ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

PODER CONSTITUINTE SUBNACIONAL: MITO OU REALIDADE?

SUBNATIONAL CONSTITUENT POWER: MYTH OR REALITY?

José Adércio Leite Sampaio*

RESUMO: A autonomia constitucional das unidades subnacionais, caracterizada pela competência de elaborarem a própria Constituição, é comumente definida como um dos elementos centrais do Estado federal. A análise das diversas federações existentes atualmente revela que nem todas reconhecem essa competência subnacional ou o fazem com diversas limitações. Mesmo nos sistemas federais que a reconhecem sem estabelecerem muitos condicionamentos, o seu exercício ainda é relativamente tímido. Há sinais promissores de reversão desse quadro, com o desenvolvimento do chamado "constitucionalismo subnacional". Ainda é cedo, porém, para se concluir que a autonomia constitucional das unidades subnacionais é, de fato, um elemento que faz diferença embora na definição do Estado federal.
Palavras-chave: Estado federal. Poder constituinte subnacional. Constitucionalismo subnacional.

Abstract: Constitutional autonomy of subnational units, characterized by the competence to elaborate their own Constitution, is commonly defined as one of the central elements of the federal State. The analysis of the various federations that exist today reveals that not all of them recognize this subnational competence or do so with several limitations. Even in federal systems that recognize it without setting too many constraints, its exercise is still relatively timid. There are promising signs of reversion of this issue, with development of the so-called "subnational constitutionalism" It is still early, however, to conclude that the constitutional autonomy of subnational units is, in fact, an element that makes a difference in the definition of the federal state.

* Pós-doutor pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República. Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil.

Keywords: Federal state; Subnational constituent power; subnational constitutionalism.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PODER CONSTITUINTE DAS UNIDADES SUBNACIONAIS; 3 A DEFINIÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL; 4 LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE SUBNACIONAL E SUAS RAZÕES; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na literatura constitucional, é corrente a ideia de que um dos principais elementos que caracterizam os Estados federais é a competência que as unidades subnacionais detêm para elaborar a sua própria Constituição. Tratar-se-ia de um "poder constituinte" em sua natureza, a caracterizar a capacidade de auto-organização ou de autoconstituição daquelas unidades (CALMON, 1954, p. 60; BADÍA, 1976, p. 31; BASTOS, 1989, p. 272; SILVA, 2004, p. 591; HORTA, 2010, p. 297). Há quem discorde da definição da autonomia constitucional e, portanto, da natureza constituinte da competência, em virtude de ter sua origem e um número significativo de limites na Constituição federal (LUCATELLO,1955, p.145-146; BASTOS, 1989, p. 272). Em não sendo constituinte propriamente esse poder, tampouco seria Constituição o resultado de seu trabalho. Poder-se-ia, então, dizer que se trata de uma autonomia legislativa, não, porém, constitucional.

A discussão é, para muitos, importante, porque, dentre outras razões, auxilia à identificação da forma de Estado. Será federal o Estado, cujas unidades subnacionais, notadamente as de segundo nível, com os múltiplos nomes que recebem (Estado, Província, Região, Cantão, República), detiverem a competência de auto-organização constitucional (BADÍA, 1976, p. 54-55). Se não a tiverem, ainda que dotadas de competências legislativas constitucionalmente previstas, como é o caso espanhol, serão Estados unitários descentralizados (MARSHFIELD,

2011, p. 1164)[1] ou formas intermediárias entre Estado unitário e Estado federal (BADÍA, 1976, p. 53; CASTELLS, 2004, p. 177), em processo de federalização (MORENO, 2004) ou, ainda, uma "quase federação" (TARR, 2011, p. 1137)[2]. Assumida a descaracterização da autonomia constitucional, reduzida à autonomia legislativa, perde-se o critério distintivo. (LUCATELLO, 1955, p. 142; PRÉLOT, 1972, p. 232).

Se, ao contrário, cerrarem-se fileiras com o pensamento majoritário, na certeza da existência de uma capacidade de auto-organização subnacional, impõe-se o desafio de investigar como essa capacidade está prevista nas Constituições federais e, sobretudo, como ela é exercida. Pode-se bem haver um "constitucionalismo subnacional" (GARDNER, 2007, DINAN, 2008; MARSHFIELD, 2011), também chamado de "subconstitucionalismo" (GINSBURG; POSNER, 2010), muito bem desenvolvido e capaz de fortalecer os argumentos da maioria. Ou se pode chegar à conclusão de que se trata de um poder meramente formal e de pouca relevância prática, o que os infirma.

O presente trabalho se destina, por isso mesmo, a examinar como essa competência está prevista nos diversos textos constitucionais dos Estados autoproclamados federais e como ela se organiza e se exerce, de modo a saber se é, de fato, um elemento material e central do autogoverno das unidades subnacionais. Procura-se avaliar, de modo comparativo e sob uma revisão bibliográfica cuidadosa, as "experiências constituintes" das unidades subnacionais em diversos Estados federais. Principia-se com a definição de "poder constituinte" subnacional e do "constitucionalismo subnacional" para, em seguida, abordar os espaços de inovação deixados aos "constituintes subnacionais" nos diversos

[1] Situações como a espanhola dariam origem a um "constitucionalismo subnacional" não genuíno ou puro (MARSHFIELD, 2011, p. 1164).

[2] Há, por outro lado, quem advogue a natureza federal do Estado espanhol (AJA FERNÁNDEZ, 2006, p. 4285-4286).

Estados autoproclamados federais[3]. Pode-se antecipar que alguns conceitos arraigados na Dogmática constitucional brasileira podem ser postos em dúvida pela prática constitucional de muitos sistemas federais.

2 PODER CONSTITUINTE DAS UNIDADES SUBNACIONAIS

A autonomia das unidades subnacionais é um dos elementos centrais de definição do Estado federal (ELAZAR, 1991, p. xv; STEPAN, 1998; FERREIRA FILHO, 2006, p. 52; HORTA, 2010, p. 329-330). Para muitos autores, essa autonomia tem na competência de elaboração da própria Constituição subnacional um de seus aspectos mais importantes (CALMON, 1954, p. 60; BADÍA, 1976, p. 31; BASTOS, 1989, p. 272; SILVA, 2004, p. 591; HORTA, 2010, p. 297). Em geral, essa autonomia diferencia o Estado federal de outras formas de Estado descentralizado, notadamente o autonômico espanhol[4]. Embora haja o reconhecimento constitucional de competências legislativas e administrativas das unidades subnacionais na Espanha, o estatuto político, no entanto, sujeita-se a um controle pelo Legislativo central,

[3] Com base no texto literal das Constituições, autoproclamam-se federais São autoproclamados federais em suas respectivas Constituições África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Canadá, Comores, Emirados Árabes Unidos, Estados Unidos, Etiópia, Índia, Iraque, Malásia, México, Nepal, Nigéria, Paquistão, Rússia, Sudão, Sudão do Sul, Suíça e Venezuela. Trata-se de um corte metodológico. Sobre o catálogo de federações e suas variações. Cf. Elazar (1991), Marshfield (2011) e Tarr (2011).

[4] Houve uma mudança no Estado regional italiano com aprovação das leis constitucionais nº 1/1999 e 2/2001. O Conselho Regional, órgão legislativo da Região, aprova e modifica o estatuto regional por meio do voto da maioria absoluta de seus membros, em dois turnos com intervalo não inferior a dois meses. Caso o Governo da República não concorde com o dispositivo, pode promover a questão da legitimidade constitucional perante a Corte Constitucional (art. 123.1 e 2). O argumento contrário à forma federal italiana é encontrado na literalidade do art. 5º, que define a Itália como um Estado uno e indivisível. A jurisprudência do Tribunal Constitucional permanece na linha de que não há um Estado federal na Itália (ITÁLIA, 2007). Cf. Delledone e Martinico 2009).

conforme dispõe o art. 146 da Constituição. Diferentemente, a autonomia da unidade subnacional no Estado federal dispensa esse controle ratificatório (PRÉLOT, 1972, p. 235 ss, 252; BADÍA, 1976; FAVOREU, 2006, p. 433).

Parte dos estudiosos, porém, não enxerga nessa autonomia nada além de uma capacidade de autolegislação. Poder constituinte não seria, em virtude da sua natureza jurídica e limitada, atribuída pela Constituição federal. Tampouco se poderia falar, com propriedade, de "Constituição subnacional" (DUGUIT, 1923, p. 118 ss; LUCATELLO,1955, p.145-146; VERDÚ, 1986, p. 388 ss; BASTOS, 1989, p. 272). Não seria, por esse critério, que se distinguiria a Federação de outras formas de Estado descentralizado. Há, porém, argumentos que procuram combater a desnaturação da competência, a afirmar-se que mesmo o chamado "constituinte originário" está sujeito a condicionamentos (CANOTILHO, 2000, p. 75-76; SAMPAIO, 2013, p. 253 ss). As limitações impostas pela Constituição federal não seriam, portanto, capazes de retirar o caráter "constituinte" desse poder, ainda mais se for considerado que se trata de um resíduo do "constituinte originário" e de uma "ideia de direito federativo", que se projetam como elementos estruturantes da federação, de modo a instituir a ordem jurídica subnacional (JELLINEK, 1913, p. 166; CARRÉ DE MALBERG, 1920, p. 160 ss; BURDEAU, 1949, p. 447 ss; VIAMONTE, 1957, p. 359; FERRAZ, 1979, p. 61).

No Brasil, a competência subnacional para elaboração da própria Constituição é, majoritariamente, reconhecida como "constituinte", um "poder decorrente" (FERREIRA FILHO, 2006, p. 28), "secundário" ou "de segundo grau" (FERRAZ, 1979, p. 130; SILVA, 2004, p. 591), a considerar-se a Constituição federal como matriz. Em sendo constituinte, o seu produto será uma Constituição, do que pode derivar um "constitucionalismo subnacional" (GARDNER, 2007; DINAN, 2008; MARSHFIELD, 2011) ou um

"subconstitucionalismo" (GINSBURG; POSNER, 2010). Se o poder constituinte estadual ou decorrente é a competência de as unidades subnacionais, dentro dos esquadros traçados pela Constituição federal, elaborarem suas próprias Constituições, o constitucionalismo subnacional é o plexo de normas, formais e não escritas, que definem e protegem as competências dessas unidades para organizarem e limitarem o poder político que lhes fora reservado pela federação, inclusive por meio de uma declaração de direitos (MARSHFIELD, 2011, p. 1153). O "constitucionalismo subnacional" tem despertado intensos debates nos últimos anos.

3 A DEFINIÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL

O constitucionalismo subnacional concebe as Constituições estaduais, provinciais, cantonais ou regionais, subnacionais, enfim, como cartas de auto-organização adotadas, de modo expresso ou implícito, pelas populações subnacionais com o objetivo de alcançar a boa vida, ordenando o poder governamental subnacional e protegendo as liberdades das pessoas que habitam o território subnacional (GARDNER, 2007, p. 3). Seriam (ou deveriam ser) resultado das peculiaridades históricas, filosóficas e existenciais dessas pessoas, o que importaria respeitar o que de comum existe entre todos os demais integrantes da federação, sem, todavia, desconsiderar os valores, costumes e tradições que caracterizam cada uma das unidades subnacionais. Um arranjo entre pluralidade e unidade, de povos subnacionais que são também partes do povo nacional, que, idealmente, há de garantir as identidades parcelares em meio à identidade nacional (GARDNER, 2007, p. 4-5).[5]

[5] Essa ideia de que a Constituição subnacional deve refletir, em suas normas e práticas, as peculiaridades locais foi enfatizada pela Suprema Corte do Texas, numa decisão de 1992, ao afirmar que a Constituição do Texas refletiria os valores, os costumes e as tradições do povo

Todavia, a existência de Constituição formal das unidades subnacionais não é condição necessária para definição do Estado federal. Pelo menos, não está presente em Estados como o Canadá ou a Índia, exceto em uma só das unidades subnacionais de cada um desses países (WISEMAN, 1996). Será, entretanto que, com ou sem uma Constituição escrita própria, é necessário à definição do Estado federal que as unidades subnacionais sigam a ideologia do constitucionalismo, com a seu apego à separação de poderes e direitos fundamentais? Para alguns comentadores, não, pois inexistiria relação obrigatória entre federalismo e constitucionalismo (WEILER, 2001), tanto quanto se poderia dissociar Constituição e constitucionalismo (WALDRON, 2009).

Estados podem ter uma Constituição sem, todavia, assegurar adequadamente separação de poderes e garantia de direitos (OKOTH-OGENDO, 1993; SHAHID, 2015) ou fazê-lo de modo meramente semântico, sem pretensão de efetivá-las (SARTORI, 1962, p. 861; LOEWENSTEIN, 1976, p. 218)[6]. Assim também poderia haver Constituições formais subnacionais que apenas institucionalizariam uma subordinação administrativa ao governo central, compondo uma espécie de "federalismo executivo" com alto índice de centralização política, sem deixar espaço para a criatividade subnacional e, consequentemente, para

texano, havendo, portanto, de ser interpretada de acordo com as "experiências e filosofias" dos fundadores do Estado, cujas crenças sobre o autogoverno foram moldadas, diferentemente do resto dos Estados Unidos, por "anos de experiência robusta na fronteira".: *Davenport v. Garcia,*. 1992. Parte da doutrina, no entanto, duvida que as Constituições subnacionais contemporâneas expressem ou reflitam identidades subnacionais distintas (GARDNER, 2007, p. 11).

[6] Seria o caso, por exemplo, da China (ZHANG, 2010). No Iraque, nos Emirados Árabes Unidos, na Malásia, no Sudão, no Sudão do Sul, no Paquistão, na Nigéria e na Malásia, a instabilidade política ou a presença de um regime forte explicariam um federalismo mais nominal. Cf. Al-Istrabadi, (2008), Marshfield (2008), Tarr (2008) e Shahid (2015).

o desenvolvimento de um constitucionalismo local, como sucederia na Áustria (ERK, 2004, p. 1).[7]

É preciso matizar um pouco o que se disse no parágrafo anterior. Afora o constitucionalismo de fachada, para usar a expressão de Sartori (SARTORI, 1962, p. 861), toda unidade federada possui uma Constituição, ainda que em sentido material ou tomando-se o texto federal como "default". É de pressupor-se que siga, em maior ou menor grau, o ideário do constitucionalismo (DUCHACEK, 1988; WISEMAN, 1996). O federalismo, aliás, desenvolve um dos pilares do constitucionalismo, pois nada mais é que a projeção vertical da separação de poderes (LENAERTS, 1990, p. 205; FAVOREU, 2006, p. 391). Entende-se que as unidades subnacionais com sua autonomia e poderes seriam garantias adicionais a seus cidadãos contra os abusos do governo nacional, assim como a existência de um governo nacional haveria de afastar eventuais ultrajes às liberdades por parte dos governos subnacionais (GARDNER, 2007, p. 11). Essa é uma ideia recorrente nos Estados Unidos, pelo menos, desde Madison (1961[1788], p. 294) e, sobretudo, Hamilton (1961[1788], p. 180-181).

Os sistemas federais se dividem entre os que obrigam,[8] os que permitem e os que vedam a adoção de um texto constitucional pelas entidades subnacionais. No primeiro grupo, estão a Alemanha (art. 28(1)), a Argentina (arts. 5 e 123), a Austrália (sec. 106), a Áustria (art. 99 (1)), o Brasil (art. 25), os Estados Unidos (art. IV, § 3, cl. 1), a Etiópia (art. 52(2)(b)), o Iraque (art. 116), o México (arts. 115(1(2)),

[7] As relações políticas intergovernamentais estariam a aumentar a autoconfiança dos *Länder* e o desenvolvimento de sua autonomia, embora também reconheça que ainda é incipiente (KARLHOFER, 2015).

[8] Pode parecer um contrassenso que a Constituição federal obrigue a adoção de uma Constituição subnacional. No caso brasileiro, o art. 11 do ADCT não deixa dúvidas. Nos demais, o trabalho ateve-se à dicção constitucional. Os textos consultados empregavam o verbo "debem", quando em espanhol, ou "shall", em inglês. Note-se, porém, que outros autores falam apenas em "permissão" (MARSHFIELD, 2011, p. 1161).

116 (VIII) e (IX), *v.g.*), a Suíça (art. 51(1)), o Sudão (art. 178(1)), o Sudão do Sul (art. 164(1)) e a Venezuela (art. 164(1)). No segundo, a África do Sul (§ 142), a Bósnia-Herzegovina (art. III(2)(a)), o Canadá (secs. 58-90; Const. 1867, e sec. 45, CA 1982), a Malásia (art. 71)[9] e, de certo modo, a Rússia (art. 66(1). No último grupo, encontram-se Comores, os Emirados Árabes Unidos, Nepal, Paquistão[10], a Índia, com exceção da Caxemira, (Secs. 3, 168-212) e a Nigéria (ELAZAR, 1982, p. 9, 178).

Em rápida mirada nos sistemas federais, pode-se identificar que todas as unidades subnacionais (estados, províncias ou regiões) da Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Estados Unidos, Etiópia[11], Malásia, México, Suíça e Venezuela têm suas próprias Constituições (WATTS, 1999, p. 12 ss; GARDNER, 2007, p. 1). Na África do Sul, na Índia e no Canadá, apenas uma Província possui uma Constituição escrita: Cabo Ocidental, Caxemira e Colúmbia Britânica, respectivamente (WISEMAN, 1996, p. 269; WATTS, 1999, p. 12-13; GARDNER, 2007, p. 1; MARSHFIELD, 2008, p. 598).[12] A complicada estrutura federal da Rússia envolve seis tipos diferentes de unidades subnacionais. Apenas algumas delas (as Repúblicas e Oblasts) têm poder para adotar Constituições subnacionais (WILLIAMS; TARR, 2004, p.6).

[9] A Constituição belga não trata diretamente do poder das comunidades, deferindo-a à regulação da lei federal, com exclusão das comunidades germanofônicas e a de Bruxelas. As comunidades e regiões não possuem ou possuem apenas embrionariamente o poder constituinte decorrente. Apenas Flandres demanda um poder maior nesses domínios (SAMPAIO, 2002, p. 570; POPELIER, 2012). A da Bósnia-Herzegovina é dúbia a respeito do dever ou faculdade constituinte.

[10] A predominância de um regime autoritário na história do Paquistão inibe a criatividade provincial (SHAHID, 2015).

[11] A definição da Etiópia como Estado federal não angaria consenso. Em sentido afirmativo (MORTON, 2004). Em sentido negativo (HUEGLIN; FENNA, 2006, p. 56 ss).

[12] As Províncias canadenses, à exceção da Colúmbia Britânica, governam-se por meio de Constituições não escritas, seguindo a tradição britânica (WISEMAN, 1996, p. 269). A província de KZN teve sua Constituição rejeitada pela Corte Constitucional da África do Sul (MARSHFIELD, 2008).

Nota-se que, na maioria dos Estados, a existência de Constituições subnacionais escritas é a regra. Mas haverá por elas, com ou sem uma Constituição escrita, a adoção do constitucionalismo? A resposta é: depende.

Para que se possa falar em constitucionalismo subnacional é preciso, portanto, que: (a) as unidades subnacionais possuam autonomia e competência, pelo menos, para o exercício de autogoverno e garantia de direitos, ainda que haja o preestabelecimento das estruturas de governo e dos direitos na Constituição federal; (b) as normas constitucionais devam gozar de superioridade e algum nível de rigidez em relação às demais fontes jurídicas subnacionais; e (c) as Constituições subnacionais devem ter o apoio das respectivas comunidades subnacionais (MARSHFIELD, 2011, p. 1158). Essas notas diferenciam um constitucionalismo subnacional "genuíno" ou "normativo de outro meramente nominal ou semântico.

A segunda exigência parece mais bem ajustada às Constituições subnacionais escritas e formais, mas, quando não existentes, o modelo federal serve de parâmetro ou "default", como prevê expressamente a Constituição da África do Sul (§§ 104-141). Os mecanismos aplicados para estabelecimento da rigidez variam de um para outro Estado federal. Nalguns, estão previstos no texto federal; noutros, são deixados para a própria Constituição subnacional definir. No primeiro caso, estão a África do Sul e Áustria: as respectivas Constituições federais preveem o quórum qualificado para aprovação de uma emenda ou aprovação de uma lei constitucional subnacional[13]. No segundo, os Estados Unidos são o grande exemplo. A Suprema Corte do país insere no âmbito do

[13] Na África do Sul: maioria de dois terços da legislatura provincial (§ 142). Na Áustria: metade dos membros do Parlamento do Estado e com a maioria dos dois terços dos votos emitidos (art. 99(2)) (DINAN, 2008, p. 846).

autogoverno estadual a competência para distribuição adequada dos poderes e demais arranjos institucionais (ESTADOS UNIDOS, 1957)[14].

Os Estados federais que permitem as unidades subnacionais a adotarem suas próprias Constituições tendem a acomodar diversos centros de poder distribuídos territorialmente e ampliar o compromisso político com a unidade nacional. Essa acomodação e compromisso podem mostrar-se particularmente valiosos em Estados que saíram de crise institucionais mais agudas ou de regimes de exceção, pois servem para neutralizar, pela sua institucionalização, conflitos políticos residuais e integrar grupos ou facções marginalizados (MARSHFIELD, 2008, p. 590).

4 LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE SUBNACIONAL E SUAS RAZÕES

Como visto, é a Constituição federal que define o espaço de liberdade ou de inovação para o constituinte subnacional (WATTS, 1999, p. 13; WILLIAMS; TARR, 2004, p. 5). Em alguns sistemas federais, a Constituição federal estabelece de modo exauriente (ou quase) as instituições de governo e os processos políticos para as unidades subnacionais, fornecendo assim a arquitetura constitucional para todas unidades federativas, ou delegam ao legislador federal fazê-lo, de modo a reduzir a criatividade do constituinte estadual. Noutros, a Constituição federal é um "parâmetro incompleto", um "documento-quadro" da organização dos poderes subnacionais, pois não antecipa todos os processos e arranjos constitucionais daqueles poderes (LUTZ, 1980, p. 101-102). Apenas lança balizas ou prescrições, no mais das vezes, genéricas da estrutura organizacional que devem ser desenvolvidas pelas

[14]Os tribunais federais consideram-se incompetentes para fiscalizar a constitucionalidade das normas primárias e emendas, a elas, feitas, o que tem atraído críticas de parcela significativa da doutrina (CHEMERISNKY, 1994, p. 880; MARSHFIELD, 2011, p. 1162).

Constituições subnacionais (TARR, 2011, p. 1133; MARSHFIELD, 2011, p. 1160-1161). Entre os dois extremos, há graduações importantes. O grau de liberdade do constituinte subnacional pode ser o mesmo para todas unidades, no caso dos Estados federais simétricos como Brasil e Estados Unidos, ou variar de umas para as outras, naqueles assimétricos como a Malásia[15].

Há diversos fatores que influenciam essas diferenças, uns mais relevantes que outros. Os autores preferem falar em "tendências" ou "efeitos esperados" de certos aspectos históricos, sociológicos e políticos que podem moldar o constitucionalismo subnacional. (TARR, 2011, p. 1135 ss). A forma como os Estados federais são formados é um deles. Quando preexistem Estados soberanos à formação do Estado federal, a tendência é de a Constituição federal deixar um espaço mais ou menos amplo para o constituinte subnacional (TARR, 2011, p. 1135-1136). Os Estados Unidos são o grande exemplo. Uma das poucas limitações impostas pela Constituição estadunidense ao constituinte estadual é a garantia da forma republicana de governo, prevista no artigo IV, § 4 (ESTADOS UNIDOS, 1962). Reconhece-se também que os Estados devem respeitar as repartições de competências, o dever de respeito recíproco e os direitos individuais. Recentemente, também não se lhes reconheceu poder para criar novos casos de inelegibilidade para os candidatos a deputado e senador (ESTADOS UNIDOS, 1995)[16]. No mais, vigora um amplo espaço de criatividade constituinte (ESTADOS UNIDOS, 1991). A Austrália também deve ser lembrada por algumas peculiaridades que apresenta.

[15]Dentre outros aspectos, a Constituição da Malásia permite apenas que Sabah e Sarawak possam legislar sobre temas que são proibidos a outros Estados (art. 95B).

[16]De acordo com a Suprema Corte, o Congresso detém "the power to override state regulations" by establishing uniform rules for federal elections, binding on the States." Na verdade, esse entendimento já era antigo: "[T]he regulations made by Congress are paramount to those made by the State legislature; and if they conflict therewith, the latter, so far as the conflict extends, ceases to be operative." *Ex parte Siebold*, 100 US 37, 384 (1880).

As Constituições subnacionais precederam à Constituição da *Commonwealth* e são de natureza flexível (BLACKSHIELD; WILLIAMS, 2014, p. 426). Ainda, assim, entende-se que a superveniência do texto federal não impede o poder de tornar inválidas as normas constitucionais estaduais que contra ele atentarem (BLACKSHIELD; WILLIAMS, 2014, p. 426-427). E há uma série de limitações que são, por lá, reconhecidas ao constituinte decorrente, dentre elas, as vedações constitucionais expressas, como a proibição de tributar bens da *Commonwealth* (Sec. 114) e de onerar o comércio interestadual (Sec. 92), bem assim de discriminar os residentes em outros Estados (Sec. 117). Também estão fora da competência do constituinte subnacional as matérias que forem de competência exclusiva da *Commonwealth*, além de um indeterminado número de limitações constitucionais implícitas (BLACKSHIELD; WILLIAMS, 2014, p. 432)[17]. Embora tenha crescido o controle judicial sobre as competências subnacionais, de modo a garantir a supremacia da Constitucional federal, é relativamente desenvolvido o constitucionalismo subnacional (SAUNDERS, 1999, p. 26-27).

Ao contrário, as federações que resultam de "desagregação" de Estados unitários tendem a devolver somente as competências necessárias à constituição das unidades subnacionais, reduzindo o espaço criativo e inovador do constituinte decorrente. Essa é a explicação mais convincente para o pequeno ou mesmo inexistente âmbito de elaboração das Constituições subnacionais na África do Sul e na Índia (TARR, 2011). E para a baixa expressão do constitucionalismo subnacional no Brasil. Essa correlação de origem da federação e espaço do constituinte subnacional tem nuances, todavia. Na Alemanha, também formada por desagregação, são poucas as preordenações federais e não se impõe nenhuma condição especial às Constituições elaboradas pelos cinco

[17]Os parlamentos estaduais tampouco podem violar os direitos que estejam "profundamente enraizados" no sistema democrático ou na Common Law (AUSTRÁLIA, 2001).

Länder, integrantes da antiga Alemanha Oriental (QUINT, 1997, p. 9 ss). A Rússia, uma federação formada, *de facto*, por desagregação, também não estabeleceu expressamente princípios ordenadores do processo constituinte de suas oitenta e nove unidades subnacionais, deixando-o ao legislador federal. (TARR, 1999, p. 78). Na prática, como adiante se verá, confirmou a tendência centralizante, embora por razões mais relevantes que o mero processo de formação.

Há, também, uma tendência ou expectativa de essas limitações serem menores em Estados assimétricos (TARR, 2011, p. 1137), nos pluriétnicos com finalidade de acomodação dos diferentes grupos formadores da sociedade e nos territorialmente mais extensos[18]. Contrariamente, haveria uma tendência de ampliar as restrições constituintes nos Estados simétricos, nos socialmente mais homogêneos e naqueles com diversidade étnica e religiosa, cuja finalidade seja evitar a fragmentação e reforçar a identidade nacional, assim como em Estados menores e naqueles que buscaram no sistema federal um instrumento para maior eficiência administrativa como Alemanha e Áustria (TARR, 2011, p. 1138)[19].

Nem sempre essas tendências ou expectativas se confirmam. Há Estados assimétricos com pouca ou nenhuma expressão do poder constituinte subnacional, como no Canadá; enquanto outros, simétricos, quase não impõem restrições à Constituição subnacional. Os Estados Unidos, por exemplo. A finalidade de adoção do federalismo nos Estados plurais como critério de atribuição de poderes constituintes também merece temperamento. A Suíça, a Malásia, a Nigéria e a Bélgica viram na federação um meio de reconhecimento e acomodação da pluralidade

[18]As unidades constituintes receberiam um amplo espaço de inovação constitucional para permitir respostas locais adequadas a diversas condições que a extensão territorial criaria (TARR, 2011, p. 1138).

[19]A Áustria e a Alemanha teriam abraçado o federalismo como forma de promover a eficiência administrativa, atribuindo-se às unidades constituintes a responsabilidade primária de execução das leis e políticas federais(TARR, 2011, p. 1138).

social. Entretanto, nem a Bélgica nem Nigéria possuem Constituições subnacionais, enquanto, na Malásia, há um reduzido campo de liberdade constituinte (GARDNER, 2007; MARSHFIELD, 2008; POPELIER, 2012). Em compensação, na Suíça, ocorre o oposto. O reduzido número de limitações ao constituinte cantonal abriu espaço para diversas inovações e, ao mesmo tempo, diferenças significativas entre as Constituições dos Cantões. Algumas delas preveem direitos sociais, enquanto outras, não. A exceção fica por conta dos direitos individuais previstos nas normas federais que têm aplicação direta nos ordenamentos cantonais (TARR, 2011, p. 1157).

Os Estados federais plurirreligiosos e multiétnicos, instituídos para reforçar a unidade identitária nacional, como a África do Sul e a Índia, praticamente esvaziam a Constituição subnacional (TARR, 2011, p. 1158). Na África do Sul, existem apenas três competências constitucionais provinciais (MARSHFIELD, 2008, p. 591). Em primeiro lugar, a Constituição provincial pode incluir disposição que esteja no âmbito das competências legislativas da Província, tanto as de natureza concorrente (Programa 4), quanto as exclusivas (Programa 5)[20]. Trata-se de um poder implícito na Seção 143 da Constituição da África do Sul, que proíbe as Constituições provinciais de ampliar as competências substantivas das Províncias além das enumeradas na Seção 104 (ÁFRICA DO SUL, 1996, p. 31). Em segundo lugar, uma constituição provincial pode estabelecer "estruturas e procedimentos executivos e legislativos" que difiram das disposições padrão do texto federal (§ 143(1)(a)).

[20]O Programa 5 enumera 12 áreas de competência provincial exclusiva como a manutenção de estradas, registro de animais, serviços de limpeza pública, manutenção de parques e outras competências similares. Essas competências podem ser encampadas pelo governo federal, de acordo com a Secção 44 (2) da Constituição da África do Sul, quando forem necessárias para manter a segurança nacional, a unidade econômica e padrões nacionais essenciais; bem como para estabelecer padrões mínimos exigidos para a prestação de serviços; ou para evitar ações não razoáveis tomadas por uma Província que prejudiquem os interesses de outro Província ou do país como um todo.

Finalmente, as Constituições provinciais podem prever "a instituição, o papel, a autoridade e o status de um monarca tradicional" (§ 143(1)(b)). Esse pouco espaço de inovação constitucional desestimula o exercício do poder constituinte decorrente (MARSHFIELD, 2008, p. 595, 599). A Constituição do Cabo Ocidental basicamente repete a Constituição federal com uma só diferença: o número maior de assentos parlamentares provinciais, considerado válido pelo Tribunal Constitucional, apesar da discrepância com o previsto na Constituição federal (MARSHFIELD, 2008, p. 594). Na Índia, como visto, apenas Caxemira pode elaborar sua própria Constituição, ainda assim com fortes condicionamentos federais (GARDNER, 2007, p. 2).

A grande extensão territorial, se, nos Estados Unidos, pode ser associada a um poder constituinte estadual mais robusto; na Argentina, no Brasil e no México, não (MARVÁN, 1997, p. 151, 153 ss)[21]. Não se pode, porém, deixar de notar uma certa – ainda que tímida – iniciativa subnacional mais recentemente no primeiro e no último exemplos. Na Argentina, várias Constituições provinciais anteciparam inovações no domínio dos direitos fundamentais que foram incorporadas na Constituição nacional em 1994 (CARNOTA, 2016, p. 73). No México, várias Províncias aperfeiçoaram seu sistema de controle de constitucionalidade, de modo a facilitar o acesso à justiça, notadamente para proteção dos direitos fundamentais (CARNOTA, 2016, p. 78 ss).

A finalidade da eficiência, identificada com a adoção federativa da Alemanha e Áustria, em parte se confirma, embora, desde meados da década de 1980, tenha havido uma espécie de "descoberta" do constitucionalismo estadual. É certo que a Constituição austríaca deixa escassa liberdade ao constituinte estadual para a definição de instituições federadas, pois deve respeitar o parlamentarismo, estrutura administrativa, sistema eleitoral, direito de sufrágio, condições de

[21] Admite que haja algum espaço de criatividade para o constituinte estadual (ESTRADA, 2013).

elegibilidade e respeito ao monopólio jurisdicional do *Bund*[22]. Isso não impediu que os *Länder* austríacos revisassem suas Constituições para reforçar mecanismos de participação direta de seus cidadãos, bem como para estabelecer metas para a atividade estadual e para controle dos recursos públicos (BUßJÄGER, 2012; KARLHOFER, 2015).

A Lei Fundamental de Bonn, por sua vez, apenas restringe o constituinte estadual com aquelas disposições consideradas necessárias para assegurar uma certa homogeneidade federal (princípio da homogeneidade constitucional federal ou "Verfassungshomogenität von Bund und Ländern"),[23] deixando aos *Länder* um amplo espaço de organização de suas instituições fundamentais, a que a Corte Constitucional federal tem chamado de *Hausgut*. (VOGEL. 1996, p. 626). Esse espaço de liberdade levou os *Länder* a adotarem, originariamente ou por emendas, um texto constitucional razoavelmente diferente da Lei Fundamental e entre si, com um ponto em comum: a ampliação da possibilidade de uso dos referendos e da proteção aos direitos sociais (GUNLICKS, 1998; LORENZ; REUTTER, 2012).

De outro lado está a Rússia. A conjugação de grande espaço territorial, de plurietnia e multinacionalidades não impediu que se reduzisse de modo considerável a competência constituinte subnacional. É a lei federal ou, na sua inexistência, decreto presidencial que estabelece os princípios gerais de organização dos órgãos dirigentes das entidades federativas.[24] Some-se a isso a jurisprudência do Tribunal Constitucional

[22] Veja-se, por exemplo, o art. 95, vedando aos Estados o estabelecimento de condições de sufrágio e elegibilidade diferentes do que dispõe a Constituição federal (WILLIAMS, 1996, p. 339).

[23] Dentre as cláusulas de homogeneidade, reconhecidas pela Corte Constitucional federal, estão os princípios da igualdade (art. 3.1 a 3), da democracia (art. 20.2), da vinculação de todos os poderes públicos à lei e ao Direito (art. 20.3), da integração das normas gerais do Direito Internacional ao Direito federal, com aplicação imediata, e sua primazia sobre as leis (art. 25), o da divisão de poderes e a cláusula do Estado de Direito. *BverfGE* 1, 208 (232); 2, 307 (319); 2, 380 (403); 27, 44 (55); 66, 107 (114); 83, 60 (71) (VOGEL, 1996, p. 628).

[24] RÚSSIA. Corte Constitucional, sentença nº 1969/1994. *SzRF*, 1996, mencionada por Gazier (1999, p. 1378).

que inibe a criatividade dos constituintes subnacionais (WILLIAMS; TARR, 2004, p. 7-8).

As diferenças entre as Constituições subnacionais – e mesmo dessas em relação à federal – não são decorrência de um fator isoladamente. Há de se levar em conta sempre o contexto histórico em que foram elaboradas e, principalmente, a cultura política de cada povo (ELAZAR, 1991, p. 18 ss), associados, quando for o caso, a conflitos e distinções étnicas, religiosas e linguísticas entre elas (TARR, 2011, p. 1142-1143). A atuação das agremiações partidárias é um elemento, ao mesmo tempo, contextual e político, que é pouco analisado a esse respeito. Sua importância, porém, pode ser decisiva. Se o mesmo partido domina o governo federal e o as entidades subnacionais, pode-se esperar maior homogeneidade entre as Constituições. Se há diferenças, sobretudo, de ideologias, a diversidade tende a prevalecer.

Os Estados Unidos são de novo lembrados. O domínio de ala progressista do partido democrata (e mesmo republicano) na Califórnia levou a alterações constitucionais que procuraram distanciar-se da política mais conservadora dos republicanos no domínio federal (SPENCER C. JR, 1968). Assim também, as cortes supremas dos Estados adotaram uma jurisprudência muito mais arrojada em matéria de direitos do que a desenvolvida pela Suprema Corte do país a partir dos anos 1980 (FERCOT, 2008). Esses fatores, associados a poucas limitações da Constituição federal, às tradições e culturas políticas, explicam por que lá se encontra a maior variedade entre as Constituições estaduais.

O texto constitucional do Alabama é mais de 26 vezes maior do que o de Vermont. Foi ele também o que mais sofreu alteração: mais de setecentas vezes, enquanto o de Nova Hampshire não chegou a sofrer quarenta emendas. Louisiana teve nada menos que onze Constituições,

enquanto dezenove Estados tiveram apenas uma (TARR, 2011, p. 1140). Se a Constituição federal perdura desde 1787, as Constituições estaduais têm vida média de quarenta e quatro anos, e costumam ser mais extensas e flexíveis (VERSTEEG; ZACKIN, 2014, p. 724)[25]. E versam sobre temas os mais diversos, desde direitos fundamentais, muitos de natureza positiva, social e econômica, mas também de organização e finanças do Estado, não sendo raro a vinculação de receitas orçamentárias a determinados fins, como a proteção ambiental, a exemplo do que sucede em Minnesota (HERSCHKOFF; LOFFREDO, 2010; VERSTEEG; ZACKIN, 2014, p. 718). Ainda assim, há autores que criticam tanto a falta de ousadia dos constituintes estaduais, vendo mais similitudes que diferenças entre os diversos textos constitucionais dos (WILLIAMS; TARR, 2004, p. 15); quanto o atendimento a apelos e caprichos demagógicos que as tornam peças mais de retórica, pelo seu teor aberto e programático, do que de pretensão jurídica, de um verdadeiro dever correlato a um direito, assumindo, quando muito, o status de ato legislativo e não de documento constitucional (POPE, 1993, p. 985; GINSBURG; POSNER, 2010, p. 1606 ss; BAURIES, 2011, p. 321 ss).

No Brasil, a crítica seria – e deve ser – ainda mais aguda. A Constituição federal estabelece uma série de limitações ao constituinte estadual, de modo expresso e implícito, direto ou indireto, deixando pouco espaço de intervenção criadora ao constituinte estadual. As preordernações de estruturas e competências estaduais espalham-se no texto constitucional. Há, por exemplo, definição da forma e do sistema de governo estadual por meio da previsão dos procedimentos de investiduras e dos mandatos de governadores e deputados (arts. 27 e 28), chegando a fixar critérios de número (art. 27, 1º) e remuneração parlamentar (art. 37, 2º). Prevê-se também a organização, composição e

[25] Às vezes, o processo reformador estadual é mais ativo em certo período. A Califórnia aprovou 130 emendas à sua Constituição, em 1966, e a Carolina do Sul aprovou 200 emendas entre 1971 e 1975 (VERSTEEG; ZACKIN, 2014, p. 724).

fiscalização dos tribunais de contas e conselho de contas dos municípios (art. 75), normas sobre a administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, I- XXII e §§ 1º a 12), de servidores públicos civis (arts. 39-41), sobre as polícias militares e corpo de bombeiros (art. 42). O Judiciário (arts. 94, 98, 124 e 125), Ministério Público (art. 128, §§ 3º a 5º), a advocacia (art. 132) e defensoria pública (art. 134, § 2º) estaduais possuem antecipações importantes. Citem-se, ainda, o dever do constituinte estadual de dispor sobre o controle de constitucionalidade de leis estaduais e municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º), a criação de juizados especiais (art. 98), normas sobre precatório (art. 100) e sobre segurança pública (art. 144, IV e V, § 4º a 7º), dentre outros. Todos são de natureza mandatória. Há ainda os de caráter vedatório como a proibição de estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, ou de criação de distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, I e III). Ao lado dessas preordenações expressas, existem as implícitas, que são extraídas pelo uso de argumentos *a contrario* (a definição constitucional de competências da União e dos Municípios veda que sobre elas disponha o constituinte estadual) e de argumentos *a simili* (da enumeração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário estaduais, deduz-se a adoção obrigatória do princípio da separação dos poderes).

Aos princípios de preordenação organizatória expressa são, ainda, acrescentados: (a) os "princípios extensíveis", que se reportam, primariamente, (i) a normas destinadas à Federação em seu todo, como os princípios fundamentais (art. 1º a 4º), a declaração de direitos (título II), as limitações ao poder tributante (art. 150), normas de finanças públicas (arts. 165 a 169), princípios da ordem econômica (art. 170, I a IX) e da ordem social (título VIII), além de disposições organizatórias relacionadas a instituições que existem no âmbito da União e dos Estados, que não fazem menção expressa a qualquer dos entes federativos, apenas às instituições. Estão nesse rol a autonomia e o funcionamento do

judiciário (arts. 96, 97 e 99), o estatuto da magistratura (arts. 93 e 95) e do ministério público (arts. 127 e 129); bem como (ii) aos que resultam de uma problemática extensão simétrica, de origem pretoriana, que transpõe uma série de normas de organização e funcionamento das estruturas constitucionais da União aos Estados (SAMPAIO, 2002, p. 575 ss)[26].

Os deveres federativos, comumente chamados de "princípios sensíveis", que autorizam a intervenção federal, também se impõem como limitação. Assim está a obrigação de respeito à forma republicana, ao sistema representativo, ao regime democrático, aos direitos da pessoa humana, à autonomia municipal, à prestação de contas da Administração Pública e à aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 34, VII, **a** a **e**). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a inventividade de princípios como o da simetria, tem impedido a inovação de constituinte estadual inclusive em matéria de direitos fundamentais, tornando as Constituições estaduais retratos fieis ao texto federal (SAMPAIO, 2002, p. 570 ss; FERRARI, 2003, p. 264)[27]. Associe-se a isso uma tradição centralista que atravessa a

[26]Citem-se, em relação ao Legislativo, a disciplina das comissões parlamentares de inquérito, a perda de mandado eletivo e o controle externo, exercício com o auxílio dos Tribunais de Contas. Em relação ao Poder Executivo, mencionem-se a edição de medidas provisórias e decretos, o provimento de cargos públicos, a autorização prévia do Governador e do Vice-Governador para a ausência do País e a submissão da persecução criminal a controle legislativo. No tocante ao Judiciário, encontram-se a eleição dos órgãos diretivos, a reclamação para a preservação da competência dos tribunais, as prerrogativas funcionais e as garantias dos membros da magistratura. Cf. Leoncy (2011) e Clève e Kenicke (2015).

[27]Os nomes dados às limitações variam de autor para autor e nem sempre é fácil distinguir uns dos outros. José Afonso da Silva divide-os em "princípios sensíveis" (do art. 34, VII) e em "princípios estabelecidos" expressos, implícitos e decorrentes (SILVA, 2004, p. 594 ss). Horta falava em "princípios desta Constituição" (incluindo os princípios fundamentais e os direitos fundamentais), "princípios constitucionais" (como a forma republicana), "normas de competência dos Estados (comum, concorrente e exclusiva) e "normas de preordenação

história constitucional do Brasil desde a sua origem. O resultado é, com a concessão do trocadilho, um "subconstitucionalismo das unidades subnacionais".

Não é rara, porém, a utilização da Constituição federal como espelho às Constituições subnacionais. Essa duplicação se pode dar por exigência constitucional expressa, como se viu no excesso brasileiro, ou por deliberação autônoma do constituinte subnacional, com adoção das "normas de imitação" (HORTA, 1964, p. 192 ss SAMPAIO, 2002, p. 596). Esse fenômeno não significa necessariamente que o poder constituinte subnacional é irrelevante. Pode muito bem ter examinado as alternativas apresentadas inclusive por outras unidades federadas e ter preferido a cópia do modelo federal (TARR, 2011, p. 1140)[28].

A leitura, em geral, que é feita da atividade especular do constituinte subnacional, todavia, não é das melhores, o que, em parte, pelo menos, explica a desatenção dos estudiosos sobre a matéria. Diz-se que se trata de um poder menor ou até irrelevante comparativamente à Constituição federal (GUNLICKS, 1998; MÖSTL, 2005). Ou bem as normas federais esgotam o temário constitucional ou as unidades subnacionais subutilizam a competência constituinte que possuem (WILLIAMS; TARR, 2004, p. 15). A autonomia constitucional que caracterizaria o Estado federal, sob essa perspectiva, cairia no vazio ou, quando muito, no âmbito da autonomia legislativa, que também se apresenta nos Estados regionais e autonômicos. Os estudos e o avançar do tempo podem mostrar que se trata de uma interpretação parcial ou equivocada (TARR, 2011, p. 1134, n. 7; LORENZ; REUTTER, 2012, p. 151).

(regramento do Legislativo, do Executivo, do Judiciário e das funções essenciais à justiça) (HORTA, 2010, p. 301-302).

[28] Note-se que a tendência de repetir o texto nacional também ocorre nos Estados regionais e autonômicos (GARDNER, 2007, p. 15). Veja-se, no caso espanhol, que todos os Estatutos têm uma estrutura semelhante, ainda que variem a denominação e a composição das instituições (AJA FERNÁNDEZ, 2006).

5 CONCLUSÃO

A competência de as entidades subnacionais elaborarem sua própria Constituição é, por muitos estudiosos, considerada um dos elementos caracterizadores do Estado federal. Para a maioria deles, a sua previsão na Constituição federal, acompanhada de uma série de limitações, não é capaz de negar-lhes a natureza constituinte. Observa-se que ela é um espaço residual do "constituinte originário" para instituição da ordem jurídica subnacional.

O exame dos diversos Estados autoproclamados federais revela, porém, um quadro que exige reflexão. Basicamente, há textos que obrigam as unidades subnacionais a adotarem uma Constituição; outros que lhes facultam; e um terceiro grupo que proíbe. A proibição lança dúvidas sobre a adoção do critério de "autonomia constitucional" ou da "capacidade de auto-organização" como critério distintivo da federação em face de outras formas descentralizadas de Estado. Poder-se-ia arguir que o erro estaria na autoproclamação federal dos Estados que assim o fazem. Há, porém, uma observação que supera o contraponto. Mesmo nos Estados federais, cujas Constituições deixam amplo espaço para a criatividade do constituinte subnacional, identificam-se críticas de pouco desenvolvimento e inovação constitucionais, reproduzindo-se, como espelho, o texto federal. O poder seria, na prática, esvaziado.

Há uma série de fatores que podem explicar as diferenças no tratamento desse poder, desde heterogeneidade étnica de sua base populacional a extensões territoriais, passando pelo contexto de sua criação e dinâmica dos partidos políticos. Em lugares como os Estados Unidos, a tradição de lutas locais por autodeterminação, associada ao modelo de formação do Estado federal, explicam por que há tão pouca preordenação do constituinte estadual na Constituição federal. Mesmo havendo críticas de uma relativa falta de inovação nas Constituições estaduais, é notório o desenvolvimento de conteúdos institucionais e de

direitos fundamentais em âmbito subnacional, se comparados com outros Estados federais. Em grande medida, os Estados funcionam como laboratórios de experiências que podem ser aproveitadas pelos outros Estados e até pela União.

Deve-se ter em mente que a atenção para o constitucionalismo de nível subnacional só se deu, pelo menos, em maior intensidade, muito recentemente. E, não por mera coincidência, tem tido uma profícua produção naquele País. Essa atenção também foi despertada em diversos outros Estados federais, servindo de propulsão crítica à concretização do ideário de auto-organização pelas unidades subnacionais. Tem-se dito que a inexistência de uma Constituição subnacional escrita, como sucede, por exemplo, no Canadá, ou em sistemas federais com maior nível de preordenação do constituinte decorrente, não impede que se desenvolva um constitucionalismo subnacional e encontram elementos promissores de uma efervescência autoconstitutiva que tende a rejuvenescer o federalismo.

O quadro de otimismo não embaça a percepção de que esse constitucionalismo é ainda incipiente nos Estados federais. Na fotografia da realidade, a propalada distinção entre federações e Estados unitários descentralizados, baseada no critério da autoconstituição subnacional, parece mais habitar o mundo das meras formas. Pode até servir como argumento simbólico e adicional, mas não é, por si, bastante. Pelo menos, por enquanto.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Tribunal Constitucional. **Certification of the Kwazulu-Natal Constitution (CCT15/96) [1996] ZACC 17; 1996 (11) BCLR 1419; 1996 (4) SA 1098 (6 September 1996).** Disponível em: https://goo.gl/2zt4mT. Acesso em: 10 jan. 2018.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. El Estado Autonómico en España a los 25 años de Constitución. *In*: DURÁN, Manuel C. et al. (Coords.). Derecho constitucional para el

siglo XXI. **Actas de VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,** Madrid, Aranzadi, v. 2. p. 4285-4344, 2006.

AL-ISTRABADI, Feisal Amin R. A Constitution without Constitutionalism: Reflections on Irag's Failed Constitutional Process. **Texas Law Review**, v. 87, p. 1627-1655, 2008.

Austrália. Suprema Corte. Durham holdings PTY LTD v. the state of new south wales. [2001]. Disponível em: http://eresources.hcourt.gov.au/downloadpdf/2001/hca/7. Acesso em: 15 jan. 2018.

BADÍA, Juan F. El federalismo. **Revista de estudios políticos**, n. 206, p. 23-76, 1976.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAURIES, Scott R. State Constitutions and Individual Rights: Conceptual Convergence *In:* School Finance Litigation. **George Mason Law Review**, v. 18, n. 2, p. 301-366, 2011.

BLACKSHIELD, Anthony; WILLIAMS, George. **Australian constitutional law e theory:** commentary and materials. 6. ed. Annandale: Federation Press,2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 1221/RJ.** Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 9/10/2003. Disponível em: https://goo.gl/XizbQC. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADIMC 1087/RJ.** Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 1/2/1995. Disponível em: https://goo.gl/CD6MwF. Acesso em:11 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADIMC n. 980-DF.** Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3/2/1994. Disponível em: https://goo.gl/YLFX6X. Acesso em:11 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIMC n. 980-DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3/2/1994. Disponível em: https://goo.gl/YLFX6X. Acesso em: 11 fev. 2018.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique. T. II (L'État)**. Paris: L.G.D.J, 1949.

BUßJÄGER, Peter. Sub-national Constitutions and the Federal Constitution Austria. *In:* BURGESS, Michael; TARR, G. Alan (Eds.). **Constitutional Dynamics in Federal Systems**. Montreal; Kingston: McGill-Queen's University Press, p. 88-106, 2012.

CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

CANOTILHO, José Joaqui G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNOTA, Walter F. La justicia constitucional en el constitucionalismo subnacional mexicano. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 20, p. 69-84, 2016.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Tome Primier. Paris: Recueil Sirey, 1920.

CASTELLS, José M. El Difícil Federalismo. *In:* CALVO-GARCÍA, Manuel; FELSTINER, William (Coords.). **Federalismo. Federalism**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 171-187.

CHEMERISNKY, Erwin. Why Cases Under the Guarantee Clause Should be Justiciable. **University of Colorado Law Review**, v. 65, p. 849-880, 1994.

CLÈVE, Clèmerson M.; KENICKE, Pedro Henrique G. **Federalismo, centralização e princípio da simetria,** 2015. Disponível em: https://goo.gl/TtsLRY. Acesso em: 11 fev. 2018.

DELLEDONE, Giacomo; MARTINICO, Giuseppe. Handle with Care!: The Regional Charters and Italian Constitutionalism's 'Grey Zone'. **European Constitutional Law Review**, v. 5, n. 2, p. 218-236, 2009.

DINAN, John. Patterns of Subnational Constitutionalism *In:* Federal Countries. **Rutgers Law Journal**, v. 39, p. 837-861, 2008.

DUCHACEK, Ivo D. State Constitutional Law. *In:* Comparative Perspective. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science,** v. 496, n. 1, p. 128-139, 1988.

DUGUIT, Léon. Traité de **Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923. (Tome II: La Théorie Générale de l'État).

ELAZAR, Daniel J. **Exploring federalism**. Tuscaloosa: University of Alabama, 1991.

ELAZAR, Daniel J. State Constitutional Design *In:* the United States and other Federal Systems. **Publius**, v. 12, p. 1-10, 1982.

ERK, Jan. Austria: A Federation without Federalism. **The Journal of Federalism**, v. 34, n. 1, p. 1-20, 2004.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte do Texas. . Disponível em: https://goo.gl/KFRfmX. Acesso em: 16 jan. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, **Ex parte Siebold**, 100 U.S. 371, 384 (1880). Disponível em: https://goo.gl/ERUViK. Acesso em:14 jan. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, **Gregory v. Aschcroft**, 501 U.S. 452 (1991). Disponível em: https://goo.gl/wcWtiK. Acesso em:14 jan. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, **U.S. Term limits Inc. v. Thornton**, 514 U.S. 779, 832-833 (1995). Disponível em: https://goo.gl/rExpAk. Acesso em: 14 jan. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **DeShaney v Winnebago County Department of Social Services**. 489 U.S. 189 (1989). Disponível em: https://goo.gl/FDvZU. Acesso em: 11 fev. 2108.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **San Antonio Independent School District v Rodriguez**. 411 US, 1, (1973). Disponível em: https://goo.gl/ZV5C9S. Acesso em: 11 fev. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Sweezy v. New Hampshire**, 354 US 234, 256 (1957). Disponível em: https://goo.gl/hvgNo6. Acesso em: 15 jan. 2018.

ESTADOS. Suprema Corte, **Baker v. Carr**, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: https://goo.gl/m379PP. Acesso em: 14 jan. 2018.

ESTRADA, José Miguel Madero. Cconstitucionalismo y Sistema de Justicia Local. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 1, p. 197-220, 2013.

FAVOREU, Louis et al. **Droit constitutionnel**. 9.ed. Paris: Dalloz, 2006.

FERCOT, Céline. Diversity of Constitutional Rights. *In:* Federal Systems: A Comparative Analysis of German, American, and Swiss Law. **European Constitutional Law Review**, v. 4, p. 302-324, 2008.

FERRARI, Sérgio. **Constituição Estadual e Federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ, Anna Cândido da C. **Poder Constituinte dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARDNER, James A. Search of subnational constitutituionalism. **Buffalo Legal Studies Research Paper,** n. 2007-2016. Disponível em: https://goo.gl/14qjjF. Acesso em: 15 jan. 2018.

GAZIER, Anne. Justice Constitutionnelle et Fédéralisme en Russie**. Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Etranger,** v. 5, p. 1359-1391, 1999.

GINSBURG, Tom; POSNER, Eric A. Subconstitutionalism. **The Chicago Working Paper Series**, 2010. Disponível em: https://goo.gl/4LqfHF. Acesso em: 15 jan. 2018.

GUNLICKS, Arthur B. Land Constitutions In: Germany. **Publius:** The Journal of Federalism, v. XXVIII, n. 4, p. 105-125, 1998.

HAMILTON, Alexander. Paper n. 28. *In:* HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: New American Library, 1961[1788].

HERSCHKOFF, Helen; LOFFREDO, Stephen. State Courts and Constitutional Socio-Economic Rights: Exploring the Underutilization Thesis. **Penn Sate Law Rev.**, v. 115, p. 923-982, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. **Comparative federalism:** a systematic inquiry. Toronto: Toronto University Press, 2006.

ITÁLIA. Tribunal Constitucional. **Sentenza 365/2007**. Disponível em: https://goo.gl/rw8No4. Acesso em:13 jan. 2018.

JELLINEK, Georg. **L'État moderne et Son Droit, v.** 2. Paris: V. Giard e E. Brière, 1913.

KARLHOFER, Ferdinand. Sub-national Constitutionalism In: Austria: a Historical Institutionalist Perspective. **Perspectives on Federalism**, v. 7, n. 1, p. 57-84, 2015.

LENAERTS, Koen. Constitutionalism and the Many Faces of Federalism. **American Journal of Comparative Law**, v. 38, n. 2, p. 105-263, 1990.

LEONCY, Léo Ferreira**. "Princípio da simetria" e argumento analógico**: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. Tese (Doutorado). São Paulo: USP, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

LORENZ, Astrid; REUTTER, Werner. Subconstitutionalism In: a multilayered system. A comparative analysis of constitutional politics *In*: the German Länder. **Perspectives on Federalism**, v. 4, n. 2, p. 148-170, 2012.

LUCATELLO, Guido. Lo Stato Regionale Quale Nuova Forma di Stato. In: _____. **Atti I Convegno Studi Regionali**. Padova: Cedam, 1955.

LUTZ, Donald S. From Covenant to Constitution In: American Political Thought. **The Journal of Federalism**, v. 10, n. 4, p. 101-135, 1980.

MADISON, James. Paper n. 46. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: New American Library, 1961 [1788].

MARSHFIELD, Jonathan L. Authorizing Subnational Constitutions In: Transitional Federal States: South Africa, Democracy, and the KwaZuluNatal. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 41, p. 585-648, 2008.

MARSHFIELD, Jonathan L. Models of Subnational Constitutionalism. **Penn State Law Review**, v. 115, n. 4, p. 1151-1198, 2011.

MARVÁN, Ignacio. Reflexiones sobre federalismo y sistema político en México. **Política y Gobierno,** v. IV, n. 1, p 149-166, 1997.

MORENO, Luis. La Federalización Autonómica. *In:* CHUST, Manuel (Ed.). **Federalismo y Cuestión Federal en España**. Castellon: Universidad Jaume, p. 237-267, 2004.

MORTON, F. L. **Provincial Constitutions of Canada**. Working paper, 2004. Disponível em: https://goo.gl/EsgwHZ. Acesso em: 16 fev. 2018.

MÖSTL, Markus. Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt? Eine Positionsbestimmung im bundesstaatlichen und supranationalen Verfassungsverbund. **Archiv des öffentlichen Rechts**, v. CXXX, n. 3, p. 350-391, 2005.

OKOTH-OGENDO, H. W. O. Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox. *In:* GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; WHEATLEY, Steven C.; OLIVIERO, Melanie B. (Eds.). **Constitutionalism and Democracy. Transitions In: the Contemporary World**. New York: Oxford University Press, p. 65-83, 1993.

PARIS, Michael. **Framing** equal opportunity: law and the politics of school finance reform. Stanford: Stanford University Press, 2009.

POPE, James G. An Approach to State Constitutional Interpretation. **Rutgers Law Journal,** v. 24, p. 985-1008, 1993.

PRÉLOT, **Michel Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. 5. ed. Paris: Dalloz, 1972.

QUINT Peter E. **The Imperfect Union:** Constitutional Structures of German Unification. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SAMPAIO, José Adércio L. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: a preliminary discussion. **The American Political Science Review**, v. 56, n. 4, p. 853-864, 1962.

SAUNDERS, Cheryl. The Relationship Between National and Subnational Constitutions. In: CARPENTER, Gretchen (Ed). **Subnational Constitutional Governance**. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 23-35, 1999. Disponível em: https://goo.gl/MTJn8i. Acesso em: 13 jan. 2018.

SHAHID, Zubair. Federalism In: Pakistan: of Promises and Perils. **Perspectives on Federalism**, v. 7, n. 1, p. 117-145, 2015.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEPAN, Alfred. Modern Multinational Democracies: Transcending a Gellnerian Oxymoron. In: HALL, John A (Ed). ***The State of the Nation:*** *Ernest Gellner and the Theory of Nationalism*. New York: Cambridge University Press, p. 219-242, 1998.

TARR, Alan. Controlling Competency Conflicts: Subnational Constitutions, National Constitutions and the Allocation of Authority. *In:* **Subnational Constitutional Governance**. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 76-86, 1999. Disponível em: https://goo.gl/MTJn8i. Acesso em: 15 fev. 2018.

TARR, G. Alan. Explaining Sub-national Constitutional Space. **Penn State Law Review**, v. 115, n. 4, p. 1133-1149, 2011.

VERDÚ, Pablo L. **Curso de derecho político, v. 2.** Madrid: Tecnos, 1986.

VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A Excepcionalidade Constitucional Americana Revisitada. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, p. 695-754, 2014.

VIAMONTE, Carlos S. **El Poder Constituyente**. Buenos Ayres: Ed. Bibiográfica Argentina, 1957.

VOGEL, Juan J. El Régimen Federal de la Ley Fundamental. *In:* BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism–a skeptical view. **Contemporary Debates In: Political Philosophy**, p. 267-282, 2009.

WATTS, Ronald L. States, Provinces, Länder, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions. In: **Subnational Constitutional Governance**. Johannesburg: Konrad Adenauer Stiftung, p. 11-21, 1999. Disponível em: https://goo.gl/MTJn8i. Acesso em: 15 fev. 2018.

WEILER, J. H. H. **Federalism without Constitutionalism:** Europe's Sonderweg, 2001. Disponível em: https://goo.gl/mzgU28. Acesso em: 15 fev. 2018.

WILLIAMS, Robert F.; TARR, G. Alan. Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons. In: TARR, G. Alan; WILLIAMS, Robert F.; MARKO, Josef (eds.). **Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights**. Westport; London: Praeger, p. 3-24,2004.

WISEMAN, Nelson. Clarifying Provincial Constitutions. **National Journal of Constitutional Law,** v. 6, p. 269-293, 1996.

ZACKIN, Emily. **Looking for Rights In: All the Wrong Places:** Why State Constitutions Contain America's Positive Rights. Princeton: Princeton University Press, 2013.

ZHANG, Qianfan. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development In: China. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 4, p. 950-976, 2010.

Correspondência | *Correspondence*:

José Adércio Leite Sampaio
Ministério Público Federal, Procuradoria da República, Avenida Brasil, 1877, B. Funcionários, CEP 30.140-002. Belo Horizonte, MG, Brasil.
Fone: (31) 2123-9174.
Email: joseadercio.contato@gmail.com

Recebido: 13/6/2018.
Aprovado: 25/2/2019.

Nota referencial:
Sampaio, José Adércio Leite. Poder constituinte subnacional – mito ou realidade? **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 21, n. 1, p. 223-254, jan./abr. 2019. Quadrimestral.