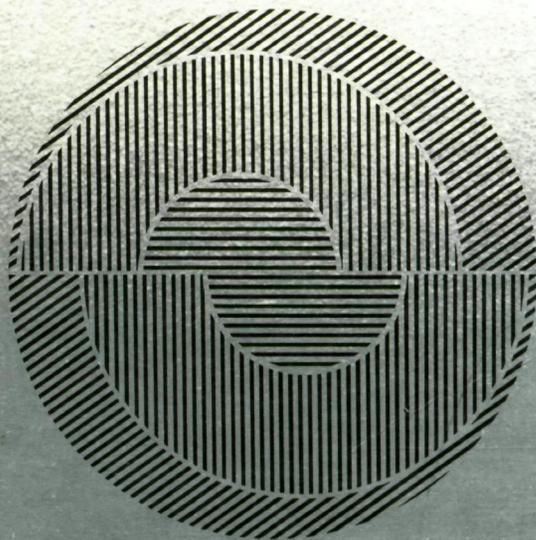


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1989

ANO 26 • NÚMERO 101

Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988

PAULO LUIZ NETO LOBO

Procurador de Estado, Conselheiro Federal da OAB

SUMÁRIO

1. *A distribuição de competências legislativas. A opção de 1988.*
2. *Relação com o paradigma histórico: a constituição Americana de 1787 e a Décima Emenda.*
3. *O modelo dos poderes reservados e a experiência republicana brasileira.*
4. *As tendências do federalismo, no direito comparado, quanto à distribuição de competências legislativas.*
5. *As soluções dos conflitos de competência e a supremacia federal.*
6. *Normas gerais: seus limites em relação à competência concorrente dos Estados-Membros. Legislação supletiva, complementar e suplementar.*
7. *Competência comum e competência concorrente.*
8. *As hipóteses constitucionais de competência concorrente.*
9. *Conclusões. Bibliografia.*

1. *A distribuição de competências legislativas. A opção de 1988*

A Constituição brasileira de 1988, no Título "Da Organização do Estado" (Capítulo II do Título III), introduziu, em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal, a competência concorrente com a União, para legislarem sobre diversas matérias enumeradas.

Essas matérias, incluindo os direitos financeiro, tributário, econômico, urbanístico, penitenciário, previdenciário, processual de pequenas causas, procedimentos em matéria processual e direitos ou interesses coletivos como saúde, educação, meio ambiente, consumidores, menores, patrimônio

histórico e cultural, não se inserem, seja nos poderes enumerados da União, seja nos poderes reservados dos Estados-Membros, segundo o dualismo federalista clássico.

A distribuição das competências é o problema nuclear do federalismo, sinalizando a opção constituinte por mais ou menos centralização política, por mais ou menos aderência aos modelos e princípios assentes de Estado federal (1).

O problema está na raiz mesma da evolução histórica do federalismo e de sua concepção conseqüente.

Envolve o sentido de delegação, poderes enumerados, poderes reservados e a técnica de concorrência legislativa, de construção complexa a suscitar inevitáveis conflitos. As soluções advirão da jurisprudência, através de decisão de constitucionalidade, mercê da atribuição ao Supremo Tribunal Federal de guardião do federalismo, este inatingível até por emendas à Constituição.

Em todos os Estados federais, nomeadamente nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico, especialmente no âmbito da distribuição das competências. Nota-se uma clara tendência à supremacia federal sobre os Estados-Membros.

O grande desafio é como preservar o federalismo, diante da crescente centralização política, na busca de direções que compatibilizem a necessidade de unificar as soluções aos grandes problemas nacionais e a necessidade em se fortalecer a democracia e a própria cidadania, que exigem a descentralização política.

A função do federalismo mudou historicamente. Se, antes, serviu para assegurar as autonomias regionais, ou como forma mais eficiente de descentralização administrativa, hoje assume uma função essencialmente política, como um dos instrumentos de garantia da democracia participativa (2).

(1) Há uma certa convergência de opiniões a respeito: Cf. LEOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 1970, p. 356: "é a chave da estrutura do poder federal".

Cf. DALLARI, Dalmiro. *O Estado Federal*. São Paulo, Ed. Atica, 1966, p. 18: "o problema das competências pode ser considerado o ponto central da organização federativa"; Cf. BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*. Rio de Janeiro, TCLT, 1903, p. 273: "pode-se considerar a chave mestra da federação".

(2) Para HELLER, Hermann (*Teoria do Estado*. S. Paulo, Ed. Mestre Jou, 1968, trad. de Lycurgo Gomes da Motta, p. 293) é típica da democracia, ao contrário da autocracia, a ampliação de círculos de poder político.

ZWEIGERT, Konrad. (*Federalism in West Germany*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 20) diz que na Alemanha Ocidental o federalismo é atualmente visto como uma das salvaguardas da liberdade política do povo. O federalismo é um método "de dividir o agregado de poder nacional entre a União e os Estados, pelo benefício das liberdades dos cidadãos".

No trânsito do Estado liberal para o Estado social, o pêndulo inclinou-se aos governos centrais fortes, mais adequados ao intervencionismo que se exigiu à implementação das mudanças sociais e econômicas.

Agora, o federalismo retoma seu curso. A centralização política não redundou em benefícios populares concretos. A centralização nem sempre assegurou a redução das desigualdades e injustiças sociais e, nos momentos de exaltação autoritária, foi o caminho mais curto para se violentar a cidadania.

Está cada vez mais claro que não há necessidade em se atingir com eficiência a descentralização administrativa, valendo-se apenas do federalismo. Entretanto, apenas o federalismo pode levar à descentralização política, tornando o poder mais próximo do cidadão. A participação da cidadania (que não mais é vista sob a ótica individual, porém imersa nos interesses sociais, atuando de forma coletiva nas organizações da sociedade civil, defendendo objetivos meta-individuais, como o meio ambiente) é maior junto aos poderes locais.

Uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo é a competência legislativa concorrente⁽³⁾, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas (não mais soberanas, como a tradição indicava). E nela, o essencial está no conteúdo conceptual que prevaleça às "normas gerais", como limite constitucional à União.

O sentido de "legislação concorrente" na Constituição de 1988 difere daquele que o senso comum teórico desenvolveu. HAMILTON⁽⁴⁾ disse que a legislação concorrente resultava da divisão do poder soberano, isto é, de esferas de poder privativas da União e dos Estados-Membros. Na Constituição brasileira, está na acepção de legislação sobre matérias comuns, embora com limites de forma e conteúdo recíprocos: cabe à União as normas gerais e aos Estados-Membros as normas específicas.

É no último sentido que trataremos de competência legislativa concorrente, nesta exposição.

2. *Relação com o paradigma histórico: a Constituição americana de 1787 e a Décima Emenda*

É interessante notar que os federalistas americanos almejavam um Governo central (União) forte, que substituisse a tábua da frustrada Confederação. Contudo, para vencerem as resistências dos Estados-Membros (as antigas Colônias), desenvolveram a engenhosa fórmula federativa, no

(3) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo II, São Paulo, Rev. dos Trib., 1970, p. 167) afirma que a técnica constitucional do século passado "repugnava a competência concorrente".

(4) HAMILTON, MADISON e JAY. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. México, Fondo de Cultura Econ., 1943, p. 130.

final do século XVIII ⁽⁵⁾, concedendo ou “reservando” substanciais parcelas de poder às unidades federadas.

Os poderes da União seriam os enumerados na própria Constituição. Tudo o mais estaria reservado aos Estados-Membros.

A distribuição dos poderes era desigual, mas atendia às circunstâncias históricas.

HAMILTON ⁽⁶⁾ pedagogicamente esclarece que os Estados conservariam todos os direitos de soberania que desfrutavam antes e que não foram delegados de maneira exclusiva à União. “Esta delegação exclusiva ou, melhor dizendo, esta alienação da soberania estadual, unicamente existiria em três casos: quando a Constituição, em termos expressos, concedeu autoridade exclusiva à União; quando outorgou em uma parte certa faculdade à União e em outra parte proibiu aos Estados que exercitassem a mesma faculdade, e quando foi concedida uma potestade à União, com a qual outra similar por parte dos Estados seria total e absolutamente incompatível.”

E MADISON ⁽⁷⁾ arremata, depois de caracterizar o poder da União como *essência* do poder federal, que os “poderes delegados ao Governo Federal pela Constituição são poucos e *definidos*. Os que ficarão em mãos dos Governos dos Estados são numerosos e *indefinidos*”.

Percebe-se que nessas formulações há uma preocupação central em se estabelecer uma divisão escarpada de competências entre a União (somente os poderes enumerados) e os Estados-Membros (todos os poderes residuais — “reservados”).

Todavia, a evolução do sistema tomou rumo oposto, embora mais próximo das reais intenções dos federalistas (fortalecimento do poder federal).

O texto da Décima Emenda (“Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”) não foi suficiente para impedir essa tendência.

A redução da competência estadual, nos Estados Unidos, teve dois momentos destacados:

(1) A doutrina dos poderes implícitos da União, partida de genial construção da Suprema Corte americana, em 1819, no “leading case”

(5) DALLARI, Dalmo. (*Elementos de Teoria Geral do Estado*, S. Paulo, Saraiva, 1976, p. 224) diz que o federalismo nasceu realmente com a Constituição Americana de 1787. “É um fenômeno moderno”.

(6) *Op. cit.*, p. 128.

(7) *Op. cit.*, pp. 195 e 202.

McAlloch *versus* Maryland. Decidiu-se que na Constituição, apesar dos poderes enumerados, não existia qualquer expressão que “exclua poderes eventuais ou implícitos e que requeira que tudo o que foi concedido deva ser descrito expressa e minuciosamente” (8).

(2) A consagração do princípio da supremacia federal, mercê do exercício do poder de revisão judicial, “que é, assim, o árbitro do sistema federal” (9) sobretudo a partir da legislação intervencionista do “New Deal” de 1933. A Suprema Corte no caso Estados Unidos *versus* Darby, de 1941, chegou mesmo a considerar a Décima Emenda como um “truísmo”, sendo seu propósito “o de moderar temores de que o novo Governo nacional pudesse procurar exercer poderes não concedidos e os Estados pudessem não ser capazes de exercer plenamente seus poderes reservados”.

Como acentua SCHWARTZ (10), ver a Décima Emenda como um mero “truísmo” é “destruir a base sobre a qual se assentou o conceito de federalismo dual”. Em outra parte (11) diz que se alguma coisa pareceu incompatível com as últimas décadas de concentração de autoridade no Governo Central, “foi a noção de que os Estados ainda possuem os atributos de soberania”.

A noção de federalismo dispensa, conseqüentemente, o argumento de soberania (12). Mais importantes são os critérios de distribuição de competências, com limites mais precisos, embora vulneráveis às contingências históricas.

A análise que TOCQUEVILLE (13) fez à época, quando visitou a nova República americana, não se confirmou no futuro.

(8) Transcrição de SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Trad. de Elcio Cerqueira. Rio, Forense Univ., 1984, p. 15.

(9) Cf. SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 22, 30 e 34.

Para FOX, Eleanor. (*Federalism, Extraterritoriality, and Economic Regulation*, texto de aula, 1988) o aumento do poder federal, bem como seus limites, foi profundamente influenciado pelo desenvolvimento da doutrina da ação estatal “anti-trust”.

(10) *Op. cit.*, p. 34.

(11) *Op. cit.*, p. 48.

(12) ATALIBA, Geraldo. (*República e Constituição*, S. Paulo, Rev. dos Trib., 1985, p. 10) refere-se, ainda à repartição rígida de atributos da soberania; DAVID, René (*Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, trad. de H. A. Carvalho, Lisboa, Meridiano, 1978, p. 428) assevera que os princípios da Décima Emenda não foram abandonados.

(13) TOCQUEVILLE, Alexis de. (*De la Démocratie en Amérique*, L. de Médicis, Paris, 1951, vol. I, p. 169) diz que o governo dos Estados-Membros é a regra.

Cogita-se, ainda, como desdobramento da doutrina dos poderes implícitos, da "doutrina de limitações implícitas aos Estados",⁽¹⁴⁾ que assegura uma forma negativa (nega-se competência aos Estados-Membros) de uniformidade nacional através do Congresso.

É verdade que a competência legislativa dos Estados-Membros nos Estados Unidos permanece muito ampla. A família, as sucessões, os contratos, os delitos, o direito criminal, o processo, continuam, substancialmente, a ser regulados pelos Estados-Membros.

O que fica de competência residual, ou reservada, comporta-se em fronteiras cada vez mais estreitas.

3. *O modelo dos poderes reservados e a experiência republicana brasileira*

Como se demonstrou, a origem e a evolução do federalismo americano conduziram à centralização política progressiva. A supremacia federal não é fato episódico.

No caso brasileiro, a tendência foi e é inversa. Partiu-se de um Estado unitário (as Províncias eram unidades administrativas do Império) para a formação pelo Poder Constituinte de 1891 de uma Federação. Excluindo-se as Constituições outorgadas de 1937 e de 1967-1969, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 organizaram o Estado segundo o modelo clássico do federalismo: os poderes não enumerado integravam a competência residual ou reservada dos Estados-Membros.

A afirmação corrente de que a federação brasileira foi opção artificial da República, e que não tem raízes históricas, é equivocada. A não ser que se conceba, apenas, o surgimento de Estado federal por adesão de Estados soberanos.

Leia-se o depoimento de RUI BARBOSA: "Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à Federação"⁽¹⁵⁾.

Este outro depoimento, de ALFREDO VARELA,⁽¹⁶⁾ é igualmente persuasivo: "o federalismo é, desde 1831, a mais ardente e generalizada aspiração do Brasil. Nos trabalhos de reforma constitucional posteriores à revolução do ano citado, chegou a adotá-lo a Câmara Temporária e, se não é a resistência da Câmara vitalícia, de há muito vigorava no País. Tão acentuadas eram as tendências reformadoras no sentido da ampla autonomia

(14) Cf. KARST, Kenneth L. *Out of Many, One: The Judiciary and The Harmonization of Law in the United States*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 99.

(15) BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federativa Brasileira*. S. Paulo, Saraiva, 1932, 1º Vol. p. 60.

(16) VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro; Reforma das Instituições Nacionais*. Rio, Garnier, 1902, p. 41.

provincial, que monarquistas sinceros, da ordem de Saraiva e Nabuco, preconizavam os modelos federativos, como sendo a condição de salvação do Império, nos últimos anos dele”.

Outras não foram as causas das várias revoluções, de intuito secessionista, ocorridas no Império, como a Confederação do Equador e a República Farrroupilha

No Brasil, a origem do federalismo foi diversa da dos Estados Unidos. Nestes, ela visou constituir um governo central, e tendeu sempre ao centralismo político, teórica e praticamente. No Brasil, as Províncias desejaram se transformar em Estados-Membros; o processo foi da centralização política para a descentralização política. Tem sido essa a marca do federalismo brasileiro, a busca por mais autonomia dos Estados-Membros, apesar das vicissitudes autoritárias por que passou.

Nos Estados Unidos, os Estados criaram a federação. No Brasil, a federação (criada pelo Poder Constituinte, isto é, o povo) criou os Estados.

Não tendo havido delegação dos poderes de Estados preexistentes à federação, no Brasil, não se pode falar, a rigor, em poderes reservados. Não se reserva o que não se tinha.

As Constituições brasileiras, desde a de 1891, referem-se a poderes reservados (a denominação é um tributo ao prestígio da Constituição americana) com o significado de poderes residuais, não contidos nos poderes enumerados ou implícitos da União. Na doutrina estrangeira esta significação tem predominado, porque pode haver poderes reservados tanto da União quanto dos Estados-Membros.

O art. 65, § 2.º da Constituição de 1891, estabelece ser dos Estados

“em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”.

Já vimos como JOÃO BARBALHO considerava esse dispositivo como a regra áurea da distribuição de competências.

A Constituição de 1934 reproduz no art. 7.º, IV, a essência dessa cláusula:

“exercer, em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado explícita ou implicitamente por cláusula expressa desta Constituição”.

A Constituição de 1934 inova, ampliando os poderes residuais dos Estados-Membros. No art. 5.º, concede aos Estados-Membros a competência para legislação *supletiva* ou complementar sobre determinadas matérias enumeradas dentre os poderes da União. A competência estava limitada a

lacunas ou deficiências da legislação federal. Não se tratava, ainda, de legislação comum concorrente, introduzida pela Constituição de 1988.

A Constituição de 1946, no art. 18, repete a norma de 1934. No art. 6.º refere-se à legislação *supletiva*, mas omite os requisitos de lacunas da legislação federal.

A Constituição de 1969, art. 13, § 1.º, é de redação idêntica ao art. 18 da Constituição de 1946. O art. 8.º, parágrafo único, lista os poderes enumerados da União de forma tão exaustiva e centralizadora, que praticamente nada fica de "reservado" aos Estados-Membros. Há uma novidade, que é a alínea *c* do inciso XVII, que prevê a competência da União para legislar sobre "normas gerais" de algumas matérias, antecipando a competência concorrente da Constituição de 1988. Entretanto, não se faculta aos Estados-Membros a legislação concorrente, mas apenas a supletiva, isto é, em casos de lacunas da legislação federal. Para haver aquela esta é necessária e prévia.

Na prática, inclusive jurisprudencial, entendem-se *implícitos* os poderes para legislar sobre quase tudo, deixando aos Estados-Membros espaço reduzidíssimo, como o de regular sobre sua própria administração. Durante a vigência da Constituição de 1969, inclusive pelo uso desenfreado de decretos-leis, a União atingiu o clímax da centralização política.

O modelo dos poderes reservados revelou-se inócuo, sobretudo nos períodos de autoritarismo, em nada favorecendo o federalismo brasileiro.

4. *As tendências do federalismo, no direito comparado, quanto à distribuição de competências legislativas*

Em 1970 aconteceu um colóquio internacional, em Moscou, patrocinado pela International Association of Legal Science, voltado a examinar o desenvolvimento dos sistemas legais em sete Estados federais: União Soviética, Estados Unidos, Iugoslávia, Checoslováquia, Canadá, Índia e República Federal da Alemanha.

Quatro questões foram colocadas em discussão:

- 1) a que objetivos uma estrutura de Estado federal serve?
- 2) os objetivos conduziram a um conceito razoável de federação?
- 3) que distribuição de poderes entre o Governo federal e os Governos dos Estados-Membros é desejável para se atingir os objetivos da federação?
- 4) que instituições são adequadas para exercerem a função, dentro da federação, de adaptação da distribuição de poderes diante da inevitável necessidade de mudanças?

Quanto à questão (3), pertinente a esta exposição, informa HAZARD (17), os participantes notaram uma tendência para a centralização dos pode-

(17) HAZARD, John. *Federalism and Development of Legal Systems*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 12.

res em todas as federações. Esta constatação deu ensejo a alguns debates em torno da utilidade da centralização: se um governo forte prejudica ou não os interesses dos Estados-Membros. Todos responderam que sim.

Como métodos de distribuição dos poderes entre a União e os Estados-Membros, os participantes indicaram dois:

1) o da Índia, onde a Constituição lista em grandes detalhes e extensão os poderes do Governo central e os dos Estados-Membros;

2) o dos poderes reservados, seja para a União, seja para os Estados-Membros, sempre em termos gerais, conferindo-se poderes específicos para o outro lado.

Temos de convir, por esse informe, que o conceito de “poderes reservados” mudou de função. Não se prende mais à reserva original das unidades que aderiram à Federação. Hoje, sua função consiste em atribuir competência, pela Constituição, dos poderes não enumerados, indistintamente, ou à União ou aos Estados-Membros.

O direito hindu é singular: exclui os poderes reservados, preferindo ampliar o modelo dos poderes enumerados aos dois lados (União e Estados-Membros) em três listas de matérias específicas⁽¹⁸⁾:

a) a Lista I, ou a *Lista Federal*, contém 97 itens, incluindo defesa, negócios estrangeiros, bancos, moedas, sistema financeiro etc;

b) a Lista II, ou a *Lista Estadual*, compreende 65 itens, incluindo ordem pública, polícia, saúde pública, agricultura, educação etc;

c) a Lista III, ou a *Lista Concorrente*, menciona 47 itens tais como casamento, contratos, responsabilidade civil, trabalho e bem-estar, previdência social, planejamento econômico e social etc.

A Lista Concorrente indica as matérias sobre as quais a União e os Estados-Membros podem legislar concorrentemente, sem caráter supletivo.

Esse método tentaria evitar o conflito de competências, eliminando os poderes reservados e os implícitos, desencorajando a inovação jurisprudencial. Prevalece, todavia, a lei da União, nas matérias não enumeradas nas listas e no caso de conflito na lista concorrente, como decidiu a Suprema Corte da Índia⁽¹⁹⁾.

Nos Estados Unidos, SCHWARTZ⁽²⁰⁾ fala de “federalismo cooperativo”, que representa a consequência da centralização pela União da receita tributária, controlando de forma indireta os Estados-Membros através do

(18) KHAN, Rahmatullah. *Harmonization of Law in the Indian Federation*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 107.

(19) Decisões reproduzidas em KHAN, *op. cit.*, *passim*.

(20) *Op. cit.*, pp. 44, 45 e 64.

sistema de subvenções, condicionadas a que as legislações estaduais sejam modeladas às diretrizes federais.

A supremacia federal é uma tendência irreprimível, sobretudo com o advento do Estado social, sendo improvável um retorno ao federalismo clássico. O papel do Judiciário é de extrema relevância, adequando o federalismo às exigências dos tempos.

A questão da soberania remanescente só é cogitável, mercê de suas peculiaridades, em federações do tipo da União Soviética. A Constituição de 1977 (art. 70) prevê expressamente o princípio do federalismo socialista (liga-se ao centralismo democrático, o que leva ao predomínio da União) ⁽²¹⁾ entre Repúblicas iguais em direito. O art. 80 admite (caso único entre os Estados federais) que a República federada estabeleça relações diplomáticas com Estados estrangeiros.

A Suíça (federação autodenominada "Confederação") menciona, no art. 3.º da Constituição, a soberania "limitada pela Constituição federal", e os poderes reservados aos Cantões.

A Argentina, partindo de uma experiência inicial de Confederação, confere em sua Constituição, art. 104, os poderes reservados e "não delegados" às Províncias.

5. As soluções dos conflitos de competência e a supremacia federal

Como já delineamos nos capítulos anteriores, os tribunais têm solucionado o conflito de competência legislativa entre a União e os Estados-Membros, lançando mão amplamente do princípio da supremacia federal. A consequência é a redução substancial do âmbito de poderes reservados e a centralização política.

A jurisprudência americana, a partir do "New Deal", não vê mais limites à competência legislativa da União, salvo no plano retórico. A decisão da Suprema Corte em considerar a Décima Emenda um "trufo" praticamente afasta a prevalência dos poderes reservados.

No que tange aos grandes interesses coletivos e difusos, a evolução do federalismo no Brasil e nos Estados Unidos recebeu motivação oposta. Tomemos, como exemplo, o problema da poluição. Nos Estados Unidos, os Estados-Membros, movidos por interesses econômicos e tributários, não têm avançado, ao contrário da legislação federal. Uma decisão da Suprema Corte, de 1980 ⁽²²⁾, manteve o poder do Congresso de proibir que um Estado

(21) Cf. TCHIKVADZE, V. M. *Soviet Federalism and the Development of the Legal System in the USSR*. Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 158. O centralismo democrático define a distribuição de competências, levando em conta sobretudo o planejamento do Estado. Respeitadas as leis fundamentais, há grande margem de codificação (ex: os Códigos Civis são estaduais).

(22) Transcrito por SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 61. Caso Estados Unidos versus Departamento de Segurança Rodoviária de Ohio, 685, F. 2º 1.206.

conceda licença a veículos a motor que deixem de atender os padrões de poluição do ar estabelecidos nacionalmente. A decisão baseou-se no argumento de que "o interesse federal pelo controle da poluição do ar supera, de longe, qualquer interesse estadual em permitir que veículos que não satisficam aqueles padrões usem ruas e rodovias públicas".

No Brasil, ao contrário, as tentativas nesse setor são predominantemente locais, em virtude da pressão das respectivas comunidades. A nova Constituição, acertadamente, distribui as competências de combater a poluição aos três entes políticos: União, Estados-Membros e Municípios. O controle da poluição é também matéria da legislação concorrente.

O princípio da supremacia federal deve ser encarado, no Brasil, com grandes reservas. Afinal, se a nova Constituição ampliou os poderes dos Estados-Membros, concedendo-lhes a competência concorrente que antes não tinham e distribuindo-lhes novas tarefas e mais ampla capacidade tributária, não se poderá solucionar o conflito de competências legislativas aplicando o princípio da supremacia federal de forma absoluta, como ocorreu sob a égide da Constituição de 1969.

A Constituição de 1988 mudou o rumo, para maior descentralização. O princípio, agora, é de claro fortalecimento dos poderes dos Estados-Membros, em uma federação concebida como união de Estados coordenados pela União, mas não subordinados hierarquicamente, no que se conforma com a orientação tendencial do federalismo no mundo (23).

Como adverte ANNA CÂNDIDA CUNHA FERRAZ (24), "a cuidadosa distribuição de competências ao Constituinte Estadual deve ser acompanhada de mecanismos eficazes com vistas à preservação dos princípios fundamentais que definem o sistema plasmado na Constituição Federal".

A supremacia federal, no sistema da competência legislativa concorrente da Constituição de 1988, é especialmente delimitada. Não é superior, além dos limites das normas gerais, isto é, na definição dos pressupostos. Fixados estes, não pode adentrar-se no campo da competência estadual das normas específicas. Neste último caso, o conflito não se resolverá pela supremacia federal mas pela inconstitucionalidade.

A competência concorrente não é cumulativa. Definidos os limites, cada centro de poder político exerce sua competência com exclusividade e sem hierarquia.

(23) ANASTOPOULOS, Jean. (*Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979), após estudos comparativos de diversas federações, conclui: a) a transformação do federalismo contemporâneo é menos comandada pela lógica da centralização do que pelo desenvolvimento de um processo de coordenação; b) essa transformação não coloca em dúvida a eficácia dos fatores de descentralização. No mesmo sentido, DALLARI (*O Estado Federal*, cit., p. 69), lembrando que os diferentes centros de poder político não estão hierarquizados.

(24) *In Poder Constituinte do Estado-Membro*. S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 282.

6. Normas gerais: seus limites em relação à competência concorrente dos Estados-Membros. Legislação supletiva, complementar e suplementar

A nova Constituição brasileira atendeu a sugestão da doutrina, quanto ao modo mais eficiente de traçar a repartição da competência concorrente, atribuindo à União a competência para editar normas gerais e aos Estados-Membros, as normas específicas ⁽²⁵⁾ nas matérias comuns.

Foi a Constituição alemã de 1919, art. 10, a inspiradora de semelhante técnica.

Deixa-se aos Estados-Membros o vasto campo da legislação específica, delimitado pelos princípios e pressupostos das normas gerais.

As normas gerais, por seu turno, encerram uma faculdade, mas, também, uma limitação ⁽²⁶⁾ evidente: não podem ser exaustivas.

As normas gerais estabelecem princípios fundamentais. Não podem especificar situações que, por sua natureza, são campo reservado aos Estados-Membros. Estão contidas pela finalidade de coordenação e uniformização.

Transpostos esses limites, as normas gerais são inconstitucionais.

A Constituição foi clara quanto ao alcance da competência federal concorrente: "a competência da União *limitar-se-á* a estabelecer normas gerais". A expressa referência a limites não é vã.

A legislação concorrente dos Estados-Membros não tem caráter *supletivo*. As normas supletivas visam preencher lacunas, deficiências ou omissões, como previa a Constituição de 1934. Esclarece PONTES DE MIRANDA ⁽²⁷⁾ "que todas as leis têm lacunas, se considerarmos as que são preenchidas com elementos tirados da própria lei, ou dos princípios gerais em que ela imerge".

Não são, porém, desse tipo as lacunas que a legislação supletiva preenche. Mas, sim, de brancos deixados pelo legislador federal para preenchimento pelo legislador estadual. O legislador federal, nesse caso, é supremo em definir os limites.

Na competência concorrente, a legislação estadual é específica; move-se em campo próprio, não preenchendo lacunas.

(25) Esta era a proposta de HORTA, Raul Machado, in *Organização Constitucional do Federalismo*, *Revista de Informação Legislativa*, 87: 5-22, jul./set. 1985, p. 14.

(26) Cf. RAMOS, Edival da Silva. *Federação — Competência Legislativa*. *Revista de Direito Público*, 77: 126-130, jan./mar., 1986, p. 127.

(27) *Op. cit.*, p. 171.

Quando há normas gerais, a legislação estadual pode ser considerada *complementar*, prosseguindo onde ficaram as normas gerais.

Mas a Constituição de 1988 foi mais longe, quando estabeleceu que:

“Inexistindo lei federal sobre a matéria de competência concorrente, os Estados exercerão a competência legislativa suplementar para atender as suas peculiaridades.”

A legislação *suplementar* não equivale à *complementar*. Esta pressupõe a existência de outra geral. A *suplementar* pressupõe a inexistência de normas gerais e, portanto, suplementa, supre a ausência, sem limites de pressupostos, disciplinando toda a matéria.

A finalidade das normas gerais (fixação de pressupostos e harmonização) define seus limites intrínsecos.

A legislação estadual com elas se chocará se excluir, reduzir ou aumentar indevidamente pressupostos ou requisitos ou quando considerar suficiente o que nelas não for. Os pressupostos apenas poderão ser modificados pela legislação estadual, se houver previsão facultativa nas normas gerais.

7. *Competência comum e competência concorrente*

A Constituição de 1988, ao lado da competência concorrente, introduz a competência comum da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não se trata de competência legislativa *tout court*.

Dirige-se a Constituição, nessa parte, essencialmente, aos Poderes Executivos e Administrativos, inclusive à atividade regulamentar.

Em uma (competência concorrente), a tarefa é “legislar sobre”; em outra (competência comum), a tarefa é executar os encargos e objetivos comuns, sem limites específicos, preferencialmente de forma cooperativa.

Assim, tomando-se o exemplo do meio ambiente:

a) na competência concorrente, compete à União e aos Estados-Membros legislarem sobre “proteção do meio ambiente e controle da população”;

b) na competência comum, todos os entes devem “proteger o meio ambiente e combater a poluição”. Note-se o tempo imperativo dos verbos. É um comando à ação permanente.

Na competência comum ocorre uma descentralização de encargos em matéria de grande relevância social, que não podem ser prejudicadas por questões de limites e espaços de competência.

Na competência comum não pode prevalecer a supremacia de qualquer poder. O que determina a Constituição é o esforço cooperativo, sem hierarquia:

“Lei complementar fixará normas para a cooperação entre as pessoas político-administrativas, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar, em âmbito nacional.”

Essa lei complementar é distinta das normas gerais da competência concorrente, pois é materialmente constitucional, dirigindo-se, inclusive, à União. Não tem a textura das normas gerais da competência concorrente, como campo de atuação legislativa da União.

8. As hipóteses constitucionais de competência concorrente

Os Estados-Membros não ficam adstritos à edição das normas gerais, pela União.

Poderão legislar, independentemente da inexistência de normas gerais, sobre todas as matérias de competência concorrente.

O advento de normas gerais implicará na imediata revogação da legislação estadual que com elas seja incompatível ou cumulativa. Não é hipótese, contudo, da aplicação da regra *lex posterior derogat priori*, ou de inconstitucionalidade, mas de simples revogação, pelo caráter necessariamente secundário e transitório da regra suplementar que fixou seus próprios pressupostos, mercê da inexistência das normas gerais. O Estado-Membro era competente para legislar integralmente sobre a matéria, não tendo havido exorbitância. Mas o exercício do poder específico da União (normas gerais), ao estabelecer os novos pressupostos, redefine os limites de cada qual, sendo, nesse ponto, preponderante.

São, ao todo, dezesseis itens, em amplo espectro, absorvendo, inclusive, as matérias que a Constituição de 1969 atribuiu à competência da União.

Os Estados-Membros poderão editar legislações específicas, inclusive Códigos, observadas as normas gerais (a exemplo das “leis fundamentais” de outras federações), sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico, urbanístico, processual de pequenas causas e previdenciário.

Sobre o direito do menor (e parcialmente de direito de família) poderá editar normas de proteção à infância e à juventude, não se resumindo ao menor em situação irregular. É inovação que muito contribuirá para efetivação dos direitos da criança.

Não é exagero dizer que o núcleo da Constituição no mundo contemporâneo deslocou-se da organização do Estado (e até mesmo dos direitos fundamentais) para a ordem econômica e social. A atribuição de competência concorrente aos Estados-Membros sobre direito econômico e urbanístico (que envolve a problemática da ecologia e do meio ambiente) constitui substancial divisão de poderes.

Quanto ao direito penitenciário, não se limita a regimes penitenciários, como previa a Constituição de 1969. Os conceitos de desvio, delitos e penas têm sido repensados, havendo estudos que indicam a total abolição das penas⁽²⁸⁾. A diversidade de legislações estaduais poderá contribuir para um equilíbrio mais adequado entre aumento da violência e pena.

No que respeita aos novos direitos coletivos (ou interesses difusos) destaque especial deve ser dado às proteções do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio histórico, artístico, cultural, paisagístico e turístico. São questões que interessam, acima de tudo, às comunidades locais, com maior probabilidade de participação e solução dos problemas, tendo o legislador mais próximo. A competência não se resume às medidas de proteção, mas à importante atribuição de responsabilidade por dano a esses bens sociais.

Sob a égide da Constituição de 1891 alguns Estados-Membros chegaram a editar Códigos de processo. Agora, a nova Constituição retoma um pouco dessa competência, permitindo a legislação concorrente sobre direito processual relativo às pequenas causas e a procedimentos. Cresce a convicção que os procedimentos excessivamente formais e burocráticos são a causa maior da crise do Judiciário. Maior flexibilidade nos procedimentos poderá ampliar o acesso da população à prestação jurisdicional. A manutenção dos atuais Códigos de processo nacionais será um obstáculo: poderão ser entendidos como "normas gerais", quanto aos procedimentos, inibindo a iniciativa dos Estados, embora não proibindo sua criatividade, nessa matéria. Afinal, o que não for entendido como pressupostos, requisitos essenciais, poderão ser alterados pelos Estados-Membros, no âmbito do que se constituam normas especiais, não prevalecendo as normas antigas.

Quanto à educação, à cultura e aos esportes, a lei federal não mais poderá ser exaustiva, como é hoje, pois ultrapassará os limites das "normas gerais".

A Previdência Social não se restringe aos servidores dos Estados-Membros. A disposição constitucional é genérica.

A proteção e a defesa da saúde sofreu uma interpretação largamente restritiva do Supremo Tribunal Federal. São conhecidas suas decisões declarando inconstitucionais, por exemplo, as legislações dos Estados-Membros

(28) Cf. SCHEERER, Sebastian. *Towards Abolitionism*, Contemporary Crisis 10: 5-20, 1986 (Dordrecht-Netherlands).

que pretenderam controlar o uso de agrotóxicos, que tantos danos têm causado aos territórios e à população dos Estados-Membros. Essa matéria, de profundos reflexos no meio ambiente, foi considerada vinculada à proteção à saúde, cuja competência legislativa a Constituição de 1969 atribuiu à União, cabendo aos Estados-Membros as normas supletivas. Esse entendimento não pode mais prevalecer, tendo em vista a natureza da competência concorrente, incompatível com a legislação supletiva.

9. Conclusões

A introdução da competência concorrente na Constituição de 1988 representa um passo importante para o fortalecimento de um federalismo de equilíbrio, no Brasil.

O modelo clássico do federalismo dual sofreu profundas transformações, inclusive nos Estados Unidos. O modelo dos poderes reservados — criação genial dos federalistas americanos para superarem as resistências das ex-Colônias a um Governo central — perdeu, ao longo da história, sua importância fundamental, tendo fenecido sua função de chave da distribuição das competências, em especial por dois motivos:

I) a doutrina dos poderes implícitos, a partir da decisão da Suprema Corte, em 1819;

II) a doutrina da supremacia federal, consolidada em decisões da Suprema Corte que validaram a legislação do New Deal, desde 1933.

O sistema de subvenções, implicando no controle indireto da União sobre os Estados-Membros, nos Estados Unidos, levou à concepção de um novo federalismo desigual, denominado de "cooperativo".

O federalismo em sua pátria de origem (os Estados Unidos) tomou rumo crescente de centralização política, com grande desnível de distribuição de competência legislativa, em prejuízo dos Estados-Membros.

No Brasil, a evolução foi diversa: a federação representou a autonomia dos Estados-Membros (ex-Províncias), no rumo da descentralização política. A Constituição de 1988 reencontra essa tendência, interrompida nos momentos de centralismo autoritário que agitaram a vida republicana. Por essa razão, o modelo das competências reservadas não deu certo, servindo para aguçá-la limitação da competência estadual. No Brasil não houve e não há delegação de poderes dos Estados à União, reservando-se os demais. A delegação a ambos centros de poder é ato do Poder Constituinte, como representação do povo o que dá origem à repartição das competências.

A legislação concorrente representa um terceiro nível de competência não experimentado, no Brasil, até à Constituição de 1988. A União continua

com os poderes enumerados (e implícitos), os Estados-Membros com os poderes não enumerados (ou reservados) e ambos os lados passam a ter uma área comum, onde legislarão concorrentemente, segundo critérios delimitados: a União edita normas gerais, não exaustivas, e os Estados-Membros editam as normas específicas (complementares ou suplementares).

A solução brasileira está a meio caminho entre o federalismo atual americano (a) poderes reservados dos Estados-Membros limitados pela supremacia legislativa federal e (b) poderes enumerados e implícitos da União) e o federalismo da Índia, cuja Constituição prevê três listas de poderes (ou competências) enumerados: a lista federal, a lista estadual e a lista concorrente.

A eficácia do sistema dependerá da interpretação construtiva do Supremo Tribunal Federal, como árbitro constitucional do federalismo, especialmente no que concerne às limitações de forma e conteúdo das normas gerais da União, que não podem ser exaustivas e devem atender à finalidade de harmonização e de fixação de pressupostos. A competência legislativa dos Estados-Membros não é supletiva (preenchendo brancos que o legislador federal lhes facultou), porém própria e exclusiva no seu âmbito, respeitados os pressupostos gerais e os princípios da Constituição.

A competência concorrente, de função legislativa, não se confunde com a competência comum, caracterizada pelo comando constitucional à atuação cooperativa de todos os entes político-administrativos com relação às matérias enumeradas. É competência de execução e não legislativa "tout court".

Como palavra final, fica a expectativa de que o federalismo cumpra seu destino contemporâneo de contribuir para o fortalecimento da democracia participativa e da cidadania.

BIBLIOGRAFIA

- ANASTOPOULOS, Jean. *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*. Paris, L.G. D. J. 1979.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, A-Z Editores, 1982.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo, R. dos Tribunais, 1985.
- BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*. Rio de Janeiro, T.C.L.T., 1902.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federativa Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1932.

- BRASIL. Assembléa Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil* (redação aprovada no 2º Turno). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.
- . *Constituições do Brasil*. Brasília, Senado Federal., 1986.
- DALLARI, Dalmo. *O Estado Federal*. São Paulo, Ática, 1986.
- . *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1976.
- EUA. *Declaração de Independência — Constituição dos EUA*. Brasília, Embaixada dos EUA, S/data.
- FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1979.
- FOX, Eleonor. *Federalism, Extraterritoriality and Economic Regulation*. Texto de aula, 1988.
- HAMILTON. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- HAZARD, John. *Federalism and Development of Legal Systems*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo, Ed. Mestre Jou, 1968.
- HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. *Revista de Informação Legislativa*, 87: 5-22, jul./set., 1985.
- KARST, Kenneth L. *Out of Many, One: The Judiciary and the Harmonization of Law in the United States*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- KHAN, Rahmatullah. *Harmonization of Law in the Indian Federation*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- LECWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 1970.
- MADISON. *El Federalista*. Trad. de Gustavo R. Velasco. México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- MIRANDA, Jorge (Org.). *Constituição de Diversos Países* (2 volumes). Lisboa. Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1986.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo II, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1970.
- RAMOS, Elival da Silva. *Federação — Competência Legislativa*. *Revista de Direito Público*, 77: 126-130, jan./mar., 1986.
- SCHAEERER, Sebastian. *Towards Abolitionism*. *Contemporary Crisis* 10: 5-20, 1986 (Netherlands).
- TCHIKVADZE, V. M. *Soviet Federalism and the Development of the Legal System in the USSR*. Bruxelles, Bruylant, 1971.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Democracie en Amérique*. Paris, L. de Médicis, 1951, vol. I.
- VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro — Reforma das Instituições Nacionais*. Rio, Garnier, 1902.
- SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Trad. de Elcio Cerqueira. Rio, Forense Univ., 1984.
- URSS. *Constituição (Lei Fundamental)*. Moscou, Ed. Progresso, 1981.
- ZWEIGERT, Konrad. *Federalism in West Germany*. Bruxelles, Bruylant, 1971.