


Núcleo de Estudos e
Pesquisas do Senado



**REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS
LEGISLATIVAS E A QUESTÃO DAS
NORMAS AMBIENTAIS: o que a
Reforma Federativa alemã nos
tem a dizer**

Renato Monteiro de Rezende

Textos para Discussão

115

Agosto/2012

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Doris Marize Romariz Peixoto – Diretora Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Claudia Lyra Nascimento – Secretária Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

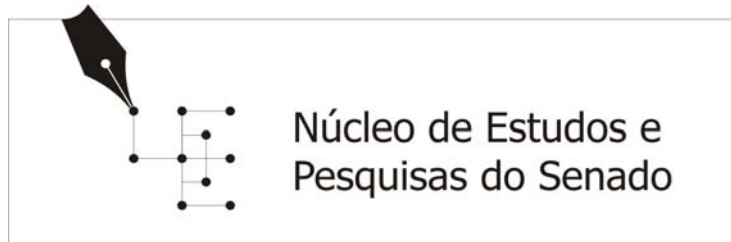
Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Diretor



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 10, de 2011, o Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal tem por missão organizar, apoiar e coordenar projetos de estudos e pesquisas que visem à produção e à sistematização de conhecimentos relevantes para o aprimoramento da atuação do Senado Federal.

Contato:

conlegestudos@senado.gov.br

URL: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E A QUESTÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS: O QUE A REFORMA FEDERATIVA ALEMÃ NOS TEM A DIZER

RESUMO

A Reforma Federativa ocorrida na Alemanha em 2006 promoveu importantes mudanças no esquema de repartição de competências legislativas entre União e Estados. Nesse âmbito, merecem destaque a eliminação das competências para legislação de quadro, a criação das competências de divergência e a significativa redução das matérias cuja regulação, pelo legislador federal, se sujeita à cláusula da imprescindibilidade. A reforma constituiu uma tentativa de remover obstáculos à produção normativa no modelo alemão de federalismo cooperativo, caracterizado pelo poder de veto dos Estados à legislação federal, por meio do Conselho Federal, bem como por uma pouco clara definição dos espaços de atuação dos legisladores federal e estadual em sede de competências concorrentes e de quadro. No tocante a matérias ambientais, antes sujeitas ao regime das competências para legislação de quadro, a reforma abriu caminho para a produção de normas exaustivas e nacionalmente uniformes pela União, facilitando a transposição das directivas europeias para o ordenamento jurídico alemão. Embora nessas matérias seja admitida hoje a legislação estadual divergente, há razões para considerar que os Estados farão uso comedido dessa prerrogativa. Assim, pode-se concluir que o saldo da reforma é positivo para a União, no que concerne ao exercício de competências legislativas sobre questões ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: federalismo alemão – competências legislativas – meio ambiente.

ABSTRACT

German Federal Reform occurred in 2006 promoted substantial changes in the scheme whereby legislative powers are distributed between the Federation and the federal states. Particularly remarkable were the abolition of the framework competence, the possibility of concurrent state legislation divergent from federal law, in some subjects, and the significant reduction of matters whose regulation by the federal legislature was bound by the necessity requirement. The reform constituted an attempt to remove obstacles to the legislative decision-making process in the German model of cooperative federalism, marked by a veto power over federal legislation, exercised by states through the Federal Council, and by unclear boundaries of the federal and state legislative powers concerning concurrent and framework competences. In environmental matters, previously subject to the framework legislation, the reform paved the way for enactment of comprehensive and nationally uniform laws by the Federation, thereby making easier the transposition of the European Directives into German law. Although divergent state legislation is allowed, there are reasons to assume that states will use this prerogative moderately. Thus, it is possible to conclude that the balance of the reform is positive to the federal level, in regard to the legislative competences on environmental issues.

KEYWORDS: German federalism – legislative competences – environment.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	1
II. MEIO AMBIENTE E COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NA ALEMANHA	3
1. TRAÇOS GERAIS DO ESQUEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS.....	3
2. AS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS EM MATÉRIA AMBIENTAL	9
3. FATORES DESENCADEANTES DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006	11
4. A SITUAÇÃO ATUAL.....	19
A) OS TRÊS TIPOS DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE	19
B) COMPETÊNCIAS EM MATÉRIAS AMBIENTAIS	21
C) AVALIAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006	24
III. CONCLUSÃO	32
BIBLIOGRAFIA.....	37

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E A QUESTÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS: O QUE A REFORMA FEDERATIVA ALEMÃ NOS TEM A DIZER

Renato Monteiro de Rezende¹

I. INTRODUÇÃO

É quase um lugar comum, na doutrina constitucional brasileira, dizer-se que o esquema de repartição de competências legislativas utilizado na Constituição de 1988 reproduz em grande medida o da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição alemã². Da perspectiva de quem observa dois objetos ao longe, a afirmação soa razoável. O mesmo não se pode dizer da perspectiva de quem os compara de perto, atento aos detalhes.

Embora haja diversos pontos de aproximação entre os dois textos constitucionais, o paralelo está longe de ser perfeito, máxime em sede de competências legislativas concorrentes. As regras de condomínio legislativo previstas no art. 24 da Constituição de 1988 não podem ser equiparadas, sem mais, às das competências para legislação de quadro, de que tratava o art. 75 da Lei Fundamental de Bonn, revogado pela Reforma Constitucional de 2006. Isso porque, se o papel da União em ambos os sistemas jurídicos deveria se limitar à edição de normas gerais, apenas no caso alemão era exigido do ente central, como condição para o exercício da competência legislativa, o atendimento da chamada cláusula da necessidade.

Menos razões ainda haveria para equiparar as competências concorrentes do art. 24 da Constituição brasileira às competências concorrentes do art. 74 da Lei Fundamental, uma vez que, na Alemanha, estas nunca foram pensadas em termos de segmentação de um campo material, para edição de normas gerais pela União e de normas particularizantes pelos Estados. Sobre as matérias sujeitas à competência concorrente na Lei Fundamental, a União sempre pôde legislar de forma exhaustiva, desde que atendido o requisito da necessidade. Antes da Reforma Constitucional de 2006, o exercício da competência concorrente pelo ente central interditava a atuação do legislador

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 481. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 481. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

estadual. Após a Reforma, passou a valer, no tocante a algumas matérias submetidas à competência concorrente, a regra da prevalência da lei posterior, possibilitando que legislação mais recente de um Estado suspenda a vigência da lei federal em seu território, podendo igualmente uma nova lei federal suspender a vigência daquela lei estadual.

À luz das diferenças apontadas, afirmações apressadas sobre uma equivalência dos modelos alemão e brasileiro de repartição de competências legislativas devem ser lidas *cum grano salis*.

No curso dos trabalhos legislativos envolvendo o projeto do novo Código Florestal, convertido na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, foi uma vez mais reafirmada a semelhança entre os esquemas alemão e brasileiro de repartição de competências por parte de quem advogava uma maior participação dos Estados federados na produção legislativa em matéria ambiental. Nessa linha foi o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal ao projeto. De acordo com o art. 24, VI, da Constituição brasileira, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

É bem verdade que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão, nas cinco primeiras décadas de vigência da Lei Fundamental, adotou uma clara postura de *self-restraint* na verificação dos limites da competência legislativa federal concorrente e de quadro, sobretudo no tocante à cláusula da necessidade, o que permitiu, na prática, uma maior aproximação entre os modelos germânico e brasileiro. Tal se deu, contudo, exatamente na linha de fortalecer o raio de ação do legislador da União. Nesse contexto, arguir a semelhança entre os dois modelos teria resultado oposto ao pretendido por quem defende maiores restrições à produção legislativa do Congresso Nacional brasileiro no âmbito das competências concorrentes.

Com a Reforma Constitucional de 1994 e a mudança de postura do TCF, a cláusula da necessidade passou efetivamente a ser aplicada como freio à até então inexorável primazia do legislador federal nas competências concorrentes e de quadro. Na mesma reforma, foi inserido dispositivo na Lei Fundamental estabelecendo que, no âmbito das competências de quadro, apenas excepcionalmente a União poderia editar normas que fossem diretamente aplicáveis, sem intervenção do legislador estadual. Todavia, isso só vem demonstrar que, mesmo em uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e da Alemanha feita com levando-se em conta o período imediatamente anterior à Reforma Constitucional de 2006, o maior âmbito de atuação do legislador subnacional tedesco se devia a preceitos para os quais não existiam correspondentes Carta de 1988. De resto, se antes de 2006 já era questionável a tão decantada semelhança entre as duas ordens constitucionais, a reforma empreendida

na Lei Fundamental de Bonn naquele ano distanciou ainda mais os esquemas de repartição de competências das duas federações.

Nos países que admitem o exercício do poder legiferante sobre uma mesma matéria tanto por parte do ente central quanto dos entes subnacionais, os temas afetos ao meio ambiente estão certamente entre aqueles que mais suscitam questionamento quanto à extensão da competência legislativa da União e dos Estados. Os problemas enfrentados pela Alemanha na normatização do assunto são prova disso. Igualmente indicativo do fenômeno é, no Brasil, o não desprezível número de ações diretas de inconstitucionalidade nas quais se questiona legislação estadual sob o argumento de invasão de competência da União para dispor sobre normas gerais. Diferentemente, porém, do que se deu na Alemanha nos anos que precederam a Reforma de 2006, o Supremo Tribunal Federal nunca se afastou de sua tradicional postura de reconhecer amplo espaço de ação do legislador nacional no âmbito da legislação concorrente.

Em um contexto no qual a jurisprudência da Suprema Corte brasileira é frequentemente criticada, sob o argumento de que promove uma indevida centralização, estiolando os poderes legislativos estaduais, o exame das recentes alterações na Lei Fundamental germânica pode ser útil para compreender as principais dificuldades advindas da fragmentação normativa, especialmente em questões ambientais. Com efeito, entre os problemas do esquema alemão de repartição de competências que a Reforma Constitucional de 2006 pretendeu equacionar figurou o da necessidade de uniformização legislativa em temas afetos ao meio ambiente. A essa análise se dedica o presente trabalho.

II. MEIO AMBIENTE E COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NA ALEMANHA

1. TRAÇOS GERAIS DO ESQUEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Nos termos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o Estado alemão constitui uma República Federativa, na qual as competências legislativas são partilhadas pela União (*Bund*) e pelos Estados (*Länder*). O texto original da Constituição previa o seguinte esquema de repartição de competências legislativas:

- 1) competência exclusiva da União (arts. 71 e 73): o tratamento de determinadas matérias era reservado à lei federal, admitindo-se que os Estados legislassem sobre elas apenas e na medida em que fossem para isso expressamente autorizados por lei federal;
- 2) competência concorrente (arts. 72 e 74): sobre determinadas matérias, os Estados poderiam legislar quando a União não fizesse uso de sua competência legislativa,

somente sendo permitido o exercício desse poder pela União quando verificada a **necessidade** de regulamentação federal, em virtude de: (i) o assunto não poder ser regulado efetivamente pela legislação de cada Estado; (ii) a regulação do assunto pela lei de um Estado poder prejudicar os interesses de outros Estados ou os interesses gerais; ou (iii) assim o exigir a manutenção da unidade jurídica e econômica, especialmente a manutenção da uniformidade das condições de vida para além do território de cada Estado (art. 72, § 2º);

- 3) competência para legislação de quadro (art. 75): nas mesmas condições definidas no âmbito da competência concorrente para o exercício do poder legiferante pelo ente central, a União poderia editar normas gerais sobre determinadas matérias, sem prejuízo da competência dos Estados para legislar sobre o mesmo assunto, observadas tais normas gerais³;
- 4) competência exclusiva dos Estados (art. 70): a competência para legislar sobre as matérias não identificadas, pela Lei Fundamental, como passíveis de regulação pela União, seria dos Estados.

As regras relativas à competência exclusiva da União (arts. 71 e 73) são bastante similares às da competência privativa do art. 22 da Constituição brasileira, o qual prevê, em seu parágrafo único, a possibilidade de o ente central, mediante lei complementar, autorizar os Estados a legislarem a respeito de tópicos específicos das matérias sobre as quais cabe à União legislar privativamente. Como no Brasil, as autorizações federais para os Estados legislarem sobre assuntos reservados à União dificilmente ocorrem na Alemanha⁴.

Também a regra da competência exclusiva dos Estados (art. 70) pode ser equiparada à da competência remanescente prevista no art. 25, § 1º, da Constituição de 1988, segundo o qual *são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas* pelo texto constitucional. Dessarte, compete aos Estados dispor legislativamente sobre todas as matérias que, nos termos da Carta brasileira, não sejam objeto de regulação pela União e pelos Municípios.

Diferentemente do que a Lei Fundamental estipulava para a legislação de quadro, a União poderia regular inteira e minuciosamente um assunto quando estivesse no exercício da competência concorrente. Esta somente se sujeitava à comprovação das condições habilitantes da edição de lei federal, o que se convencionou chamar de **cláusula da necessidade** (*Bedürfnisklausel*). Em sede de legislação de quadro, ao contrário, além da sujeição à cláusula da necessidade, a competência da

³ A competência para legislação de quadro remonta, na Alemanha, à Constituição de Weimar, de 1919, que, em seu art. 10, autorizava o *Reich* (ente central) a editar legislação principiológica sobre determinadas matérias, a qual não poderia ser contrariada pela legislação dos *Länder*.

⁴ Cf.: KUSTER, Bernd. *Case Study Germany: How did Germany disentangle competences?* Disponível em: <http://www.riformeistituzionali.it/media/72084/kuster.pdf>. Acessado em 6 de agosto de 2012.

União era limitada ao estabelecimento de normas gerais, da moldura normativa dentro da qual os Estados editariam suas próprias leis.

No esquema anteriormente traçado, o que mais se poderia assemelhar às competências concorrentes da Constituição de 1988 seriam as competências para legislação de quadro⁵. No âmbito das competências concorrentes previstas no art. 24 da Carta brasileira, o exercício da competência legislativa pela União não se sujeita a condição alguma exceto a de restringir-se à estipulação de normas gerais. O que sejam normas gerais permanece um ponto ainda sujeito a controvérsias, havendo quem as circunscreva a princípios e diretrizes de elevado grau de abstração e quem admita possam elas regular um dado campo material em maiores detalhes, para assegurar a obediência a valores protegidos constitucionalmente. O que não se disputa é a legitimidade da União para aprovar legislação principiológica ou de diretrizes nacionais, bastando que a norma se revista de tais características para que o legislador nacional possa editá-la.

Na Alemanha, ao contrário, o exercício, pela União, das competências de quadro sempre esteve condicionado à observância do requisito da necessidade (mesmo na enunciação de princípios ou normas com maior grau de abstração), muito embora a prática constitucional se encaminhasse no sentido de uma exegese amplíssima das situações autorizadas da produção legislativa federal ou mesmo de impossibilidade de controle judicial dessa questão. As semelhanças entre os dois sistemas jurídicos, nesse ponto, resultou muito mais de um viés interpretativo do TCF alemão do que da similitude dos textos das duas constituições.

Outro ponto distintivo refere-se às competências ditas concorrentes na Lei Fundamental de Bonn, cujo regime é bastante diverso das já mencionadas competências concorrentes da Constituição brasileira. No Brasil, as normas do art. 24 da Constituição de 1988 têm sido entendidas como estabelecedoras de uma divisão de tarefas entre os legisladores nacional e estaduais dentro de um mesmo campo temático, permitindo, assim, sua atuação concomitante, com a edição de normas gerais pela União e normas particularizantes pelos Estados.

Já na Alemanha, em sede competências concorrentes e presente o requisito da necessidade, a União tinha ampla disposição sobre a matéria a ser regulada, podendo esgotar a normatização de

⁵ Na verdade, além do esquema básico de repartição de competências anteriormente indicado, a Lei Fundamental previu, em seus arts. 91a, § 2º, e 109, § 3º, a *Grundsatzgesetzgebung des Bundes* (legislação principiológica da Federação), uma variedade de competência legislativa da União para o estabelecimento de princípios gerais não vinculada à cláusula da necessidade. O âmbito material dessa competência é mais restrito. Abrange as tarefas comuns da União e dos Estados (ampliação e construção de escolas superiores, melhoria das estruturas agrária e econômica geral, e proteção costeira) e o Direito Orçamentário. Assim, a rigor, haja vista a inexistência de condições habilitantes para o exercício dessa competência pela União, a *Grundsatzdesetzgebung des Bundes* pode ser identificada como o que há de mais próximo à competência para edição de normas gerais prevista na Constituição brasileira.

todo o tema, hipótese em que a atuação do legislador estadual se via bloqueada. E a interpretação dominante era de que esse efeito bloqueador (*Sperrwirkung*) da legislação estadual se produzia desde o momento em que a União, ao iniciar o processo legislativo para regulação de uma dada matéria, resolvesse fazer uso de sua competência⁶.

A cláusula de necessidade deveria constituir a garantia de vigência do princípio da subsidiariedade na Federação alemã. As matérias sujeitas à competência concorrente deveriam, como regra, ser objeto de regulação por parte dos Estados. No entanto, em face do aludido viés exegético do TCF, o que se deu na prática foi algo bem diverso. Já nas primeiras décadas de vigência da Lei Fundamental, o Tribunal adotou uma postura demissiva quanto ao controle das condições sob as quais era franqueado à União legislar, ao entender que questões envolvendo o atendimento, pela lei federal, da cláusula da necessidade não estavam, em princípio, sujeitas ao seu escrutínio⁷. Em diversas oportunidades, a Corte também reconheceu a existência de competências implícitas ou não escritas da União, em matérias cujo tratamento se revelava essencial para que a regulação de outras expressamente entregues à disciplina federal, dada a conexão existente entre elas.

Ao uso exaustivo, pela União, de suas competências legislativas, somava-se um cenário no qual sucessivas alterações na Lei Fundamental eram aprovadas para aumentar o rol de matérias de competência federal, levando a uma hiperatividade do Poder Legislativo da União, em detrimento dos

⁶ Cf. ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 75, set/dez 2005, p. 293-4. Como se verá adiante, com a Reforma Constitucional de 1994, esse efeito bloqueador passou a valer somente após a entrada em vigor de legislação federal. Foi ele mantido pela Reforma Constitucional de 2006, a despeito de a competência concorrente ter sido desmembrada em três diferentes modalidades. Mesmo no caso da então criada competência concorrente de divergência, não se tem a vigência concomitante de legislação federal e estadual sobre a mesma matéria. Eliminou-se a primazia absoluta de uma legislação sobre outra, sem no entanto admitir-se a eficácia simultânea das duas legislações, elegendo-se o critério da *lex posterior* como definidor da lei vigente em cada momento.

⁷ Nesse sentido, a decisão de 1953 no caso *Straffreiheitsgesetz* (BVerfGE 2, 213), na qual a Corte afirmou claramente que a questão a respeito da necessidade de regulação federal de determinada matéria sujeita à competência concorrente está entregue à discricção do legislador federal, não sendo objeto de investigação pelo Tribunal. O mesmo posicionamento foi adotado em vários outros julgados. No caso *Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen* (BVerfGE 4, 115), a Corte acentuou a diferença entre as competências da União para legislação de quadro e concorrente, afirmando que: (i) a segunda permitia normatização exaustiva pelo legislador federal; (ii) diferentemente do que se passava em relação às condições fáticas de atendimento da cláusula da necessidade, não sujeitas a investigação pelo Tribunal, a este era dado examinar se, em relação às matérias do art. 75 da Lei Fundamental, a União teria se limitado a editar previsões-quadro, não exaustivas. Também no caso *Eisenbahnkreuzungsgesetz* (BVerfGE 26, 338) restou assentado que “a decisão sobre se é necessária legislação federal cabe, em princípio, ao legislador federal. Ele toma uma decisão política prévia, em especial para a questão sobre se os requisitos do art. 72, § 2º, nº 3, da Lei Fundamental se verificam, decisão essa que o Tribunal Constitucional Federal deve, em princípio, respeitar. Tendo o legislador federal afirmado a necessidade de regulação por lei federal, está o Tribunal, em seu exame, limitado a verificar se o legislador, em princípio, interpretou corretamente os termos utilizados pelo art. 72, § 2º, da Lei Fundamental e se manteve, desse modo, no âmbito indicado”. Assim, na visão do TCF, o juízo sobre a verificação, em concreto, das condições estabelecidas na cláusula da necessidade constituía questão política que não escapava ao controle de constitucionalidade.

Estados⁸. Esse processo de concentração de competências no ente central, associado que é às transformações que levaram ao surgimento do Estado Social, precede inclusive a Lei Fundamental, podendo ser observado mesmo nos tempos do Império (1871-1918)⁹.

No pós-guerra, uma compensação a esse movimento veio pelo aumento das matérias sujeitas à aprovação do *Bundesrat* (Conselho Federal). Juntamente com o *Bundestag* (Câmara dos Deputados), o *Bundesrat* integra o Poder Legislativo Federal. Entretanto, diferentemente do Senado Federal brasileiro, o *Bundesrat* é composto por representantes dos Estados designados pelos respectivos governos (não eleitos pelo povo, portanto).

A influência, no plano federal, dos interesses do Poder Executivo dos Estados é bastante sensível no modelo de organização do Estado alemão. Parte das leis federais depende de aprovação pela maioria absoluta do *Bundesrat* (as chamadas *Zustimmungsgesetze*). O restante pode ser objeto de veto por esse órgão, mas passível de superação, pois é dado ao *Bundestag* derrubá-lo, se reunir quórum suficiente para tanto. Assim, projetos que não sejam do interesse da maioria dos Estados

⁸ MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. The Federal Legislative Competence of “Divergent State Legislation” and the Enactment of a Federal Environmental Code in Germany. In: *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 4, nº 3, 2007, p. 183. Essa tendência talvez tenha chegado ao paroxismo na Lei de Revisão Constitucional nº 28, de 1971, que introduziu o art. 74a na Lei Fundamental, estendendo o âmbito da competência concorrente à disciplina das remunerações e da previdência social dos servidores públicos estaduais, alguns dos temas mais representativos da autonomia dos membros de uma Federação. Com isso, a União, que já podia editar leis de quadro sobre o regime jurídico dos servidores públicos estaduais e municipais (art. 75, § 1º, nº 1, da Lei Fundamental), foi autorizada a regular a própria remuneração dos servidores dos Estados. Essa situação foi parcialmente revertida pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006.

⁹ Sobre o assunto, observou Hesse que o círculo de competências dos Estados “foi diminuindo constantemente desde a fundação do Império. Já sua história mostra um crescimento das competências do *Reich*, processo que se reforçou na República de Weimar. Hoje, o círculo de competências que por sua natureza poderiam realizar-se melhor no âmbito dos Estados se diluiu. O peso ascendente da técnica, da economia e da comunicação, a crescente interconexão e interdependência da vida social e econômica, assim como o incremento das tarefas de planificação e direção, em síntese, o desenvolvimento do Estado social de Direito requer unidade e igualdade, necessidade que se reforçou após a catástrofe de 1945” (HESSE, Konrad. El Estado federal unitário. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, p. 436). Esse conjunto de transformações, que inclui uma mudança na própria consciência coletiva, traduzida na ideia de um “destino nacional comum” e na “preferência pela igualdade e pelo tom único, com a intenção de garantir processos claros e sem dificuldades”, levou Hesse a referir-se à Alemanha de 1962 (ano da publicação original do texto) como um “Estado federal unitário”. A prevalência da ideia de um destino nacional comum sobre particularismos de nível estadual transparece ainda hoje, como demonstra pesquisa de opinião realizada em 2007 pela Bertelsmann Stiftung. Foram estas as respostas à pergunta sobre a que âmbito os entrevistados se sentiam, em maior medida, pertencentes: 39% à sua cidade; 32% à Alemanha; 14% à Europa; 11% ao seu *Land*; 4% a outros âmbitos ou a nenhum. Na mesma enquete, 25% dos entrevistados responderam afirmativamente à pergunta sobre se era desnecessária a existência dos *Länder*, tendo em vista que as principais questões encontram resposta no âmbito nacional e da União Europeia. Ademais, 85% defenderam a manutenção de uma uniformidade tributária no país. E, a despeito de, como consequência da Reforma Constitucional de 2006, a competência em matéria de educação ter restado quase que integralmente nas mãos dos *Länder*, 91% dos entrevistados foram da opinião de que compete à União assegurar padrões educacionais equivalentes em todo o território nacional. (BERTELSMANN STIFUNG. *Bürger und Föderalismus: eine Umfrage zur Rolle der Bundesländer*. Disponível em: http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_23798_23799_2.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012. Ajuda a explicar o fraco sentimento de identidade da população com seu próprio Estado a forma, em muitos casos artificial, de criação e estabelecimento de fronteiras entre os *Länder* após a derrota na Segunda Guerra Mundial.

podem ser arquivados definitivamente, se: (i) versando sobre matéria que demanda aprovação pela maioria do *Bundesrat*, não lograrem apoio suficiente naquela Casa; ou (ii) versando sobre matéria que não depende do assentimento da maioria do *Bundesrat*, forem por ele vetados, e o *Bundestag* não reunir quórum suficiente para derrubar o veto¹⁰.

O processo de aumento da influência do *Bundesrat* na legislação federal, como contrapeso à redução dos espaços de atuação do legislador estadual, era visto como mecanismo de fortalecimento do federalismo. Esse diagnóstico, porém, se revelava em parte equivocado, pois, como assinala Grimm, o poder de veto do *Bundesrat* não produzia como resultado a preservação ou o aumento da autonomia dos Estados e da variedade regional, mas apenas *um aumento da influência dos Estados sobre a política da União*¹¹.

Prova da importância do *Bundesrat* no processo legislativo federal é que, até poucos anos atrás, o percentual anual de leis promulgadas dependentes de aprovação da maioria absoluta daquela Casa variava entre 50 e 60% do total de leis federais. Isso se dava em razão sobretudo do grande número de leis federais contendo disposições reguladoras da organização administrativa dos *Länder* ou de procedimentos administrativos a serem por eles adotados¹².

As tarefas executivas de implementação das leis federais constituem, nos termos do art. 84, § 1º, da Lei Fundamental, competência dos Estados, a quem incumbe, em princípio, também a edição de decretos regulamentares de tais leis. Entretanto, o mesmo dispositivo admitiu que as leis federais, desde que aprovadas pela maioria absoluta do *Bundesrat*, contivessem disposições sobre organização e procedimentos administrativos¹³. E, de acordo com a prática legislativa e com a

¹⁰ Projetos sobre temas que afetam mais diretamente os interesses dos Estados necessitam do assentimento do *Bundesrat*, pela maioria absoluta de seus membros. Em relação a outros temas, podemos ter as seguintes situações: (i) se a maioria da Casa opuser veto ao projeto, este somente se converterá em lei se, pelo voto da maioria dos presentes, o *Bundestag* derrubar o veto; e (ii) se dois terços dos membros do *Bundesrat* se opuserem ao projeto, o veto somente cairá se, presente a maioria absoluta dos membros do *Bundestag*, dois terços dos participantes da votação derrubarem o veto do *Bundesrat* (art. 77, § 4º, da Lei Fundamental). A representação dos Estados no *Bundesrat* não é paritária, variando de 3 a 6 representantes por Estado, conforme o tamanho da população. Ademais, os votos de cada Estado são dados por unanimidade (art. 51 da Lei Fundamental).

¹¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 128.

¹² Cf.: GEORGII, Harald; BORHANIAN, Sarab. *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2006, p. 8. Sob esse ponto de vista, o federalismo germânico se revelava até mais centrípeto que o brasileiro, pois, a despeito da amplitude conferida à competência da União para editar normas gerais, no âmbito das competências concorrentes, a matéria referente à organização administrativa dos entes subnacionais sempre foi vista no Brasil como alheia ao campo de atuação do legislador de normas gerais e como clara expressão da autonomia dos Estados e Municípios.

¹³ Se, no plano teórico, poder-se-ia conceber, para dispensar a chancela do *Bundesrat*, que a lei federal regulasse apenas o Direito material, deixando a cargo dos *Länder*, a regulação procedimental, a realidade se afastou dessa solução, e o legislador federal sempre foi pródigo na disciplina de organização e procedimento. O processo de unitarização nesse âmbito segue as mesmas linhas com que Hesse justifica a predominância da legislação federal. Segundo o jurista, seja porque a atividade administrativa dos *Länder* consiste, em grande medida, na execução de leis federais, seja pela tendência do legislador a restringir o espaço de discricionariedade da Administração, seja em virtude da missão

própria jurisprudência do TCF, essa exigência valia mesmo quando tais disposições tivessem um caráter secundário e marginal no texto como um todo¹⁴. Mais que isso: eventuais alterações nessas leis, ainda que não se referissem aos dispositivos sobre organização e procedimento, exigiam também a aprovação do *Bundesrat*.

Em seu art. 80, § 2º, a Lei Fundamental admitiu, igualmente, a edição, pelo Poder Executivo Federal, de regulamentos das leis federais executadas pelos *Länder*, desde que aprovados pelo *Bundesrat*. Desse modo, a atividade normativa federal, seja por meio de lei, seja por regulamento, quando envolvesse organização e procedimentos administrativos a serem observados pelos Estados, sujeitava-se à chancela do *Bundesrat*.

O modelo de federalismo que se desenvolveu na Alemanha do pós-guerra caracterizou-se, pois, por uma concentração da atividade legislativa no ente central e da atividade executiva nos Estados. A diminuição da importância dos legislativos estaduais na produção normativa foi contrabalançada pela influência dos executivos estaduais, através do *Bundesrat*, no processo legislativo federal. Em razão desse esquema de divisão de tarefas, cunharam-se os termos “federalismo de cooperação” e “federalismo executivo” para designar o modelo de organização do Estado alemão. Problemas de funcionamento desse sistema não tardaram muito a ser identificados e o seu recrudescimento tornou inevitável, como se verá mais à frente, uma reforma federativa.

2. AS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

No tocante ao meio ambiente, um dever constitucional de proteção, como tarefa expressamente atribuída ao Poder Público, somente foi introduzido na Lei Fundamental em 1994, pela Lei de Revisão Constitucional nº 42, em norma mais tarde alterada pela Lei de Revisão Constitucional nº 50, de 2002. De acordo com a redação vigente do art. 20a da Lei Fundamental, *o Estado protegerá, levando em conta também a sua responsabilidade para com as gerações futuras, os recursos naturais vitais e os animais, dentro do marco da ordem constitucional, através da legislação e, nos termos da lei e do Direito, mediante os poderes executivo e judiciário. Sem*

constitucional de assegurar a igualdade de condições de vida a todos os alemães, o legislador federal não se inibiu na regulação de aspectos organizacionais e procedimentais. A indicar que a uniformização, mais do que o resultado de investidas da União sobre os Estados, constituía uma ideia guia do sistema político constitucional, Hesse observa que ela era perseguida mesmo naqueles espaços nos quais os *Länder* gozavam de maior autonomia, mediante mecanismos de coordenação voluntária, como os convênios (HESSE, *op. cit.*, p. 442). Os desdobramentos da reforma constitucional de 2006, adiante comentada, também revelam essa tendência, com o recurso a ações coordenadas horizontalmente pelos Estados (como as conferências de Ministros dos *Länder*), em matérias nas quais a competência legislativa estadual foi ampliada (AUER, Katrin. Still no exit from de joint decision trap: the German Federal Reform(s). In: *German Politics*. Vol. 17, nº 4, dez 2008, p. 428).

¹⁴ Decisão no caso *Preisgesetz* (BVerfGE 8, 274).

embargo disso, o meio ambiente, como matéria sujeita à regulação por lei, já figurava na Lei Fundamental desde a sua promulgação.

A Constituição alemã optou por tratar de forma fragmentada as competências legislativas a respeito do meio ambiente. Em lugar de reunir em uma única rubrica a matéria, relacionou diversos subtemas ambientais, submetendo-os às regras de repartição de competência anteriormente descritas. Foram classificados como matéria sujeita à competência concorrente (art. 74 § 1º, nºs 11, 11a, 17, 20 e 24): minas e energia (incluídas como tópicos do Direito Econômico); a produção e o uso da energia nuclear, bem como a proteção contra os seus riscos; o fomento à produção agrícola e florestal, a garantia da alimentação, a importação e exportação de produtos agrícolas e florestais, a pesca costeira, a de alto mar e a defesa costeira; o Direito dos produtos alimentícios e estimulantes, bem como de artigos de consumo, rações, sementes e plantas agrícolas e florestais, a proteção de árvores e plantas contra enfermidades e pragas, e a proteção de animais; a eliminação do lixo e o combate à poluição, inclusive sonora¹⁵. Ademais, a Lei Fundamental classificou como matéria passível de legislação de quadro (art. 75 § 1º, nºs 3 e 4): a caça, a proteção da natureza e a preservação da paisagem; a distribuição de terras, a ordenação territorial e o gerenciamento de recursos hídricos.

Diversos assuntos relevantes, mas não expressamente citados no texto constitucional, foram considerados pela União, à medida que surgia necessidade de sua regulação jurídica, como incluídos na competência concorrente para legislar sobre Direito Econômico (art. 74, § 1º, nº 11), entre eles as mudanças climáticas, as energias renováveis e a segurança de produtos químicos¹⁶. Assim, mesmo antes da alteração constitucional de 1972, que incluiu o combate à poluição como matéria de competência concorrente, a União já legislava sobre o tema, com invocação de sua competência para regular assuntos econômicos, tendo a lei de controle da poluição atmosférica (*Luftreinhaltegesetz*), de 1959, sido uma das primeiras iniciativas legislativas do governo federal no pós-guerra em matéria de meio ambiente.

A opção pelo tratamento fragmentado do tema deu margem a dúvidas de interpretação e dificuldades quanto à classificação de certas matérias como objeto de competência concorrente ou para legislação de quadro. Esse é, na verdade, um problema comum às federações em geral, sobretudo em assuntos que não comportam definição estanque. O caso do meio ambiente é típico,

¹⁵ A competência sobre energia nuclear foi introduzida pela Lei de Revisão Constitucional nº 10, de 1959. A proteção aos animais foi acrescentada pela Lei de Revisão Constitucional nº 29, de 1971. A eliminação do lixo e o combate à poluição foram adicionados pela Lei de Revisão Constitucional nº 30, de 1972.

¹⁶ VIDA, María Ángeles Martín. La reforma del federalismo alemán. Cambios em el reparto material de competencias entre la federación y los Länder. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, p. 170.

seja de uma perspectiva interna desse campo temático (dadas as afinidades e fronteiras não muito nítidas entre suas diversas subáreas), seja de uma perspectiva externa (dadas as interrelações existentes entre o meio ambiente e outros âmbitos de legislação, como a saúde e a economia).

Além disso, como acontecia com outras matérias, no uso de sua competência, a União tendeu a editar normas exaustivas, pouco espaço dando para a atuação dos Estados¹⁷. Isso não ocorria necessariamente no plano legal. O mais usual era a lei da União conferir ao Executivo federal poderes para expedir regulamentos (*Verordnungen*) e prescrições administrativas (*Verwaltungsvorschriften*), detalhistas e vinculantes para os Estados, sujeitas à aprovação do *Bundesrat*¹⁸.

3. FATORES DESENCADEANTES DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2006

O modelo federativo adotado pela Alemanha foi se tornando, com o passar dos anos, marcadamente disfuncional. Ainda na década de 1970, Fritz Scharpf, ao investigar as relações entre os diversos atores políticos na federação alemã, aludiu à armadilha da “interdependência política” (*Politikverflechtung*), para caracterizar uma situação em que *as estruturas de decisão conjunta tendem a produzir resultados subótimos e inadequados, ao mesmo tempo em que apresentam grandes dificuldades de ser reformadas, devido ao autointeresse institucional dos atores envolvidos*¹⁹.

Se, por um lado, o problema da delimitação dos espaços de atuação legislativa federal e estadual praticamente não se colocava em um cenário de exercício amplo e incontestado de competências legislativas pela União²⁰, por outro, o processo legislativo federal favorecia o

¹⁷ A jurisprudência do TCF também era complacente em relação a isso, ao entender possível que o legislador federal aprovasse, a respeito de determinadas partes de uma matéria sujeita à competência de quadro, normas detalhistas e de incidência direta sobre as relações jurídicas, sem a intermediação do legislador estadual. Nesse sentido a decisão no caso *Numerus Clausus II* (BVerfGE 43, 291). No Direito Ambiental, normas com tais características foram adotadas, por exemplo, nas leis federais sobre a caça, o gerenciamento de recursos hídricos e de proteção à natureza (cf.: KRELL, Andreas Joachim. A constitucionalidade da regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (n. 11.107/05) por decreto presidencial. *In: Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 5, jan/mar 2007, p. 351). Como afirmou ironicamente Peter Huber, no uso de sua competência, a União produzia molduras tão largas, que se tornava mesmo difícil enxergar a pintura (cf.: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform. 12. Sitzung - Stenografischer Bericht*, p. 8. Disponível em: http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_01_Protokoll_Allgemeiner_Teil.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012).

¹⁸ JARASS, Hans D.; DIMENTO, Joseph. Through comparative Lawyers' Goggles: a primer on German Environmental Law. *In: The Georgetown International Environmental Law Review*. Vol. 6, nº 47, 1993, p. 53. A Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994, que alterou o art. 72, § 1º, da Lei Fundamental, conteve isso, ao dispor que, no plano das competências concorrentes, os Estados poderiam legislar se e na medida em que a União ainda não tivesse feito uso, **mediante lei**, de sua competência legislativa.

¹⁹ AUER, Katrin. *Op. cit.*, p. 425.

²⁰ Ou, quando se colocava, isso ocorria em um cenário de invalidação de leis estaduais que dispusessem de forma diversa da regulação federal, reforçando, pois, a posição de proeminência da União, sintetizada no princípio do art. 31 da Lei Fundamental, segundo o qual *Bundesrecht bricht Landesrecht* (o direito federal invalida o direito estadual).

surgimento de situações de impasse no *Bundesrat*, sobretudo quando a maioria dos Estados era governada pelos partidos de oposição no plano federal. Nesse caso, as chances de o Poder Executivo Federal ver travados seus planos de governo eram elevadas quando eles envolvessem medidas legislativas dependentes da aprovação da maioria do *Bundesrat*. O poder de veto legislativo absoluto concedido a esse órgão foi inicialmente imaginado como um mecanismo de intervenção dos Estados no processo legislativo da União em matérias que pudessem afetar diretamente os seus interesses. O substancial aumento das matérias objeto das *Zustimmungsgesetze* teve, porém, o efeito adverso de permitir que aquele recurso fosse utilizado em larga escala, não apenas para a defesa dos interesses estaduais, mas também como *instrumento de bloqueio da política da União na mão da oposição*²¹, quando as forças políticas majoritárias no *Bundestag* não detivessem a maioria dos governos estaduais.

Ao lado disso, havia, da parte dos *Länder* mais ricos, um pleito pela ampliação de suas competências legislativas. Para eles, o poder de veto do *Bundesrat*, contrapeso à diminuição das competências legislativas estaduais, perdeu muito de seu atrativo após a reunificação alemã, quando os seis Estados da ex-Alemanha Oriental passaram a ser representados no *Bundesrat*, diluindo o poder dos mais ricos²². No entanto, a despeito de desagradar os diversos atores do processo, esse modelo era de difícil reforma, pois nenhum deles estava disposto a abrir mão de suas posições, o que obstaculizava qualquer tentativa de mudança.

Com o objetivo de frear o movimento de centralização legislativa, a Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994, promoveu algumas alterações nas regras de repartição de competências federativas. No que concerne ao meio ambiente, a distribuição anterior foi mantida. Ocorreram mudanças, porém, no tratamento dado às competências concorrentes e de legislação de quadro. As condições anteriores para a edição de lei federal sobre as matérias objeto dessas competências foram substituídas pela previsão de que a União teria o direito de legislar nesse âmbito se e na medida em que se fizesse *indispensável uma regulação mediante lei federal, no interesse do Estado como um todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida, ou a*

²¹ GRIMM, Dieter. *Op. cit.*, p. 129. Como os votos de cada representação estadual são dados por unanimidade, a situação se tornava ainda mais complexa quando se tratasse de Estados governados por uma coalizão de partidos. Os acordos para formação de maioria parlamentar nos Estados podiam envolver negociações quanto ao posicionamento do *Land* no *Bundesrat*, nas quais o partido menor da coalizão condicionasse o seu apoio à abstenção dos representantes estaduais no *Bundesrat*, na votação de questões que lhe fossem sensíveis. Nessas condições, somente a muito custo poderia ser reunida maioria suficiente para aprovação de uma *Zustimmungsgesetz*.

²² AUDEL, Katrin. *Op. cit.*, p. 432.

preservação da unidade jurídica ou econômica no território nacional (a nova cláusula da imprescindibilidade²³, art. 72, § 2º, da Lei Fundamental).

Em lugar da referência à necessidade de preservar *condições uniformes de vida* no território nacional, o texto reformado aludiu ao estabelecimento de *condições equivalentes*, o que, em si, já reduzia os poderes do legislador federal, na medida em que equivalência não se confunde com identidade ou homogeneidade, tampouco seu atingimento pressupõe necessariamente a uniformidade legislativa²⁴.

Ainda por força da Reforma, o efeito bloqueador da legislação estadual, produzido pela atuação do legislador federal em sede de competências concorrentes, passou a valer somente após a entrada em vigor da lei federal. E quando a regulação federal não mais se fizesse necessária, o legislador federal poderia autorizar os Estados a produzir sua própria legislação, substitutiva da federal (art. 72, § 3º, da Lei Fundamental).

Quanto à competência para legislação de quadro, a nova redação da Lei Fundamental determinou que *somente em circunstâncias excepcionais a lei federal poderia conter disposições detalhadas ou diretamente aplicáveis* (art. 75, § 2º). Ademais, editada a lei federal, os Estados deveriam adotar, dentro do razoável prazo nela previsto, suas próprias leis desenvolvedoras das normas gerais (art. 75, § 3º).

A mudança no texto da Lei da Fundamental não foi acompanhada imediatamente de uma mudança no plano fático. Como regra, a União continuou a legislar com desenvoltura sobre matérias de competência concorrente e de legislação de quadro, sem que houvesse, da parte dos Estados, um movimento intenso de contestação judicial das investidas do legislador federal. E, quando este freava sua tendência à regulação exaustiva em temas também sujeitos à disciplina do Direito Comunitário, a

²³ A redação anterior do art. 72, § 2º, aludia à necessidade de regulação por lei federal (*Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung*). O texto resultante da Reforma de 1994, de seu turno, referiu-se a condições que tornassem indispensável a regulação por lei federal (... *eine bundesgesetzlicher Regelung erforderlich macht*). Conquanto se possa usar o termo *necessidade* na tradução para o português de *Bedürfnis* e *Erforderlichkeit*, optamos, por identificar a nova regra contida no texto alterado da Lei Fundamental como cláusula da imprescindibilidade. *Erforderlichkeit* denota algo que é obrigatório, indispensável, imperativo, inevitável, imprescindível. Como se verá adiante, à luz da nova cláusula, o TCF passou a se pronunciar sobre a verificação em concreto das condições para o exercício da competência concorrente pela União. Determinante para isso também foi a inclusão, pela Lei de Revisão nº 42, de 1994, do nº 2a no § 1º do art. 93 da Lei Fundamental, tornando expressa a competência do TCF para decidir sobre o atendimento, pela lei federal, das condições estabelecidas no art. 72, § 2º. Em face disso, acompanhando Beatriz Horbach, optamos por usar expressões distintas, aludindo à cláusula da necessidade, para designar a regra do art. 72, § 2º, anterior à Reforma de 1994, e à cláusula da imprescindibilidade, para a redação originada da Reforma. (HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. In: *Revista de Direito constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, nº 62, jan. 2008, p.307).

²⁴ Cf.: ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. *Op. cit.*, p. 295.

inação dos Estados no cumprimento das directivas europeias resultava em ações de descumprimento intentadas pela Comissão Europeia contra a Alemanha²⁵.

Nos anos 2000, se as tentativas de alteração do sistema pareciam fadadas ao fracasso, dada a pouca disposição dos atores em fazer concessões, uma mudança substantiva e inesperada da jurisprudência do TCF serviu como mola propulsora da reforma federativa²⁶. O Tribunal passou a declarar inconstitucionais leis federais editadas com base nas competências concorrente e de legislação de quadro, mas que, na visão da Corte, não se revelavam necessárias, no sentido do art. 72, § 2º, da Lei Fundamental.

Na decisão que inaugurou esse novo entendimento (*Altenpflegegesetz*, BVerfGE 106, 62), de 2002, o TCF, embora tenha considerado constitucional a maior parte dos dispositivos da lei federal que regulamentava a profissão de cuidador de idosos, afirmou que o atendimento das condições da cláusula da imprescindibilidade se submetia a seu exame, bem como fixou as bases para a interpretação dos requisitos constantes do art. 72, § 2º, da Lei Fundamental²⁷. Assentou que a simples edição de lei federal que promovesse a melhoria das condições de vida de maneira uniforme em todo o território nacional não legitimaria o exercício da competência legislativa concorrente pela União, com base no requisito da necessidade de *estabelecimento de condições equivalentes de vida*. A ameaça a bem jurídico tutelado constitucionalmente e justificadora de intervenção legislativa da União somente se verificaria quando se demonstrasse que as condições de vida nos Estados teriam se desenvolvido substancialmente de forma diferente, debilitando as estruturas sociais, ou se se encaminhassem concretamente nessa direção.

Quanto ao requisito da preservação da unidade jurídica, a Corte, na mesma decisão, ao observar que a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos parciais compõe a própria

²⁵ Exemplo disso é a decisão do Tribunal de Justiça Europeu, no caso C-297/95, Comissão v. Alemanha [1996]. Nele se discutiu a ausência de transposição para o ordenamento jurídico tedesco, no prazo determinado, da Directiva sobre o tratamento de águas residuais urbanas (Directiva nº 91/271/CEE). Na defesa, o Governo federal alemão argumentou que a competência para a transposição, em vista da distribuição de competências legislativas do país, era dos *Länder*. A Corte rejeitou essa justificativa, deixando claro que *um Estado-membro* [da União Europeia] *não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar o não-respeito das obrigações e prazos fixados por uma directiva*.

²⁶ Os prognósticos da doutrina eram céticos quanto a uma virada jurisprudencial. Cf.: FROMONT, Michel. République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2002. In: *Revue du Droit Public*, tomo 25, nº 4, jul/ago 2004, p. 1147. Ver também: ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. *Op. cit.*, p. 297.

²⁷ O TCF entendeu constitucionais os dispositivos referentes à profissão de cuidador de idosos (exercida por pessoas com conhecimentos que envolvem assistência social, mas também médica. Considerou que a matéria era objeto de competência concorrente, enquadrando-se no disposto no art. 74, § 1º, nº 19, da Lei Fundamental, que alude à disciplina da admissão a profissões médicas, paramédicas e afins. Julgou também atendida a cláusula da imprescindibilidade nesse caso. Já quanto aos dispositivos referentes à profissão de auxiliar de cuidador de idosos, o Tribunal concluiu que a matéria não se enquadrava no citado dispositivo da Lei Fundamental, o que interditava o legislador federal de sobre ela dispor.

arquitetura de um Estado federal, concluiu não constituir justificativa para o exercício da competência legislativa concorrente pela União o simples fato de os Estados regularem de maneira diferenciada uma mesma matéria. Legislação federal uniforme somente atenderia a exigência do art. 72, § 2º, quando a diversidade de legislações acarretasse uma fragmentação jurídica com consequências problemáticas e intoleráveis tanto para a Federação como um todo quanto para os próprios Estados individualmente considerados, que ameaçasse a manutenção de uma comunidade jurídica funcional. Isso ocorreria *quando o tratamento jurídico diferenciado de uma mesma situação de fato pudesse produzir substancial insegurança jurídica e com ela obstáculos inaceitáveis às relações jurídicas de alcance interestadual.*

Já quanto ao requisito da preservação da unidade econômica, a Corte assinalou que o interesse da União no uso da competência legislativa concorrente seria legítimo apenas quando necessária uma regulação nacional de determinado tema para manter o funcionamento do espaço econômico dentro da República Federal, impedindo os impactos econômicos ameaçadores ou desarrazoados provocados pela multiplicidade de legislações. Como observou o TCF, a diversidade de legislações estaduais pode *criar barreiras ou obstáculos ao intercâmbio econômico no território nacional e, em particular, distorcer a distribuição dos fatores econômicos (humanos e materiais), além do que as desigualdades de facto entre os Estados podem ser, em grande medida, danosas à economia nacional como um todo.*

Outras decisões se seguiram à do caso *Altenpflegegesetz*, confirmando a nova postura do TCF28. Na decisão em *Juniorprofessur*, na qual se discutiu também a regra do art. 75, § 2º, proibitiva da regulação, exceto em situações excepcionais, de pormenores pela legislação federal de quadro, a Corte concluiu que:

A legislação de quadro pressupõe a especificação de conteúdos e conformação por parte dos Estados. A estes deve ser assegurado um âmbito próprio e substancial de modelagem política. O caso excepcional previsto no art. 75, § 2º, da Lei Fundamental se configura quando as normas gerais claramente não puderem ser adotadas sem descer a pormenores ou prescrições diretamente aplicáveis.

A nova jurisprudência do TCF não significou apenas um obstáculo à atividade normativa, até então incontida, da União. O estado de coisas que emergiu a partir dela contribuiu para superar resistências à reforma federativa. Isso pode ser avaliado, por exemplo, no tocante ao processo de alteração de leis nacionais editadas no âmbito da competência concorrente, antes de 1994. Uma regra transitória introduzida pela Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994 (art. 125a, § 2º, da Lei

²⁸ Cf.: Em 2004, *Kampfhundegesetz* (BVerfGE 110, p. 141), *Ladenschlussgesetz* (BVerfGE 111, p. 10), Em 2005, *Juniorprofessur* (BVerfGE 111, p. 226), *Studiengebühren* (BVerfGE 112, p. 226).

Fundamental), dispusera que a legislação nacional vigente até então, editada com base no art. 72, § 2º, continuaria em vigor, podendo ser alterada caso nova lei nacional autorizasse os Estados a fazê-lo. Em face do novo entendimento do TCF, fez-se patente o risco de petrificação (*Versteinerung*) dessas leis, já que, de um lado, a União não mais dispunha de ampla liberdade para legislar sobre aqueles temas e, de outro, não estava disposta, em regra, a autorizar os Estados a legislarem com exclusividade sobre eles²⁹.

Situação semelhante poderia ocorrer inclusive em relação a leis nacionais editadas após 1994. Com efeito, as hipóteses descritas na cláusula da necessidade não são de incidência atemporal. Nada impede que, quando editada, uma lei nacional posterior a 1994 atendesse ao disposto no art. 72, § 2º, e, com o passar dos anos, a necessidade de uma regulação uniforme nacionalmente desaparecesse. O próprio art. 72 da Lei Fundamental, em seu § 4º, reconhecia isso, ao dispor que o legislador federal poderia, nessas situações, autorizar os Estados a legislarem em substituição ao diploma normativo nacional. Também nesse caso, como visto, um cenário de petrificação do Direito nacional era perfeitamente cogitável.

A solução de todos os problemas aludidos deveria passar por uma renegociação mais ampla do esquema de distribuição de competências legislativas na Federação. E, encontrando-se em uma posição mais fragilizada após as decisões da TCF, a União começou a adotar postura mais flexível no processo de negociação que culminou na aprovação da Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006.

Nos anos 2000, portanto, o Governo Federal passou a enfrentar, ao lado do já existente problema de reunir maioria no *Bundesrat* para a aprovação de determinadas leis, a resistência da Corte Constitucional ao exercício, sem restrições, das competências legislativas concorrentes e de quadro. Tornou-se cada vez mais visível a ineficiência do sistema político em dar respostas rápidas à demanda por novas leis. Como os temas ligados ao meio ambiente constituíam objeto de competência concorrente e de legislação de quadro, os reflexos negativos nesse setor foram patentes, máxime em face da necessidade de oferecer respostas legislativas às novas questões

²⁹ HUBER, Peter M. *Die Föderalismusreform des Jahres 2006*, p. 9. Disponível em: http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/huber_peter/publikationen/foedera.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012. Também: KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.106. No caso *Ladenschlussgesetz*, o TCF decidiu que a União poderia continuar a promover alterações na legislação já editada, mesmo após a nova redação o art. 72, § 2º, desde que se tratasse de mudanças tópicas que preservassem os elementos essenciais da legislação vigente. Mudanças substanciais somente poderiam ter lugar por iniciativa do legislador estadual, após a autorização federal conferida com base no art. 125a, § 2º, da Lei Fundamental.

ambientais. Ao comentar a situação do federalismo germânico anterior à reforma constitucional de 2006, Müller e Klein³⁰ afirmam que:

A inflexibilidade do processo legislativo na Alemanha tornou-se ainda mais aparente no tocante ao Direito Comunitário, na medida em que ela deu causa a muitos atrasos na implementação das directivas da União Europeia. Isso levou a Comissão Europeia a iniciar vários processos de descumprimento da legislação comunitária contra a Alemanha. Especialmente a implementação das directivas sobre a prevenção e o controle integrado da poluição e sobre o quadro de ação comunitária no domínio da política da água podem servir como exemplos de como as deficiências do sistema federal alemão antes da reforma dificultava uma rápida e efetiva implementação das directivas europeias.

Quanto às matérias objeto de competência legislativa de quadro, como a União não mais podia editar leis exaustivas sobre elas, a implementação das directivas europeias passava a depender de um processo em dois níveis – legislação federal de normas gerais e legislação estadual de normas específicas – sem contar a regulação infralegal. Os planos de aprovar um código ambiental federal, que reunisse em um único texto toda a regulação constante de diversos diplomas legais, foi adiado, ante o receio do governo federal de ver declarada inconstitucional lei federal que disciplinasse minuciosamente o assunto, haja vista que parte dele se submetia ao esquema das competências de legislação de quadro.

Em contexto no qual alterações no modelo de distribuição de competências federativas se mostravam imperiosas, a janela de oportunidade criada em 2005 pela formação da chamada *Große Koalition*, um governo composto pelos dois principais partidos políticos alemães (CDU e SPD), possibilitou dar andamento efetivo aos trabalhos de reforma constitucional.

A justificação do projeto de reforma constitucional apresentado em 2006 foi incisiva em apontar que as regras de competência para legislação de quadro se revelavam inefetivas na implementação do Direito Comunitário e, em assuntos ambientais, a repartição de competências entre União e Estados impedia uma produção normativa materialmente abrangente, como um código ambiental. Acentuou, ainda, que figuravam entre os objetivos da reforma: o fortalecimento da União e dos Estados, através da clara ordenação da competência legislativa e da eliminação da competência para legislação de quadro, e a redução dos mecanismos recíprocos de obstrução pela redefinição dos

³⁰ MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 183. Como observou Walter Frenz, o art. 72, § 2º, da Lei Fundamental representava um verdadeiro “freio ao processo de integração europeia”. Palestra in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform. 15. Sitzung - Stenografischer Bericht* p. 142. Disponível em: http://starweb.hessen.de/cache/bund/Foederalismus_03_Protokoll_Umwelt.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012.

requisitos de aprovação das leis federais pelo *Bundesrat*³¹. Em suma, objetivava-se tornar mais clara a repartição de competências legislativas entre União e Estados e mais ágil e efetivo o processo legislativo federal.

O esquema de repartição de competências então vigente era responsável por uma intensa fragmentação legislativa, horizontal e vertical, em assuntos relacionados ao meio ambiente.

Com efeito, no plano horizontal, era problemática a previsão de regras diferenciadas de competência legislativa em matéria de meio ambiente, em face do grande entrelaçamento entre as diferentes subáreas. Assim, por exemplo, enquanto a proteção aos animais integrava o rol de competências concorrentes, permitindo regulação federal minuciosa (desde que observada a cláusula da necessidade), a proteção à natureza integrava o rol de competências de legislação de quadro, em relação ao qual a União somente podia expedir normas gerais.

Outro exemplo problemático: enquanto a gestão de recursos hídricos se submetia às regras da competência para legislação de quadro, a poluição sonora e a gestão de resíduos sólidos constituíam objeto de competência concorrente, o que se afigura incompreensível, sobretudo quando comparados os efeitos exclusivamente locais da poluição sonora com os efeitos muito mais abrangentes da poluição dos rios. Como apontado por Löhr, essa *fragmentação horizontal do Direito Ambiental impossibilitava uma abordagem competente das interações e interdependências entre as diferentes fontes de poluição e degradação ou dos diferentes subsistemas ambientais, dificultando com isso ou mesmo impedindo a efetiva proteção do meio ambiente*³². Esse problema se revelava particularmente grave quando da transposição de atos comunitários como a Directiva de Avaliação de Impacto Ambiental, a qual se estruturava segundo uma abordagem integral dos subsistemas ambientais.

No plano vertical, reduzida pela Reforma Constitucional de 1994 a possibilidade de edição, pela União, de normas exaustivas no âmbito das competências para legislação de quadro, viam-se multiplicados os custos de informação dos agentes econômicos e das pessoas em geral no cumprimento de um emaranhado normativo que abrangia, além das normas gerais editadas pela União, dezesseis diferentes legislações estaduais, bem como as respectivas regulamentações administrativas. A insegurança jurídica e, como consectários, o desincentivo aos investimentos e a

³¹ Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, pp. 7-8. Disponível em: <http://www.bmbf.de/pubRD/1600813.pdf>. Acessado em 6 de agosto de 2012.

³² LÖHR, Gerda. *Environmental decision-making in a Federation*. Mannheim: Universität Mannheim, 2006, p. 15.

dificuldade no cumprimento da lei eram os resultados esperados desse modelo de repartição de competências, produtor de um complexo ordenamento jurídico ambiental³³.

Finalmente, em setembro de 2006, foi aprovada a Lei de Revisão Constitucional nº 52, que promoveu a mais ampla de todas as revisões empreendidas na Lei Fundamental de Bonn. A alteração foi vista pelos seus promotores como “a mãe de todas as reformas”, o primeiro passo de um processo que deveria incluir também uma reforma no federalismo fiscal e na atual organização territorial do Estado alemão.

4. A SITUAÇÃO ATUAL

A Lei de Revisão Constitucional alterou, entre outros, os arts. 72 a 75 da Lei Fundamental, promovendo a assim denominada *Föderalismusreform*. A primeira importante inovação da Lei de Revisão foi a revogação do art. 75, pondo fim à competência para legislação de quadro³⁴. As matérias previstas no dispositivo foram redistribuídas, algumas passando a constar do art. 73 (competência exclusiva da União), outras do 74 (competência concorrente). Todas as relacionadas ao meio ambiente migraram para o art. 74³⁵.

Além disso, por força de alterações promovidas no art. 72, as competências concorrentes passaram a se subdividir em três categorias: as competências de necessidade (*Bedarfskompetenzen*), as competências de núcleo (*Kernkompetenzen*) e as competências de divergência (*Abweichungskompetenzen*).

a) Os três tipos de competência concorrente

A separação entre competências de necessidade e de núcleo se deve, em primeiro lugar, à mudança operada na cláusula da necessidade. Prevista como condição para o exercício, pela União, de competência legislativa em todos os temas indicados no art. 74, foi ela substituída pela cláusula da imprescindibilidade, aplicável a apenas alguns assuntos, os relacionados no art. 74, § 1º, nºs 4, 7, 11, 13,

³³ LÖHR, Gerda. *Op. cit.*, p. 16.

³⁴ Para se ter uma ideia do impacto dessa modificação, o mais aproximado, no ordenamento constitucional brasileiro, seria a revogação do art. 24 da Lei Maior, eliminando o esquema de competências concorrentes hoje vigente. Deve-se reconhecer, contudo, que a competência concorrente no Brasil se aplica a um número muito maior de matérias que a extinta competência para legislação de quadro alemã.

³⁵ Exceção feita à poluição sonora comportamental (*verhaltensbezogener Lärm*), que, por interpretação do arts. 74, § 1º, nº 24, c/c os arts. 30 e 70, § 1º, passou a ser da competência legislativa exclusiva dos Estados. Na justificção do projeto de reforma, é apontado como exemplo desse tipo de poluição o barulho provocado por clubes, ginásios, estádios, jardins de infância, casas de espetáculo e de festas, teatros, hotéis, restaurantes, entre outros. Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, pp. 7-8.

15, 19a, 20, 22, 25 e 26³⁶. Nessas matérias, a União detém competência legislativa *se e na medida em que seja imprescindível uma regulação legislativa federal, no interesse da totalidade do Estado, para o estabelecimento de condições de vida equivalentes no território nacional, ou para a preservação da unidade jurídica ou econômica* (art. 72, § 2º). Por isso a denominação “competências de necessidade”.

Em todos os demais assuntos relacionados no art. 74, a demonstração da necessidade de regulação federal deixou de ser obrigatória para o exercício, pela União, de sua competência legislativa. Em tais matérias, a competência legislativa pode ser de núcleo ou de divergência. Será de núcleo quando se lhe aplicar a regra do art. 72, § 1º, segundo a qual a edição de lei federal obstaculiza o exercício da competência legislativa pelos Estados. Assim, a competência de núcleo é definida pela presença simultânea das seguintes características: (i) dispensa de demonstração, pela União, da necessidade de regulação federal da matéria para fazer uso de sua competência legislativa; e (ii) possibilidade de os Estados editarem leis sobre temas sujeitos a tal competência apenas quando a União permanecer inerte ou expressamente autorizá-los a fazê-lo. A determinação dos assuntos para os quais valem tais regras é feita por exclusão: sujeitam-se à competência de núcleo os temas do art. 74 não indicados nos §§ 2º (necessidade) e 3º (divergência) do art. 72. Dessarte, todas as matérias constantes do art. 74 não sujeitas às competências de necessidade ou de divergência se submeterão às regras da competência de núcleo.

De seu turno, as competências de divergência, relacionadas no art. 72, § 3º, da Lei Fundamental, sujeitam-se a um critério diferenciado de determinação de prevalência normativa: o da lei mais recente (*lex posterior*). Significa dizer que, havendo lei federal sobre um dado assunto, a edição de lei estadual afastará a sua vigência, naquilo em que dispuser de modo diferente. Analogamente, a lei federal posterior afastará a vigência de lei estadual, nos pontos em que as duas colidirem, devendo a lei federal, em todas as matérias de competência de divergência, obedecer a uma *vacatio legis* de seis meses, salvo se o *Bundesrat* dispuser de forma distinta. Esse período para a lei federal entrar em vigor foi previsto com o objetivo de possibilitar que os Estados estudem o impacto da legislação federal e possam, se julgarem conveniente, editar novas leis que se contraponham à lei federal.

A colisão entre lei federal e lei estadual, no âmbito da competência de divergência, não redundará na revogação da mais antiga pela mais recente, mas tão-somente em uma perda de eficácia reversível, algo semelhante ao que ocorre, no ordenamento constitucional brasileiro, com a lei estadual editada anteriormente à lei federal estipuladora de normas gerais. Nos termos do art. 24, § 4º,

³⁶ O texto da Lei Fundamental vigente após a Reforma Constitucional de 2006 pode ser encontrado em: http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao_Hino_Bandeira/Constituicao_Seite.html. Acessado em 6 de agosto de 2012.

da Carta Magna de 1988, *a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*. Vindo a ser revogada a lei federal, a legislação estadual cuja eficácia havia sido suspensa volta a produzir efeitos.

Paralelamente à redistribuição de competências, a Lei de Revisão Constitucional reduziu o número de temas cuja disciplina normativa exige a aprovação de projeto de lei pelo *Bundesrat*³⁷.

E, para eliminar o risco de petrificação de lei editada pela União antes de 1994, a Reforma de 2006 acrescentou novo parágrafo ao art. 93 da Lei Fundamental, dando ao TCF competência para decidir se a lei nacional continuaria a ser necessária. Assim, caso o legislador federal não autorize, nos termos do art. 72, § 4º, os Estados a legislar sobre o tema, essa autorização poderá ser suprida pela Corte Constitucional, por provocação do *Bundesrat* ou de qualquer governo ou assembleia estadual.

b) Competências em matérias ambientais

Quanto às matérias afetas ao meio ambiente, as competências legislativas, antes distribuídas nos arts. 74 e 75 da Lei Fundamental, foram, a partir da reforma constitucional de 2006, reunidas no art. 74, submetendo-se às seguintes regras de competência:

Tema	Competência	Artigos - Lei Fundamental
Mineração e energia	de Necessidade	74, § 1º, nº 11
O fomento à produção agrícola e florestal (com exclusão do Direito de concentração fundiária), a segurança alimentar, a importação e exportação de produtos agropecuários e florestais, a pesca costeira e oceânica, e a proteção das costas.	de Núcleo	74, § 1º, nº 17
A regulação de produtos alimentícios, inclusive os de origem animal, de produtos estimulantes, artigos de primeira necessidade, rações, assim como a proteção ao comércio de produtos agropecuários e florestais, sementes e mudas, bem como a proteção de plantas contra doenças e pragas e a proteção dos animais.	de Necessidade	72, § 2, e 74, § 1º, nº 20

³⁷ O percentual de leis nessa situação, se aplicadas as novas regras na legislatura que precedeu a reforma, cairia de 51% para 24%. Cf.: GEORGII, Harald; BORHANIAN, Sarab. *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2006. Sem embargo, os efeitos reais da reforma nesse ponto foram menos intensos do que sugeriu a simulação retrospectiva. A redução do percentual de leis federais dependentes de aprovação pela maioria absoluta do *Bundesrat* efetivamente se verificou nos primeiros anos que sucederam a reforma constitucional, mas esse percentual, superior a 53% no período de 1949 a 2005, diminuiu para 39% no período de setembro de 2006 a fevereiro de 2009. Cf.: ROBBE, Patrizia; ROHLENDER, Kristin; GRAMANN, Kirsten. *Auswirkungen der Föderalismusreform I*. Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2009.

Tema	Competência	Artigos - Lei Fundamental
A gestão de resíduos, o controle da poluição atmosférica e sonora (exceto a proteção contra a poluição sonora comportamental).	de Núcleo	74, § 1º, nº 24
A caça (exceto a licença para caçar).	de Divergência	72, § 3º, nº 1, e 74, § 1º, nº 28
Licença para caçar.	de Núcleo	72, § 3º, nº 1, e 74, § 1º, nº 28
A proteção à natureza e a conservação da paisagem (exceto os princípios de proteção à natureza, o direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho).	de Divergência	72, § 3º, nº 2, e 74, § 1º, nº 29
Princípios de proteção à natureza, o Direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho.	de Núcleo	72, § 3º, nº 2, e 74, § 1º, nº 29
A distribuição de terras.	de Divergência	72, § 3º, nº 3, e 74, § 1º, nº 30
A ordenação territorial.	de Divergência	72, § 3º, nº 4, e 74, § 1º, nº 31
A gestão de recursos hídricos (exceto normas sobre substâncias e instalações).	de Divergência	72, § 3º, nº 5, 74, § 1º, nº 32
Normas sobre substâncias e instalações, no âmbito da gestão de recursos hídricos.	de Núcleo	72, § 3º, nº 5, 74, § 1º, nº 32

Além disso, as competências relativas à produção e ao emprego da energia nuclear, à proteção contra os seus riscos e à eliminação de material radioativo, antes concorrentes, passaram a ser exclusivas da União (art. 73, § 1º, nº 14).

Uma alteração relevante se deu no art. 84, que trata da execução das leis federais pelos Estados. A regra válida desde a promulgação da Lei Fundamental é a de que compete aos Estados aplicar, como Direito próprio, as disposições de leis federais, editando, para tanto, seus próprios decretos regulamentares que disciplinem organização e procedimentos administrativos necessários à execução da lei federal, salvo se esta, sujeita à aprovação do *Bundesrat*, dispuser em contrário. A Reforma de 2006 promoveu mudança no § 1º do art. 84, para prever que, quando editada lei federal dispendo contrariamente à regra geral de execução de leis federais pelos Estados como Direito próprio, estes possuirão competência de divergência nos mesmos moldes daquela prevista no art. 72, § 2º.

Na redação anterior do art. 84, era facultado à União editar leis sobre organização e procedimento administrativo que prevaleciam sobre a legislação estadual, mas que dependiam da aprovação do *Bundesrat*. Na sistemática atual, tal aprovação é dispensada, abrindo-se, no entanto, a possibilidade de divergência pelos Estados. Nesse âmbito, o exercício da competência de divergência pelos Estados será vedado apenas em situações excepcionais, quando houver necessidade de uma regulação uniforme de procedimentos administrativos mediante lei federal sujeita à aprovação pela maioria do *Bundesrat*³⁸.

Segundo a justificação do projeto de reforma, a possibilidade de uma regulação nacionalmente uniforme de procedimentos administrativos teve como escopo simplificar a legislação ambiental, especialmente no que concerne ao planejamento, aprovação e monitoramento de projetos e infraestruturas, assunto que constitui um dos pontos centrais do Direito ambiental econômico³⁹. Essa alteração se coaduna com o propósito de editar um código ambiental federal alicerçado, no que diz respeito ao licenciamento ambiental, no princípio “um projeto – uma autoridade pública – um processo – uma licença”, evitando a duplicação de ações e a multiplicação de procedimentos burocráticos⁴⁰.

Outra previsão importante é a do § 6º do art. 104a, acrescentado pela Lei de Revisão, que reparte entre a União e os Estados, conforme a distribuição interna de competências federativas, os ônus pelo pagamento de multas aplicadas em razão do descumprimento das obrigações internacionais da Alemanha. No caso das penalidades no âmbito da União Europeia que afetem mais de um Estado, a União responderá por 15% do montante e o restante será assumido pelos Estados, sendo 35% solidariamente por todos eles e os 50% restantes apenas pelos Estados que tiverem dado causa ao descumprimento. Haja vista a competência de divergência em assuntos ambientais, essa regra pode desencorajar os Estados a fazerem um uso irresponsável de sua competência legislativa.

Por fim, o art. 125b da Lei Fundamental, acrescentado como disposição transitória pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006, determinou que a competência de divergência dos Estados para legislar sobre a proteção à natureza, a conservação da paisagem e a gestão de recursos

³⁸ Conforme o art. 84, § 1º: “Em casos excepcionais, quando houver necessidade especial de uma regulamentação nacional uniforme, a União poderá regulamentar o procedimento administrativo, sem possibilidade de divergência pelos Estados. Tais leis dependem da aprovação do *Bundesrat*”.

³⁹ Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, p. 15.

⁴⁰ EPPLER, Annegret. Naturschutz in den politischen Mehrebenensystemen des Alpenraums. In: BUßJÄGER, Peter; Woelk, Jens. *Selbständigkeit und Integration im Alpenraum*. Innsbruck: Institut für Föderalismus, 2009, p. 102. O atingimento do mencionado objetivo depende, contudo, de que os Estados não aprovelem legislação desviante da federal. A unificação de procedimentos administrativos, sem a possibilidade de os Estados disporem em contrário, continua dependente da aprovação do *Bundesrat*.

hídricos somente pudesse ser exercida após a promulgação de nova lei federal sobre tais matérias ou, não sendo editada nova lei federal, a partir de 1º de janeiro de 2010. Havia uma expectativa de que tal prazo seria suficiente para que o Poder Legislativo Federal aprovasse um código ambiental federal, reunindo e sistematizando, em um único documento legal, normas que estavam esparsas em diversas leis.

A tentativa de aprovar o código ambiental federal malogrou em 2008, tendo o parlamento alemão optado, então, por atualizar a legislação esparsa. O projeto de código ambiental sofreu oposição, no parlamento, dos partidos *Christlich Demokratische Union* (CDU) e *Christlich-Soziale Union* (CSU), que vislumbraram o risco de criação de uma lei impeditiva de investimentos no setor agrícola⁴¹. Com isso, o governo trabalhou pela atualização da Lei Federal de Proteção à Natureza então existente, a qual foi reformada em 2010 e passou a conter uma regulação mais minuciosa e diretamente aplicável, algo que, no âmbito das competências de legislação de quadro, não era possível.

Ante o fracasso na aprovação de um código ambiental federal, a legislação sobre o assunto permanece fragmentada, sendo composta pelos seguintes diplomas legais, entre outros: a Lei Federal de Proteção contra Emissões (*Bundes-Immisionsschutzgesetz*), a Lei Federal de Proteção à Natureza (*Bundesnaturschutzgesetz*), a Lei de Gestão de Recursos Hídricos (*Wasserhaushaltsgesetz*), a Lei da Reciclagem e da Gestão de Resíduos (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*), a Lei Federal de Proteção do Solo (*Bundes-Bodenschutzgesetz*), Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz*) a Lei Federal da Caça (*Bundesjagdgesetz*). À exceção das duas últimas, modificadas em 2010 e 2011, todas as demais sofreram alterações no bojo da reforma da Lei da Reciclagem e da Gestão de Resíduos operada em 2012, para atender à Directiva 2008/98/CE, sobre a mesma matéria.

c) Avaliação da Reforma Constitucional de 2006

O fim das competências para legislação de quadro, bem como, para algumas matérias, da exigência de cumprimento da cláusula da necessidade teve, segundo os mentores da reforma constitucional, o objetivo de fortalecer os poderes legiferantes da União e permitir a edição de leis federais abrangentes e diretamente aplicáveis em determinados setores, como o meio ambiente. Alguns autores entendem, no entanto, que as alterações promovidas pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006, foram incompletas, por não eliminarem de todo a cláusula da necessidade, ou mesmo contraproducentes, por criarem a competência de divergência, o que poderá favorecer particularismos por parte dos Estados, com consequências negativas quanto ao

⁴¹ EPPLER, Annegret. *Op. cit.*, p. 102.

cumprimento do Direito Comunitário, bem como quanto à manutenção de graus satisfatórios de defesa do meio ambiente, motivadas por uma competição predatória dos Estados por investimentos econômicos⁴².

O que parece ter constituído uma quase unanimidade foi a avaliação positiva do fim da competência para legislação de quadro, vista como um entrave à produção normativa, propiciador de conflitos e impeditivo de uma alocação clara de responsabilidades aos entes federados, dada a dificuldade em definir o campo de atuação dos legislador federal e estadual⁴³.

A reforma teve, pois, um caráter ambivalente, e representou uma solução de compromisso, não podendo ser vista unidirecionalmente como apenas fortalecedora das competências legislativas federais. De qualquer modo, foi facilitada a produção de leis federais destinadas a internalizar o Direito Comunitário, sobretudo em assuntos relacionados ao meio ambiente.

A respeito dos efeitos da reforma constitucional sobre o Direito ambiental, acentuou Andreas Krell⁴⁴:

Sem dúvida, as novas competências concorrentes “com direito à divergência” trarão vantagens em termos de flexibilidade e capacidade de inovação da respectiva legislação. Um bom exemplo é o projeto do Código Federal do Meio Ambiente, que não prosperou durante 20 anos, em virtude da acentuada dispersão de competências legislativas nesta importante matéria. A União, agora, poderá promulgar regulamentos plenos e detalhados, com a possibilidade da edição de leis estaduais pontualmente divergentes.

Todavia, não há como negar que existe também certo perigo de fragmentação do Direito em nível nacional, da diluição da responsabilidade política e o risco de uma concepção sistemática de a lei federal ser frustrada por normatizações parciais dos estados, que podem levar a problemas de interpretação e aplicação das leis.

Ademais, as novas regras abrem a possibilidade de ocorrência do efeito *ping pong*, com a sucessão de leis estaduais e federais sobre um mesmo tema, o que, levado ao extremo, poderia gerar

⁴² Cf.: Palestras de Astrid Epiney e Wilfried Erbguth *in*: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 15. *Sitzung*, p. 127, 128 e 132. MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 188. LÖHR, Gerda. *Op. cit.*, pp. 91-3.

⁴³ Cf., entre outras, as palestras de Ferdinand Kirchhof, Peter Huber e Joachim Wieland, *in*: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 12 *Sitzung*, pp. 8, 9, 357. Também: LÖHR, Gerda. *Op. cit.*, p. 90. A avaliação das competências de quadro feita pela doutrina alemã é particularmente interessante, quando nos defrontamos com a maneira simpática como as competências concorrentes costumam ser vistas pela doutrina brasileira. No Brasil, são comuns a crítica à postura pró-centralismo do Supremo Tribunal Federal e a defesa de um efetivo condomínio legislativo nas matérias de competência concorrente, com real produção legislativa da União e dos Estados nesse âmbito. Já na Alemanha, país onde esse tipo de repartição vertical de competências se desenvolveu originalmente, o modelo foi, ao cabo, abandonado, em razão de um diagnóstico claramente negativo da experiência.

⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. A reforma federativa alemã, a supressão das competências de quadro e a superação da teoria das leis nacionais no Brasil. *In: Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, nº 44, jul. 2007.

uma instabilidade jurídica no Estado Federal. Ao discorrer sobre a competência de divergência, observa Beatriz Horbach⁴⁵:

A introdução da competência legislativa de divergência é um dos aspectos mais polêmicos e inovadores da Reforma Federativa. A possibilidade de ser promulgada lei estadual que contrarie lei federal, em algumas áreas, tendo prioridade frente a esta, é uma inovação sem precedentes na esfera mundial. Suas consequências, com isso, ainda não são claras, havendo discordâncias, tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista técnico.

São muitos os problemas apontados. O uso ou não da prudência quando da utilização da competência de divergência, os rumos que um federalismo competitivo pode tomar, assim como a possibilidade de um aumento de distância entre os Estados-membros que possuem melhores meios financeiros e os mais pobres, são alguns pontos igualmente polêmicos. Também, as consequências na esfera comunitária, ou seja, a dificuldade de órgãos da União Europeia em saber se suas diretrizes foram implementadas com eficácia pelo direito alemão.

Não obstante as críticas dirigidas à competência de divergência, o risco de fragmentação legislativa a ela associado é mitigado por três fatores: (i) as normas constitucionais federais; (ii) a expressa exclusão de certos temas de Direito Ambiental do rol de competências de divergência (licença para caçar, princípios de proteção à natureza, direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho, e, na gestão de recursos hídricos, normas sobre substâncias e instalações); (iii) a atividade legislativa da União Europeia⁴⁶.

Os países que integram a União Europeia devem obediência às normas do Direito Comunitário, e sua legislação deve implementar, no âmbito interno, as directivas europeias, em um processo que se assemelha ao da extinta legislação de quadro. Diversas directivas sobre meio ambiente foram editadas nas últimas décadas, merecendo registro:

- Directiva 85/337/CEE, de 27 de junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente, alterada pela Directiva 97/11/CE, de 3 de março de 1997, e Directiva 2001/42/CE, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente;
- Directiva 92/43/CEE, de 21 de maio de 1992, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens;
- Directiva 2000/60/CE, de 23 de outubro de 2000, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água, Directiva 2006/11/CE, de 15 de fevereiro de 2006, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade, e Directiva 2007/60/CE, de 23 de outubro de 2007, relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações;

⁴⁵ HORBACH, Beatriz Bastide. *Op. cit.*, p. 318.

⁴⁶ MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 189.

- Directiva 2003/35/CE, de 26 de maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente;
- Directiva 2008/1/CE, de 15 de janeiro de 2008, relativa à prevenção e controle integrados da poluição, e Directiva 2010/75/UE, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais;
- Directiva 2008/98/CE, de 19 de novembro de 2008, relativa aos resíduos;
- Directiva 2009/147/CE, de 30 de novembro de 2009, relativa à conservação das aves selvagens.

No que diz respeito, por exemplo, à caça, a competência de divergência dos Estados é limitada tanto pelo fato de que a matéria especificamente relacionada à concessão de licença para caçar e a referente ao Direito de proteção das espécies se inserem na competência de núcleo, quanto pelo disposto nas Directivas 92/43/CEE e 2009/147/CE.

Já a competência de divergência sobre a proteção à natureza e a conservação da paisagem é limitada pela competência de núcleo da União para estabelecer princípios de proteção à natureza e regular o Direito de preservação de espécies e do ecossistema marinho. É restringida igualmente pelas Directivas 85/337/CEE, 92/43/CEE, 2000/60/CE, 2001/42/CE, e 2009/147/CE. Os Estados dispõem de maior espaço de divergência em assuntos ainda não regulados pelo Direito Comunitário, como a erosão do solo e a preservação de elementos da paisagem⁴⁷.

Ainda nesse âmbito, outra crítica que pode ser feita à reforma diz respeito ao fato de, sem embargo de ter sido eliminada a competência para legislação de quadro, a reforma haver mantido a possibilidade de a União editar normas gerais, ao aludir a *princípios de proteção à natureza*. O que diferencia a nova sistemática da anterior é a dispensa de observância, pela União, da cláusula da necessidade, para editar tais normas gerais. No entanto, ao contemplar esse tipo de previsão, o constituinte reformador manteve irresoluto o problema da separação entre normas gerais e especiais, o que é visto negativamente pela doutrina⁴⁸.

A discussão em torno das normas gerais não é meramente acadêmica, pois tudo aquilo que não for considerado norma principiológica em sede de proteção à natureza se sujeitará à

⁴⁷ Nesse sentido, cf. MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 190-1. Os autores ressaltam que a Directiva 92/43/CEE restringe a liberdade dos Estados de designar áreas de preservação como bem entendam. Ademais, assinalam que a legislação europeia do setor agrícola obriga os membros da União Europeia a assegurar a conservação das áreas de cultivo em boas condições ecológicas.

⁴⁸ Cf. WOELK, Jens. La Riforma del Sistema Federale Tedesco: Riuscito il Primo Atto. In: *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, ano IV, nº 15, 2006. Disponível em: http://federalismi.it/AppI MostraDoc.cfm?Artid=5430&content=La+riforma+del+sistema+federale+tedesco:+riuscito+il+primo+atto&content_author=Jens+Woelk.htm. Acessado em 6 de agosto de 2012. Também: MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 190.

competência de divergência. A justificação do projeto de reforma procurou aclarar esse ponto, ao indicar como temas objeto dessa competência a conservação da diversidade biológica e o funcionamento dos ecossistemas, mas não a gestão paisagística, os requisitos concretos e o conteúdo para a designação de áreas de preservação, as boas práticas agrícolas e de silvicultura e a cooperação com associações de defesa do meio ambiente⁴⁹. Isso, porém, não resolve de todo o problema, pois permanece a dúvida quanto aos limites das prescrições federais em sede de diversidade biológica e funcionamento dos ecossistemas. A se adotar, por analogia, a solução do TCF anterior à reforma de 2006, tais normas não poderiam descer a pormenores, tampouco ser diretamente aplicáveis. Na visão de Frenz, a competência da União para fixar princípios de proteção à natureza, embora deva deixar um espaço de ação para o legislador estadual, abrange a fixação de níveis mínimos de proteção a serem observados pelos Estados⁵⁰.

De qualquer modo, a manutenção de um núcleo temático sobre o qual a União pode dispor sem possibilidade de regulação diversa pelos Estados atenua os riscos de grande fragmentação legislativa no tocante à proteção à natureza. Assim, em que pese o problema da indeterminação dos limites da legislação principiológica, o saldo da reforma nesse ponto pode mesmo ser considerado favorável à União. Sob a ótica de que a criação das competências de divergência foi o preço a ser pago para diminuir o poder de veto do *Bundesrat* e para permitir a legislação federal em assuntos de competência concorrente com a dispensa de submissão à cláusula da necessidade, a subsistência de matérias sujeitas à competência de núcleo no interior de campos temáticos mais abrangentes e sujeitos à competência de divergência, permitirá estabelecer freios a uma indesejada fragmentação normativa.

No tocante à gestão de recursos hídricos, a competência de divergência também se vê restringida pela competência de núcleo da União para regular substâncias e instalações. Por “substâncias e instalações”, deve-se entender, nos termos da justificação do projeto de reforma, qualquer material, fábrica, equipamento que produza impacto sobre os recursos hídricos, como no caso de descargas de substâncias em massas d’água⁵¹. Além disso, as Directivas 2000/60/CE, 2006/11/CE e 2007/60/CE veiculam normas vinculantes para os Estados nesse setor.

⁴⁹ Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, pp. 7-8.

⁵⁰ Cf. Palestra de Walter Frenz, *in*: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, p. 147. Essa exegese confere aos “princípios de proteção à natureza” um sentido semelhante ao dos “pressupostos mínimos de proteção” ao meio ambiente de que cuida o art. 41 da Constituição da Argentina.

⁵¹ Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, p. 11.

Uma última restrição que costuma ser apontada à competência de divergência é o princípio de fidelidade ao pacto federativo ou de um comportamento benigno para com a Federação (*Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens*), consoante o qual:

No exercício de suas competências, a União e os Estados devem mostrar necessária e razoável consideração pelos interesses gerais do Estado Federal e as preocupações dos Estados. Legislação divergente que viole o Direito Comunitário violará igualmente um a norma constitucional não escrita de fidelidade à Federação⁵².

Além dos elementos citados, não deve ser negligenciada a nova regra, constante do § 6º do art. 104a da Lei Fundamental, de repartição de responsabilidades entre União e Estados, por descumprimento do Direito Comunitário, apta a desincentivar medidas mais ousadas dos Estados no campo da legislação de divergência, uma vez que serão apenados financeiramente em maior extensão aqueles Estados que derem causa a tal descumprimento.

Segundo Kuster⁵³, os primeiros anos pós-reforma federativa têm revelado: (i) a ação intensa da União na aprovação de leis em quase todas as áreas nas quais sua competência foi ampliada (a quantidade de leis federais sobre meio ambiente que sofreram alterações recentes é prova disso); (ii) a parcimônia dos Estados em fazer uso de sua competência de divergência, havendo poucos casos concretos de legislação estadual contrária à federal, como a lei da Baviera referente às estações de caça.

O autor observa também que, enquanto os chefes de governo estaduais procuram marcar posição, reclamando maior autonomia e força para os Estados, suas assembleias legislativas optam preferencialmente por manter em vigor a legislação federal, não produzindo suas próprias leis. Isso confirma o prognóstico feito em 2007 por Müller e Klein, vislumbrando grandes chances de os Estados adotarem uma postura de comedimento no uso da competência de divergência, em razão de sua tendência histórica de participação passiva no federalismo alemão, no plano legislativo, corroborada por restrições financeiras, que desencorajam Estados economicamente menos fortes a legislarem sobre novas políticas públicas, sendo mais cômodo para eles simplesmente aplicarem a legislação produzida em nível federal⁵⁴.

Não resta dúvida de que a eliminação das competências para legislação de quadro e a dispensa de observância da cláusula da necessidade para o exercício da competência legislativa pela União na maior parte das matérias relativas ao meio ambiente facilitou a transposição das directivas

⁵² KUSTER, Bernd. *Op. cit.*, p. 5.

⁵³ KUSTER, Bernd. *Op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁴ MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 192.

do Direito Comunitário pela Alemanha, mesmo levando-se em conta o risco de uso impróprio da competência de divergência pelos Estados. Tratando-se de competência de divergência, o risco de descumprimento das directivas se dá por eventual ação do Estado, ao aprovar legislação com elas conflitante. Já no cenário anterior à Reforma, o risco ocorria mesmo (e principalmente) no caso de inação dos *Länder*, já que, nos termos da nova jurisprudência do TCF, o exercício da competência concorrente pela União passou a se submeter a requisitos mais rígidos, e a regulação federal exaustiva em temas sujeitos à competência para legislação de quadro somente poderia ocorrer em caráter excepcional.

O projeto inicial da Reforma afastava as exigências da cláusula de necessidade quanto à poluição atmosférica e sonora, mas não quanto à gestão de resíduos⁵⁵. Sem embargo, dada a transversalidade do tema, havia na doutrina quem defendesse que, mesmo inexistindo no projeto uma clara menção de que a competência concorrente em matéria de gestão de resíduos não se sujeitava à cláusula da necessidade, a solução diversa não se poderia chegar em face dos reflexos recíprocos da poluição do ar, da água e do solo⁵⁶. Ademais, a proposta se revelava claramente inconsistente, ao submeter à cláusula da necessidade a gestão de resíduos e dispensar de seu atendimento a legislação sobre poluição sonora. Se o alcance territorial mais reduzido de possíveis danos ambientais resultantes do tratamento inadequado do lixo poderia ser utilizado como justificativa para limitar a intervenção legislativa federal, com maior razão o mesmo raciocínio deveria ser aplicado no caso da poluição sonora. De resto, a abrangência espacial do dano ao meio ambiente, em sede de gestão de resíduos, pode, em alguns casos, ultrapassar as fronteiras estaduais.

No texto enfim aprovado, optou-se por qualificar como competência concorrente de núcleo (e, portanto, não sujeita à cláusula de necessidade), tanto a poluição atmosférica e sonora quanto a gestão de resíduos, assim como a disciplina relativa a agentes contaminantes da água. Sem isso, o problema da transposição das directivas europeias no âmbito do controle da poluição permaneceria em aberto⁵⁷. No tocante à gestão de resíduos, fato digno de nota é que, a despeito de a Reforma de 2006 haver, pela caracterização da matéria como sujeita à competência de núcleo, facilitado a transposição de directivas europeias, uma nova lei federal sobre o assunto, para adaptar o ordenamento jurídico nacional à Directiva 2008/98/CE, somente foi aprovada em fevereiro de 2012,

⁵⁵ Bundestag Drucksache 16/813, p. 2.

⁵⁶ Cf.: Palestra de Walter Frenz, *in*: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 15. *Sitzung*, pp. 139-40. Acessado em 6 de agosto de 2012. As diferentes formas de poluição devem, de fato, ser vistas sob uma perspectiva integradora. A poluição do solo pode conduzir à poluição da água (ex.: contaminação das águas subterrâneas) e do ar (ex.: produção de gases de efeito estufa pela decomposição de lixo orgânico). Também a poluição atmosférica pode levar à contaminação do solo e da água (ex.: chuva ácida).

⁵⁷ Cf.: Palestra de Johannes Dietlein, *in*: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op.cit.*, p. 122.

entrando em vigor no mês e julho seguinte. O art. 40 da Directiva fixava prazo até 12 de dezembro de 2010 para a transposição de suas normas para o Direito interno dos países membros da União Europeia. Como se vê, o atraso na adaptação do Direito interno às directivas comunitárias não pode ser tributado exclusivamente ao esquema anterior de repartição de competências legislativas.

O problema relativo à transposição do Direito Comunitário subsiste, ainda, quanto à poluição sonora comportamental, matéria que passou a ser da competência legislativa exclusiva dos Estados. As directivas contra a poluição sonora não contêm diferenciação de tratamento entre ruído comportamental e os de outra espécie, o que pode redundar em dificuldades em sua transposição para o Direito alemão, quando se tratar de poluição sonora comportamental, diante da necessidade de as legislações dos 16 *Länder* se harmonizarem com as normas europeias.

Outra questão não equacionada pela Reforma foi a submissão das matérias referentes ao meio ambiente a diferentes regimes de competência legislativa. Se era seu objetivo tornar mais clara a divisão de competências e a verificação do atendimento dos requisitos para o seu exercício, não contribui para esse intento a submissão das subáreas do Direito ambiental a regras de competência distintas, máxime em razão das interrelações entre essas subáreas. Bem por isso, a substituição das várias referências no texto constitucional por um título competencial único, abarcando o Direito ambiental, foi sugerida tanto por juristas que defendiam uma maior centralização da disciplina normativa quanto por aqueles que pugnavam por maior autonomia dos Estados⁵⁸.

A criação de um título único (competência para legislar sobre meio ambiente) eliminaria a necessidade do recurso a outras áreas temáticas, como o Direito Econômico, para regular matérias ambientais. Ademais, facilitaria a aprovação do Código Ambiental, bem como a aprovação de normas ambientais exigidas pelo Direito Comunitário. Por outro lado, a separação das matérias de Direito Ambiental em vários títulos apresenta a vantagem de se identificarem áreas em que os Estados não poderão exercer sua competência de divergência. A alternativa por um título único somente se revelaria factível caso houvesse consenso entre a União e os Estados quanto à esfera federativa que teria prevalência na edição de normas sobre todas as matérias ambientais, o que não se verificou concretamente.

Por fim, cabe ressaltar que, embora a questão relativa à aderência do Direito Interno às normas do Direito Comunitário tenha sido relevante nas discussões da Reforma Constitucional de 2006, não seria necessário buscar no plano europeu razões para a uniformização do Direito

⁵⁸ Cf.: Palestras de Michael Kloepfer, Astrid Epiney e Hans-Joachim Koch, in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 15. *Sitzung*, pp. 125, 154 e 179. Disponível em: http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_03_Protokoll_Umwelt.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012.

Ambiental. O tratamento legislativo integrado do meio ambiente se justifica pelas próprias características do objeto de regulação. Consoante observam Müller e Klein a respeito das relações entre federalismo e proteção do meio ambiente⁵⁹:

Uma competência legislativa federal uniforme e que tudo abarque de modo algum conflita com o apoio a um sistema federal, tal como o que defendemos, já que uma abordagem integrativa é absolutamente necessária no campo da proteção ambiental. O meio ambiente não consiste de diferentes elementos independentes uns dos outros, mas de um sistema uniforme com complexas interrelações e interdependências. Não uma variedade de diferentes regulações estaduais e federais, mas apenas regulações uniformes federais são capazes de efetivamente proteger o meio ambiente e implementar uma abordagem integrativa, como predeterminada pelo Direito Europeu e – o que é mais importante – também pela própria natureza do meio ambiente em si mesmo.

Com efeito, não se pode desprezar o fato de que a eficácia da ação estatal, em matéria afeta ao meio ambiente, depende, em grande parte, da uniformidade na aplicação das medidas protetoras. Uma ampla liberdade dos Estados para dispor sobre o assunto pode conduzir à situação de renúncia a tarefas impostas pela Constituição. Basta pensar nos reflexos de eventual *deficit* de proteção ambiental em um Estado sobre o meio ambiente de outro Estado. A existência de uma multiplicidade de ordenamentos sobre o mesmo campo temático pode, em lugar de proporcionar uma tutela mais efetiva do bem protegido, levar à insegurança jurídica. Apesar de prever a competência de divergência, a Reforma Constitucional de 2006, ao remover obstáculos à disciplina de questões ambientais pelo legislador federal, criou melhores condições para o tratamento uniforme e integrado da matéria.

III. CONCLUSÃO

Embora a repartição de competências legislativas na Carta Magna de 1988 tenha sofrido influência da Lei Fundamental de Bonn, nunca houve identidade entre os dois modelos. Não obstante isso, o exame da experiência alemã no tocante à distribuição de competências legislativas entre *Bund* e *Länder* apresenta-se útil na compreensão dos efeitos positivos ou negativos de uma opção por conferir maior espaço de atuação do legislador estadual relativamente a determinadas matérias como as relacionadas ao meio ambiente.

Em matérias que admitem regulação pelo ente central e pelos Estados, apesar das semelhanças entre as competências para legislação concorrente brasileira e para a extinta legislação de quadro alemã, a Constituição de 1988 não dispõe de regra que condicione a atuação do legislador da União a

⁵⁹ MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. Op. cit. p. 185.

algo equiparável à cláusula da necessidade, exigência feita também no âmbito da competência concorrente da Lei Fundamental anterior à reforma de 2006.

Quanto à repartição de competências na Federação alemã decorrente da Reforma de 2006, nada há na Constituição brasileira minimamente assemelhado à competência de divergência. No que concerne às competências de núcleo e de necessidade, como em ambos os casos a lei federal editada pode regular inteiramente a matéria de que trata, obstaculizando o exercício da competência legislativa pelos Estados sobre o mesmo assunto, também não há como traçar paralelo entre elas e a competência concorrente do art. 24 da Constituição brasileira.

O que mais se aproxima da competência legislativa concorrente brasileira no texto ora vigente da Lei Fundamental é a competência prevista em seu art. 74, § 1º, nº 29, segundo a qual a União pode legislar sobre princípios de proteção à natureza.

Conquanto a Lei Fundamental, na parte em que cuida da distribuição de competências entre os entes federados, tenha servido de inspiração para diversas outras Cartas Constitucionais, fato é que as regras por ela adotadas se revelaram bastante disfuncionais nas últimas décadas. Seu texto, que numa primeira leitura poderia sugerir a abertura de grande espaço para a legislação estadual, foi desde o início interpretado pelo TCF de uma maneira francamente favorável à ampliação dos poderes do legislador federal. E este de modo algum se inibiu de editar normas abrangentes e exaustivas sobre tudo quanto se incluísse no âmbito das competências concorrente e para legislação de quadro. Enquanto tal esquema vigorou, os entraves à produção legislativa, malgrado não desprezíveis, consistiam basicamente em resistências oferecidas pelos governos estaduais à aprovação de leis das quais discordassem e que dependessem da chancela da maioria absoluta do *Bundesrat*.

Em meio a um processo de progressiva uniformização das legislações dos países membros da União Europeia, veio somar-se às dificuldades de aprovação de leis federais no *Bundesrat* a nova jurisprudência do TCF, produzida com base no texto da Lei Fundamental reformado em 1994. A maior resistência à edição, pelo legislador federal, de normas nacionalmente uniformes sobre matérias submetidas à competência concorrente e de quadro, e, quanto a esta última, à produção de leis federais detalhistas deu origem a uma situação de impasse. A Lei de Revisão Constitucional havia determinado que a legislação federal já existente continuaria em vigor até que a União autorizasse os Estados a dispor em contrário. Impossibilitada a União de produzir legislação substitutiva, não era também de seu interesse permitir a fragmentação normativa.

Como praticamente todas as matérias afetas ao meio ambiente se submetiam, na Lei Fundamental, às regras estabelecidas para as competências concorrentes e de quadro, a nova jurisprudência do TCF teve um efeito devastador sobre as perspectivas de edição de normas ambientais nacionalmente uniformes. Nesse contexto, os riscos de punição da Alemanha por inércia na transposição das directivas europeias sobre meio ambiente eram patentes.

A Reforma Constitucional de 2006 foi uma tentativa de solucionar os mencionados problemas. Para tanto, buscou reduzir as matérias dependentes de aprovação pela maioria absoluta do *Bundesrat*, deu nova disciplina às competências concorrentes e eliminou as competências de quadro.

Quanto às matérias de Direito Ambiental, a Reforma Constitucional de 2006, transferiu para o âmbito da competência concorrente os campos materiais antes sujeitos à competência para legislação de quadro. Além disso, eliminou a exigência de atendimento à cláusula da necessidade como condição para o legislador federal regular a grande maioria dos temas ambientais objeto de competência concorrente, mantendo-a apenas no concernente à mineração e energia, à proteção de plantas contra doenças e pragas e à proteção dos animais.

Parte dos temas passíveis de regulação pelo legislador federal com dispensa de atendimento à cláusula da necessidade passou a se submeter às regras da competência de núcleo. Atualmente, a União é livre para regular essas matérias de forma integral e em detalhes, sem que precise demonstrar a necessidade de uma *regulação legislativa federal, no interesse da totalidade do Estado, para o estabelecimento de condições de vida equivalentes no território nacional, ou para a preservação da unidade jurídica ou econômica*. Tal se aplica, por exemplo, à produção agrícola e florestal, à pesca costeira e oceânica, à proteção das costas, à gestão de resíduos e ao controle da poluição atmosférica.

Noutros assuntos, o constituinte reformador optou por promover uma cisão, submetendo partes essenciais da disciplina às regras da competência de núcleo e o restante à competência de divergência. Assim, enquanto a proteção à natureza passou a se sujeitar às regras da competência de divergência, os princípios de proteção à natureza, o Direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho constituem hoje matérias sujeitas às regras da competência de núcleo. O mesmo se pode dizer da gestão de recursos hídricos, sobre a qual União e Estados podem legislar indistintamente, prevalecendo a lei mais recente, exceto no caso de normas referentes a substâncias e instalações, sujeitas à competência de núcleo.

Como resultado de tudo isso, tem-se uma ampliação do raio de ação do legislador federal, ainda que à custa da outorga de prerrogativas aos Estados para afastar a aplicação das normas

federais em alguns temas. Não obstante a criação da competência de divergência possa ser vista como uma medida favorável à descentralização normativa, o temor da multiplicação de leis estaduais que se apartem da disciplina federal não foi, até o momento, confirmado, seja por acomodação dos Estados, seja por ausência de condições concretas para exercer proficuamente tal competência.

Ademais, o constituinte reformador teve o cuidado de criar instrumento de desincentivo à edição de leis estaduais incompatíveis com diretrizes do Direito Comunitário. Atribuiu a maior parte do ônus financeiro resultante de penalidades por descumprimento das normas europeias aos Estados que lhe derem causa, o que também inibe uma postura mais ativa dos Estados, mormente em face da numerosa legislação comunitária sobre o meio ambiente.

Evidentemente, não há o menor espaço para se interpretar a Constituição brasileira sob uma perspectiva que autorize algo semelhante, ainda que remotamente, à competência de divergência alemã. Se porventura se promovesse a mudança no texto da Lei Maior de 1988 para permitir isso, fenômeno bem diverso do verificado na Alemanha poderia ocorrer no Brasil, com amplo uso da competência de divergência pelos Estados. O grande número de ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de leis estaduais por invasão da competência federal é indicativo da sofreguidão com que o legislador estadual exerce o seu mister.

Na situação cogitada, não se pode descartar a hipótese de que boa parte das leis estaduais editadas tutelassem mais debilmente o meio ambiente do que a legislação federal, haja vista a maior capacidade de controle, em muitos Estados, da política local por representantes do agronegócio, setor que tradicionalmente tem oferecido maior resistência no Brasil a leis de tutela ambiental.

Se mesmo no plano federal a influência da bancada ruralista se fez notar de forma clara, levando a uma derrota do Governo na votação do projeto do novo Código Florestal na Câmara dos Deputados (os vetos da Presidente da República e a concomitante edição de uma medida provisória sobre o mesmo assunto o comprovam), influência menor desse setor econômico não se deve esperar em boa parte dos legislativos estaduais.

Essa suposição simplesmente se origina da constatação de fatos, não se vinculando necessariamente a um juízo de que as posições dos representantes do setor agrícola sejam contrárias à Constituição, mesmo porque ambos os lados em conflito podem invocar preceitos constitucionais em defesa de suas teses. Uma conclusão sobre a constitucionalidade de legislação que, em maior ou menor grau, promova a defesa do meio ambiente depende do juízo de ponderação que se faça dos princípios constitucionais invocados pelos contendores.

O exame da necessidade de disciplina nacionalmente uniforme de determinadas questões ambientais deve tomar em consideração não apenas os riscos de legislações estaduais menos protetoras do meio ambiente, mas também as dificuldades de tutela do bem juridicamente protegido em um cenário de excessiva fragmentação normativa.

Para o problema de uma menor atenção do legislador estadual a questões ambientais, não constitui solução eficiente, em um regime no qual haja maior espaço à legislação dos entes subnacionais, a simples declaração de inconstitucionalidade das leis que estipulem padrões de proteção ambiental deficitários inadmissíveis. Nesses casos, é imprescindível que a inércia do legislador estadual possa ser suprida por uma legislação nacional que estipule padrões mínimos de proteção. Se essa conclusão é válida para federações mais descentralizadas, com maior razão se deve reconhecer o papel uniformizador da União em federações nas quais o espaço de atuação do legislador nacional é mais amplo, detendo a Corte Constitucional uma função relevantíssima de assegurar a prevalência da lei nacional sobre legislação estadual menos protetora.

Na verdade, pode-se defender a primazia da lei nacional mesmo quando ofereça menor proteção ao meio ambiente que a lei estadual, se o fizer fundada na ponderação de outros valores constitucionais, uma vez que o eventual afã do legislador estadual em proteger o meio ambiente não o autoriza a menoscar outros bens constitucionalmente tutelados e objeto de regulação jurídica pelo legislador da União.

O regramento nacionalmente uniforme é importante não apenas para assegurar esses padrões mínimos. Em si mesma, a uniformidade é um valor, pelas suas consequências em termos de maior segurança jurídica e contenção de conflitos federativos. No âmbito ambiental, a uniformidade legislativa se justifica com maior razão ainda, pois o tratamento integrado e abrangente das múltiplas subáreas do Direito Ambiental é fundamental para assegurar a própria eficácia da legislação sobre o assunto.

A Reforma Constitucional de 2006 pode ser vista como uma tentativa de correção de rumo, no tocante às competências legislativas sobre meio ambiente, após o ensaio no sentido de se exigir maior descentralização normativa, que teve lugar com a alteração da cláusula da necessidade e com nova jurisprudência do TCF sobre ela, mais rigorosa em relação ao exercício das competências concorrentes e para legislação de quadro pela União. A experiência alemã serve como alerta nas reflexões acerca da constante reivindicação por maior espaço de atuação dos legisladores estaduais no Brasil, no âmbito das competências concorrentes, sobretudo em questões ambientais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010.

AUEL, Katrin. Still no exit from the joint decision trap: the German Federal Reform(s). In: *German Politics*. Vol. 17, nº 4, dez 2008, p. 424-439.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform. 12. Sitzung – Stenografischer Bericht*. Disponível em http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_01_Protokoll_Allgemeiner_Teil.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform. 15. Sitzung – Stenografischer Bericht*. Disponível em http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_03_Protokoll_Umwelt.pdf. Acessado em 6 de agosto de 2012.

EPPLER, Annegret. Naturschutz in den politischen Mehrebenensystemen des Alpenraums. In: BUßJÄGER, Peter; Woelk, Jens. *Selbständigkeit und Integration im Alpenraum*. Innsbruck: Institut für Föderalismus, 2009.

ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 75, set/dez 2005, pp. 289-324.

FROMONT, Michel. République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2002. In: *Revue du Droit Public*, tomo 25, nº 4, jul/ago 2004, pp. 1119-1151.

FROMONT, Michel. La Réforme du Fédéralisme Allemand de 2006. In: *Revue Française du Droit Constitutionnel*, nº 70, 2007, pp. 227-248.

GEORGII, Harald; BORHANIAN, Sarab. *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. El Estado federal unitário. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, pp. 425-256.

HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. In: *Revista de Direito constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, nº 62, jan. 2008.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUBER, Peter M. *Die Föderalismusreform des Jahres 2006*. Disponível em http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/huber_peter/publikationen/foedera.pdf, Acessado em 6 de agosto de 2012.

JARASS, Hans D.; DIMENTO, Joseph. Through comparative Lawyers' Goggles: a primer on German Environmental Law. In: *The Georgetown International Environmental Law Review*. Vol. 6, nº 47, 1993, p. 53.

KRELL, Andreas Joachim. A constitucionalidade da regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (nº 11.107/05) por decreto presidencial. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 5, jan/mar 2007, pp. 341-395.

KRELL, Andreas Joachim. A reforma federativa alemã, a supressão das competências de quadro e a superação da teoria das leis nacionais no Brasil. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, nº 44, jul. 2007.

KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KUSTER, Bernd. *Case Study Germany: How did Germany disentangle competences?* Disponível em: <http://www.riformeistituzionali.it/media/72084/kuster.pdf>. Acessado em 6 de agosto de 2012.

LÖHR, Gerda. *Environmental decision-making in a Federation*. Mannheim: Universität Mannheim, 2006.

MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. The Federal Legislative Competence of “Divergent State Legislation” and the Enactment of a Federal Environmental Code in Germany. In: *Journal for European Environmental & Planning Law*. Vol. 4, nº 3, 2007.

ROBBE, Patrizia; ROHLENDER, Kristin; GRAMANN, Kirsten. *Auswirkungen der Föderalismusreform I*. Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2009.

SCHNEIDER, Hans-Peter. La Reforma del federalismo en Alemania: fines, negociaciones, resultados. In: *Revista d'Estudis Autonomics i Federals*, nº 8, abr. 2009, pp. 11-36.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIDA, María Ángeles Martín. La reforma del federalismo alemán. Cambios em el reparto material de competencias entre la federación y los Länder. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, pp. 161-194.

WOELK, Jens. La Riforma del Sistema Federale Tedesco: Riuscito il Primo Atto. In: *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, ano IV, nº 15, 2006. Disponível em http://federalismi.it/App1MostraDoc.cfm?Artid=5430&content=La+riforma+del+sistema+federale+tedesco:+riuscito+il+primo+atto&content_author=Jens+Woelk.htm. Acessado em 6 de agosto de 2012.