Essa norma dispõe que compete aos Estados-membros explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei. A norma constitucional se refere à espécie normativa federal a ser ainda editada pelo Congresso Nacional. Porém, como visto, o art. 25, §2º da CRFB/88 é exceção a competência residual dos Estados-membros, por isso a peculiaridade do tratamento diferenciado.

Ressalta-se que as leis editadas pela União com natureza nacional e não apenas federal, são normas que ditam a atuação legiferante dos Estados-membros e dos Municípios. Correspondem às leis com conteúdo geral, cuja competência legislativa é da União, na forma do art. 24, §1º da CRFB/88. Os Estados-membros e Municípios vão apenas editar normas específicas, com observância da norma federal de conteúdo geral. Contudo, a competência administrativa dos Estados-membros e Municípios continua a ser pautada pela execução direta, pois têm competência legislativa suplementar e podem, assim, atuar na solução dos casos concretos, em sua esfera de atuação.

Também adotando o modelo alemão, o constituinte originário brasileiro previu a possibilidade da delegação da competência legislativa de forma expressa no art. 22, parágrafo único da CRFB/88. Ademais, as matérias legislativas constantes no rol do art. 24 da Constituição de 1988, por ostentarem a qualidade de “concorrente”, permitem a atuação legiferante supletiva dos Estados-membros, quando há falta da norma federal de conteúdo

geral, conforme art. 24, §3º da CRFB/88.

A hipótese se assemelha a uma delegação constitucional. Observa-se que no art. 22, parágrafo único da CRFB/88 a delegação dependerá de lei complementar federal. No caso do art. 24, §3º da CRFB/88 a delegação decorre da própria Constituição: caso a União não edite a norma geral, seja por desídia, por omissão ou até mesmo por opção, poderá o Estado-membro editar a sua respectiva lei, inclusive com conteúdo geral.

Em relação às competências administrativas, como visto acima, somente será possível sua delegação com base no art. 241 da CRFB/88, que versa sobre a execução dos serviços públicos de forma consorciada ou por meio de convênio.

Já as características do federalismo brasileiro, são todas perceptíveis ao longo do texto constitucional. O federalismo de segregação, que tem como consequência a concentração demasiada de poder nas mãos da União, é visível quando analisamos os arts. 21 e 22 da CRFB/88. São dispositivos constitucionais extensos, que praticamente esgotam todos os temas relevantes, objeto da partilha. A União possui competência legislativa quanto às matérias dos arts. 22 e 24 da CRFB/88 e competência administrativa nos arts. 21 e 23 da CRFB/88. Aos demais entes federativos, restam poucas competências constitucionais.

Em relação ao federalismo tripartite, com base no art. 18 da CRFB/88, o constituinte traçou as competências legislativas e administrativas, todas no art. 30 da CRFB/88. Quanto ao conteúdo dessas competências, não fugiu a regra. Valeu-se do princípio da predominância dos interesses: aos Municípios competem as matérias que ostentam interesse local. As competências legislativas estão contidas nos incisos I e II, do art. 30 da CRFB/88. Já as competências administrativas, correspondem aos demais incisos do art. 30 da CRFB/88.

3.3. O SISTEMA PENDULAR DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

O Direito Constitucional brasileiro, ao longo dos tempos, valeu-se tanto das premissas estabelecidas pelo federalismo americano como também das características do federalismo alemão. Houve momentos em que se aproximou mais do modelo americano (Constituição Federal de 1891) e épocas em que se fundou quase que exclusivamente nas características do modelo alemão cooperativo (Constituição Federal de 1934). A Constituição de 1988 encontra-se em uma posição intermediária, principalmente no tema repartição de competências.

Oscila feito um pêndulo em movimento entre os dois modelos alienígenas. Como visto, a Carta de 1988 adota a competência residual dos Estados-membros, o sistema de execução direta das competências e o dualismo rígido, todas características do modelo americano. Ao mesmo tempo, estabelece a execução indireta e a possibilidade de delegação das competências, típicas do modelo alemão. É o que a doutrina chamou de pêndulo de repartição de competências.

Para tornar o tema ainda mais paradoxal, o modelo brasileiro leva em consideração características históricas de seu federalismo. Não bastando o antagonismo entre os modelos americano e germânico, o sistema brasileiro caracteriza-se por ser tripartite e de segregação. Ambas características divergem com os poucos pontos em comum que o federalismo clássico americano e o federalismo alemão de 1919 possuem: são bipartites e derivados de um processo de agregação.

Por certo, tamanha contradição e antagonismo existentes entre as premissas axiológicas adotadas pelo constituinte para definir a partilha de competências resultam em constantes conflitos de competência e conseqüente enfraquecimento do princípio federalista no Brasil.

4. OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVA E LEGISLATIVA

Não são raros os dissídios jurisprudenciais que versam sobre partilha de competências. Geralmente ocorrem no plano das competências legislativas e, por via de consequência, atingem também as competências administrativas. Como ferramenta para solução das crises de atribuições constitucionais, lança-se mão dos métodos de interpretação que prestigiam os princípios da predominância dos interesses e da correção funcional.

Porém, trata-se de solução paliativa, uma vez que busca apenas contornar as contradições do modelo de repartição de competências adotado na Constituição de 1988. Serve apenas de remédio a um mal pré-existente.

É necessário, na verdade, reformar o sistema e principalmente repensar o papel hermenêutico dos princípios da predominância dos interesses e da correção funcional, coadunando-os com o federalismo cooperativo. Cumpre trazê-los a outros patamares. Inserí-los efetivamente tanto no plano da produção legislativa de todos os entes federativos, como no momento da execução das tarefas constitucionais.

4.1. A REFORMA CONSTITUCIONAL DO SISTEMA BRASILEIRO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Discute-se na doutrina e jurisprudência a possibilidade de Emenda Constitucional versar sobre a alteração do atual modelo de repartição de competências, uma vez que a partilha de tarefas constitucionais é elemento essencial do federalismo, cláusula pétrea,

conforme art. 60, §4º, inciso I, da CRFB/88.

Mendes (2008), ao interpretar a redação do §4º, do art. 60, da CRFB/88, traz lição importante: o dispositivo constitucional fala que não poderá ser objeto de deliberação apenas a proposta de emenda tendente a abolir o princípio federalista. Significa que, como os demais princípios ali estabelecidos, o princípio federalista possui um núcleo essencial imutável, intangível. Abolir não significa alterar, reformar, mudar, razão pela qual propostas de emendas, cujo objeto seja a reforma do modelo de partilha de competências, desde que não invadam o núcleo essencial do federalismo, serão permitidas e consideradas constitucionais.

Quanto ao conteúdo dessa reforma, valendo-se dos princípios da predominância dos interesses e da correção funcional, deve-se buscar a atuação dos entes federativos cada vez mais aproximada do modelo cooperativo alemão, com algumas ressalvas. A intenção em reformular o sistema de partilhas é estabelecer de forma efetiva o equilíbrio na distribuição dos poderes. O federalismo de cooperação é o que melhor se presta a isso.

As tentativas de efetivar a atuação cooperativa no modelo brasileiro ainda se mostram incipientes. Os arts. 23, 24 e 241 da CRFB/88 são frutos dessa tendência constitucional, porém ainda não produziram os efeitos esperados, tendo em vista os entraves legais e principalmente constitucionais acerca da matéria. Como pode um ente federativo firmar consórcio público ou convênio sem ao menos saber quais são suas tarefas constitucionais? O modelo de repartição urge mudança para torná-lo mais objetivo, simples e claro.

Para isso, seria mais interessante estabelecer uma partilha na qual todas as matérias constitucionais fossem consideradas competências administrativas comuns e legislativas concorrentes, com a possibilidade de delegação de ambas as espécies. Como exceção, seriam exclusivas da União apenas aquelas matérias atinentes à segurança nacional e energia nuclear.

4.1.1. O PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DOS INTERESSES

Tomando-se em consideração o modelo hipotético visto acima, o princípio da predominância dos interesses, segundo o qual à União, aos Estados membros e aos Municípios devem predominar respectivamente as matérias de conteúdo geral, regional e local, precisa ser efetivamente aplicado tanto no momento da produção das leis como também no momento da atuação do ente federativo.

Observa-se, pois, que construindo um modelo de partilha no qual todas as competências administrativas sejam comuns e as legislativas sejam concorrentes, caberá somente aos entes federativos definir, no momento da produção legislativa e na concretização das leis, os fatos que realmente revelam seus interesses predominantes.

Por isso, também é indispensável a possibilidade de delegação das competências. Por óbvio, esse modelo depende de um diálogo muito mais amplo entre os entes federativos tanto na produção legislativa como quando vão firmar suas atuações concretas, por base de um convênio ou consórcio público.

O erro do constituinte originário foi justamente querer definir qual interesse prepondera para União, Estados-membros e Municípios. Não é um princípio a ser previsto de forma estanque em uma Constituição. É princípio que rege uma atuação dinâmica entre os entes federativos, os quais são os únicos capazes de definir, diante dos fatos concretos, que interesse preponderará: o geral, o regional ou o local.

O ente federativo, sabedor de que detém competência sobre todas as matérias constitucionais, deverá produzir lei ou firmar consórcio público ou convênio de acordo com suas potencialidades econômicas e estruturais.

Essa atuação conjunta com os demais entes, típica do federalismo de cooperação,

baseada em diálogo e consenso quanto à predominância de interesses, permite a adequação da representatividade que cada ente deve ostentar em um Estado Federal.

4.1.2. O PRINCÍPIO DA CORREÇÃO FUNCIONAL

O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, nos casos que versam sobre conflitos de competências constitucionais, se vale do princípio hermenêutico da correção funcional, segundo o qual não podem os administradores e legisladores, no exercício de tarefas constitucionais, chegar a resultados que perturbem o modelo de repartição de competências. Cabe ao STF corrigir a atuação funcional daqueles que desrespeitam o sistema de partilha, observando o que fora estabelecido na Carta de 1988.

É um princípio de aplicação apenas jurisprudencial. Porém, a reforma do sistema de repartição de competências deve também garantir a aplicação desse princípio pelos administradores e legisladores, no momento de suas atuações. Deve ser levado dos Tribunais para as Casas Legislativas e Gabinetes dos Chefes do Poder Executivo.

A atuação conjunta, proposta pela adoção de um federalismo cooperativo efetivo, deve permitir que os próprios entes, por seus administradores e legisladores, corrijam as distorções surgidas no exercício de uma competência legislativa ou administrativa. Um sistema de repartição de competências, em que todos são responsáveis por todas as matérias constitucionais, deve assegurar a possibilidade de adequação à situação fática.

Para esse fim, nada melhor do que a possibilidade de delegação de competências, seja no âmbito das tarefas legislativas, seja no campo das competências administrativas. A possibilidade de revisão dos consórcios públicos e dos convênios também se coaduna com o

princípio da correção funcional.

O fato é que, para um melhor equilíbrio na distribuição de poder, é fundamental que os entes federativos possam, sem a necessidade de intervenção dos Tribunais, corrigir o limite de suas atuações e, assim, reafirmar sua importância no pacto federativo.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, pode-se concluir que o modelo de repartição de competências adotado pelo constituinte originário na Carta de 1988 peca ao tentar compatibilizar modelos de repartição de competências que apresentam premissas axiológicas antagônicas. Não há uma coerência metodológica na repartição de competências, uma vez que o sistema brasileiro, ora se aproxima do modelo americano, ora do modelo alemão.

O equívoco aumenta quando o constituinte, em uma tentativa desastrosa, alça os Municípios a entes federativos, sem contudo distribuir de forma efetiva o poder, concentrando-o demasiadamente nas mãos da União.

Apesar de fundar-se no princípio federalista, cláusula pétrea, o atual e confuso modelo de repartição de competências brasileiro somente enfraquece o pacto federativo. Como consequência, são constantes os dissídios jurisprudenciais que versam sobre o tema, fato esse que revela a necessidade urgente do constituinte derivado efetivar a reforma do sistema.

A Emenda Constitucional que altere o modelo brasileiro, sem atingir o núcleo essencial do princípio federalista, poderá dar um passo a frente e fortalecer o referido princípio.

O conteúdo da Emenda Constitucional deve aproximar o modelo brasileiro às premissas axiológicas do original federalismo cooperativo alemão, valendo-se da releitura dos princípios da predominância dos interesses e da correção funcional e, ainda, estabelecendo uma partilha de competência administrativa comum e legislativa concorrente, com possibilidade de delegação.

Um modelo hipotético que poderá fortalecer o federalismo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. at. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 71.713-PB. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 26.10.1994.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Academia, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.

ESTADOS UNIDOS. Emenda Constitucional n. 10, de 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<http://www.house.gov/house/Constitution/Amend.html>>. Acesso em: 08 nov. 2009.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo* - Trad. de Elisete Antoniuk e Dr. Marcos Augusto Maliska. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAMILTON, Alexander. *General Introduction*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>>. Acesso em: 04 out. 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* - Trad. (da 20 ed.) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira *et tal.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Penã de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmáticos-jurídicos do sistema de repartição de competências legislativa e administrativa na constituição federal de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, n.º 15, jan/mar, Salvador, 2007.

SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. *Federalismo: origem e fundamentos*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 67-79, jul./dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.