

A EXCEPCIONALIDADE CONSTITUCIONAL AMERICANA REVISITADA¹

American constitutional exceptionality revisited

La excepcionalidad constitucional americana revisitada

Mila Versteeg²

Emily Zackin³

-
- 1 O artigo foi traduzido do inglês ao português pela Dra. Luciene Dal Ri, docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI e pela MSc. Thaís Vandresen.
 - 2 Mila Versteeg é professora associada na Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia. Ela tem LL.B. pela Tilburg University, LL.M. pela Harvard Law School e D.Phil em Direito pela Oxford University.
 - 3 Emily Zackin é professor assistente na Johns Hopkins University. Ela tem B.A. pela Swarthmore College, M.A. em Ciências Políticas pela Columbia University e Ph.D. em Ciências Políticas pela Princeton.

Resumo: A Constituição dos Estados Unidos é um *outlier* global. Sua omissão de direitos positivos, sua brevidade e sua notável duração e estabilidade a tornam excepcional para os padrões globais. A singularidade do documento venerável tem estimulado um debate apaixonado sobre o excepcionalismo constitucional dos Estados Unidos. Neste artigo, vamos mostrar que nem todo o constitucionalismo norte-americano é tão diferente. Ao longo dos últimos dois séculos, os norte-americanos não escreveram apenas a Constituição federal, mas também 149 constituições estaduais e aprovaram milhares de alterações a essas constituições. Essas constituições estaduais também são uma parte essencial da tradição constitucional americana e, ainda, enquadram-se nos padrões globais. Contamos em nossa base de dados originais com a coleta de todas as constituições estaduais ratificadas entre 1776 e 2011 para fornecer pela primeira vez a comparação sistemática das constituições estaduais dos Estados Unidos às constituições nacionais do mundo. Usando esses dados, podemos destacar três características das constituições estaduais que levam a reconsiderar a excepcionalidade constitucional dos Estados Unidos. Em primeiro lugar, como a maioria das constituições do mundo, as constituições estaduais são documentos bastante longos e elaborados que estabelecem as políticas governamentais nos mínimos detalhes. Em segundo lugar, como a maioria das constituições do mundo, as constituições estaduais são frequentemente alteradas ou revistas. Em terceiro lugar, como a maioria das constituições do mundo, as constituições estaduais contêm direitos positivos como, por exemplo, educação, trabalho, assistência social e meio ambiente. Assim, em nível estadual, os americanos têm escrito suas constituições de forma muito parecida com os modelos globais. Nossos resultados convidam a reconsiderar não apenas a alegada excepcionalidade constitucional dos Estados Unidos, mas também a natureza das constituições estaduais. As constituições estaduais são frequentemente ridicularizadas por ficarem aquém do exemplo dado pela Constituição federal e consideradas como de caráter legal e não especificamente constitucional. Nossa análise sugere

re que as características definidoras de constituições estaduais não representam apenas um modo subnacional de realização da constituição, mas definem igualmente as constituições nacionais e subnacionais. Além disso, esses recursos representam um mecanismo subvalorizado do projeto constitucional que enfatiza a flexibilidade e a especificidade sobre o fortalecimento dos princípios de ordem superior.

Palavras-chave: Direito constitucional comparado. Constituições estaduais. Excepcionalismo americano.

Abstract: The U.S. Constitution is a global outlier. Its omission of positive rights, its brevity, and its remarkable duration and stability make it exceptional by global standards. The uniqueness of the venerable document has spurred a passionate debate over America's constitutional exceptionalism. In this Article, we show that not all of American constitutionalism is nearly so distinct. Over the past two centuries, Americans not only wrote the federal Constitution, but have also written 149 state constitutions and approved thousands of amendments to these constitutions. These state constitutions are also an essential part of the American constitutional tradition, and yet, are unexceptional by global standards. We draw on original data based on our own hand-coding of all state constitutions ratified between 1776 and 2011 to provide the first-ever systematic comparison of U.S. state constitutions to the world's national constitutions. Using these data, we highlight three features of state constitutions that should prompt reconsideration of America's constitutional exceptionalism. First, like most of the world's constitutions, state constitutions are rather long and elaborate documents that set out government policies in painstaking detail. Second, like most of the world's constitutions, state constitutions are frequently amended or overhauled. Third, like most of the world's constitutions, state constitutions contain positive rights relating to, e.g., education, labor, social welfare, and the environment. Thus, at the state level, Americans have written their constitutions much like everyone else. Our findings invite

reconsideration not only of America's alleged constitutional exceptionalism, but also of the nature of state constitutions. State constitutions are frequently derided for falling short of the example set by the federal Constitution and dismissed as statutory rather than constitutional in character. Our analysis suggests that the defining features of state constitutions do not merely represent a subnational mode of constitution-making, but define national and subnational constitutions alike. Moreover, these features represent an underappreciated mechanism of constitutional design that emphasizes flexibility and specificity over the entrenchment of higher-order principles.

Keywords: Comparative constitutional law. State constitutions. American exceptionalism.

Resumen: La Constitución de los Estados Unidos es un *outlier* global. Su omisión de derechos positivos, su brevedad y su notable duración y estabilidad la vuelven excepcional para los patrones globales. La singularidad del venerable documento ha estimulado un debate apasionado sobre la excepcionalidad constitucional de los Estados Unidos. En este artículo vamos a mostrar que no todo el constitucionalismo norteamericano es tan diferente. A lo largo de los últimos dos siglos, los norteamericanos no escribieron solamente la Constitución federal, sino también 149 constituciones estatales y aprobaron miles de alteraciones a esas constituciones. Esas constituciones estatales también son una parte esencial de la tradición constitucional americana y también se encuadran en los patrones globales. Contamos en nuestra base de datos originales con la recopilación de todas las constituciones estatales ratificadas entre 1776 y 2011 para proporcionar por primera vez una comparación sistemática de las constituciones estatales de los Estados Unidos a las constituciones nacionales del mundo. Usando esos datos podemos destacar tres características de las constituciones estatales que llevan a reconsiderar la excepcionalidad constitucional de los Estados Unidos. En primer lugar, como la mayoría de las constituciones del mundo, las constituciones estatales

son documentos bastante largos y elaborados que establecen las políticas gubernamentales en sus mínimos detalles. En segundo lugar, como la mayoría de las constituciones del mundo, las constituciones estatales son a menudo alteradas o revistas. En tercer lugar, como la mayoría de las constituciones del mundo, las constituciones estatales contienen derechos positivos como, por ejemplo, educación, trabajo, asistencia social y medio ambiente. Así, a nivel estatal, los americanos han escrito sus constituciones de forma muy parecida a los modelos globales. Nuestros resultados invitan a reconsiderar no solo la alegada excepcionalidad constitucional de los Estados Unidos, sino también la naturaleza de las constituciones estatales. Las constituciones estatales son a menudo ridiculizadas por estar en un nivel inferior al del ejemplo dado por la Constitución federal y consideradas como de carácter legal, pero no específicamente constitucional. Nuestro análisis sugiere que las características definidoras de constituciones estatales no representan solamente un modo subnacional de realización de la constitución, sino que definen igualmente a las constituciones nacionales y subnacionales. Además, esos recursos representan un mecanismo subvalorado del proyecto constitucional que enfatiza la flexibilidad y la especificidad sobre el fortalecimiento de los principios de orden superior.

Palabras clave: Derecho constitucional comparado. Constituciones estatales. Excepcionalidad americana.

INTRODUÇÃO: UMA CONSTITUIÇÃO EXCEPCIONAL

Com mais de dois séculos, a Constituição dos Estados Unidos é o mais antigo documento constitucional nacional a subsistir no mundo. Imensamente influente em todo o mundo,⁴ ela agora se diferencia dos sistemas constitucionais que costumava inspirar.⁵ Trata-se, em muitos aspectos, de um *outlier* global⁶, distinguindo-se de outras constituições nacionais por sua brevidade, estabilidade textual e omissão explícita aos direitos socioeconômicos.⁷ Essas diferenças levaram muitos a concluir que há algo diferente nos americanos e na visão deles de governo que se reflete em sua tão diferente constituição.⁸

A Constituição Federal pode ser de fato excepcional, mas o constitucionalismo norte-americano não se limita ao texto da Constituição Federal, ou às ideias e às práticas a ela associadas. As afirmações sobre a excepcionalidade constitucional norte-americana, no entanto, são geralmente fundamentadas em estudos apenas da Constituição Federal.⁹ Esse enfoque limitado distorceu a nossa compreensão do constitucionalismo norte-americano e aumentou a nossa percepção de diferenciação dos Estados Unidos. Ao longo dos últimos dois séculos, os americanos participaram de extensa e contínua atividade de elaboração da constituição em nível estadual, avaliando e atualizando as escolhas

4 Ver por exemplo BILLIAS, George Athan. **American Constitutionalism Heard Round the World, 1776–1989: A Global Perspective**. New York, 2009, p. 105; MORRIS, Richard B. **The Emerging Nations and the American Revolution**. Harper Row, 1970, p. 212; BILLIAS, George Athan. American Constitutionalism and Europe, 1776–1848, in BILLIAS, George Athan (ed), **American Constitutionalism Abroad: Selected Essays in Comparative Constitutional History**. Greenwood, 1990, p. 13, 24; FERNANDO, Enrique M. The American Constitutional Impact on the Philippine Legal System, in BEER, Lawrence Ward (ed.), **Constitutionalism in Asia: Asian Views of the American Influence**. California, 1979, p. 144, 177.

5 Ver LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **The Declining Influence of the United States Constitution**, 87 NYU L Rev, 2012, p. 762, 779–808.

6 Ver LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **The Declining Influence of the United States Constitution**, 87 NYU L Rev, 2012, p. 781–93.

7 IGNATIEFF, Michael. Introduction: American Exceptionalism and Human Rights, in IGNATIEFF, Michael, ed, **American Exceptionalism and Human Rights**. Princeton, 2005, p. 1, 10.

8 Ver por exemplo TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. J.P. Mayer, ed., George Lawrence, trans. Anchor Books, 1969, p. 455–56.

9 A falta de atenção com as constituições estaduais é sistêmica para o estudo de direito constitucional. Ver por exemplo TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton, 1998, p.1.

de sua famosa equivalente nacional.¹⁰ Esses esforços há muito tempo têm sido fundamentais para a tradição constitucional americana e qualquer análise sobre a excepcionalidade do constitucionalismo americano para os padrões globais permanece incompleta, sem a consideração das constituições estaduais.

Neste artigo, oferecemos a primeira comparação sistemática de constituições estaduais norte-americanas com as constituições nacionais do mundo. Contamos com um conjunto de dados original com base em nossa própria coletânea de todas as constituições estaduais vigentes entre 1776-2011,¹¹ e as contrastamos com os dados existentes sobre as constituições nacionais do mesmo período.¹² Nossa análise revela três características importantes das constituições estaduais que devem levar a reconsiderar a natureza excepcional da tradição constitucional dos Estados Unidos. Primeiramente, como a maioria das constituições do mundo, as constituições estaduais são bastante longas e elaboradas, e incluem opções políticas detalhadas. O excepcional gosto americano pela brevidade constitucional, ao que parece, está limitado apenas ao documento federal. Em segundo lugar, como a maioria das constituições do mundo, constituições estaduais são frequentemente emendadas, revistas e substituídas. Assim, a estabilidade textual da constituição federal ao longo de seus dois séculos é excepcional, em comparação não apenas com outras constituições nacionais, mas também com as constituições dos estados americanos, as quais são caracterizadas por um compromisso com o progresso e a mudança. Em terceiro lugar, como a maioria das constituições do mundo, as constituições estaduais contêm direitos positivos, tais como o direito à educação gratuita, os direitos trabalhistas, os direitos sociais e

10 Ver de forma ampla DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006.

11 Nós construímos um conjunto de dados das constituições estaduais lendo e coletando essas constituições. Para a nossa análise sobre reforma constitucional, o conjunto de informações é suplementado por informações coletadas por DIXON, Rosalind & HOLDEN, Richard. **Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem**, in GINSBURG, Tom, ed, **Comparative Constitutional Design**. Cambridge, 2012, p. 195. Especificamente, nós usamos as informações deles sobre emendas às constituições estaduais para construir certo grau de conhecimento sobre índices de alteração constitucional estadual.

12 Os dados sobre as constituições nacionais a partir de 1946-2006 foram coletados pela professora Mila Versteeg, e primeiramente introduzidos em GODERIS, Benedikt & VERSTEEG, Mila. **Transnational Constitutions**. 6th Annual Conference for Empirical Legal Studies Paper, 2011, p. 13-17. Os dados para o período 2006-2012 foram coletados por LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **Sham Constitutions**, 101 Cal L Rev, 2013, p. 863. Nós suplementamos as informações de Versteeg com dados do *Comparative Constitutions Project*.

os direitos ambientais. Embora a Constituição Federal, sem dúvida, omite direitos positivos explícitos, esses direitos não são estranhos à tradição constitucional norte-americana. Em todas essas dimensões, é apenas no nível federal que as práticas constitucionais americanas parecem excepcionais. Quando incluímos a redação e a alteração das constituições estaduais em nossa avaliação, torna-se claro que o constitucionalismo norte-americano não é tão diferente como tem sugerido a maior parte dos estudos comparativos e comentários políticos.

Nossos resultados convidam a reconsiderar não apenas a alegada excepcionalidade constitucional dos Estados Unidos, mas também a prática da elaboração de constituições a nível estadual. As constituições estaduais são frequentemente criticadas por estudiosos por estarem aquém do exemplo dado pela Constituição dos Estados Unidos. Devido aos seus detalhes elaborados, sua alteração frequente, e os direitos socioeconômicos, as constituições estaduais são consideradas como documentos meramente legais, e não verdadeiramente constitucionais.¹³ Além disso, essas características distintivas são frequentemente atribuídas ao *status* subnacional das constituições estaduais.¹⁴ Estudiosos têm sugerido que, devido às restrições colocadas pela Constituição Federal aos governos estaduais, os constituintes estaduais estão livres da necessidade de limitar seus governos.¹⁵ Esses estudiosos afirmam, ainda, que os estados têm, portanto, dedicado seus documentos fundamentais a uma série de questões relativamente sem importância e os alterado livremente. A maleabilidade e a verbosidade das constituições estaduais são, portanto, citadas como evidência de que esses documentos impõem menos restrições e são totalmente menos constitucionais do que o seu equivalente nacional. No entanto, o fato de alguns aspectos do *design* das constituições estaduais também caracterizarem as constituições nacionais coloca em dúvida a hipótese de que esse é apenas um modo subnacional de elaboração

13 Ver por exemplo ELAZAR, Daniel J. **The American Constitutional Tradition**. Nebraska, 1988, p. 108; GARDNER, James A. **The Failed Discourse of State Constitutionalism**, 90 Mich L Rev, 1992, p. 761, 819–20; HOWARD, A. E. Dick. **“For the Common Benefit”**: Constitutional History in Virginia as a Casebook for the Modern Constitution-Maker. 54 Va L Rev, 1968, p. 816, 866; LINDE, Hans A. E. **Pluribus—Constitutional Theory and State Courts**. 18 Ga L Rev, 1984, p. 165, 196–97.

14 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan L Rev, 2010, p. 1583, 1602.

15 GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan L Rev, 2010, p. 1583, 1602.

da constituição. De qualquer modo, as constituições estaduais refletem o modo predominante de *design* constitucional hoje.

Nossa análise também revela que, em algumas circunstâncias, a especificidade constitucional e a flexibilidade podem servir como um mecanismo perfeitamente racional para limitar quem está no poder. Sob esse modelo, o povo que visa limitar os seus governantes não o faz consolidando princípios de alta ordem dificultando emendas, e judicialmente reforçando constituições.¹⁶ Em vez disso, ele tenta limitar a discricionariedade dos poderes legislativo, executivo e judiciário, dando orientações muito específicas a cada um dos poderes. Essas orientações específicas são acompanhadas de um monitoramento permanente e de ajustes às ordens de funcionamento do governo por meio de alteração frequente. Essa é uma estratégia de *design* que revela uma desconfiança em relação àqueles que ocupam cargos públicos, incluindo juízes, e confere à maioria popular e às gerações futuras o aumento dessa influência. Acreditamos que essa estratégia represente um mecanismo subvalorizado na literatura do desenho constitucional e merece mais investigação. De fato, no presente artigo, fazemos uma primeira tentativa de expor a lógica por trás do que parece ser o modo predominante de elaboração da constituição nos estados norte-americanos e ao redor do mundo.

O restante deste artigo está organizado da seguinte forma. A parte I descreve como e por que as constituições estaduais são parte integrante da tradição constitucional norte-americana, e por isso afirma que o constitucionalismo americano - incluindo sua suposta excepcionalidade - é incompleto quando omite as constituições estaduais. A parte II mostra empiricamente que as constituições estaduais e as outras constituições nacionais são tipicamente muito mais extensas do que a Constituição dos Estados Unidos, que se destaca por seu comprimento limitado e sua incomum falta de detalhes. A parte III documenta empiricamente que as constituições estaduais e as constituições nacionais do mundo são substituídas e alteradas com mais frequência do que a Constituição dos Estados Unidos, que, apesar de ser a constituição mais antiga do mundo, foi alterada apenas vinte e sete vezes. A parte IV documenta que, embora a Constituição dos

16 Ver ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality**. Cambridge, 1979, p. 65-67.

Estados Unidos omite direitos socioeconômicos explícitos, os direitos positivos são uma característica comum das constituições estaduais e das constituições nacionais. O artigo conclui, revendo as implicações dos nossos resultados para a nossa compreensão da excepcionalidade constitucional americana, a natureza das constituições estaduais e a teoria constitucional de forma mais ampla.

O CONSTITUCIONALISMO AMERICANO (ADEQUADAMENTE ENTENDIDO)

As afirmações sobre a excepcionalidade constitucional americana normalmente contrastam a Constituição dos Estados Unidos com outras constituições nacionais. Observando as profundas diferenças entre elas, os observadores concluíram que o constitucionalismo americano é um *outlier* global. Esse modo de investigação reduz o constitucionalismo norte-americano à Constituição Federal e às interpretações judiciais que a rodeiam, criando uma imagem distorcida do constitucionalismo americano. De fato, equiparar a Constituição Federal a todo o constitucionalismo americano é como descrever um elefante apenas pela sua tromba. Certamente, a tromba é uma característica excepcional do elefante, mas diz pouco sobre como os elefantes vivem, digerem seu alimento, vão de um lugar para outro, convivem, geram seus filhotes ou os cuidam. Ao considerar todo o elefante, acaba-se por aproximá-lo mais de outros mamíferos do que considerando apenas a tromba. Apesar de a tromba do elefante ser algo característico e importante, não devemos equiparar os estudos sobre o elefante com os estudos sobre a tromba.¹⁷

Assim como é impossível entender o elefante, estudando apenas sua tromba, é impossível compreender o constitucionalismo americano estudando apenas a Constituição Federal. Apesar da centralidade da Constituição Federal para a política americana, as descrições do constitucionalismo americano que omitem constituições estaduais, como locais de *design* constitucional, legislação e contestação são lamentavelmente incompletas.¹⁸

17 Ver LEVINSON, Sanford. **Framed**: America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance. Oxford, 2012, p. 28.

18 Ver FRITZ, Christian G., **The American Constitutional Tradition Revisited**: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West, 25 Rutgers L J, 1994, p. 945, 952.

Recente pesquisa histórica sobre convenções constitucionais estaduais do século XIX demonstra que, como seus pares famosos na Filadélfia, os delegados das convenções constitucionais estaduais debatiam princípios fundamentais de direito constitucional e de governo.¹⁹ De fato, as primeiras constituições estaduais serviram de modelo para a declaração de direitos da Constituição Federal,²⁰ e as muitas convenções que se seguiram à ratificação da Constituição dos Estados Unidos reconsiderou uma série de opções constitucionais dos delegados federais.²¹ Onde o tempo e a experiência convenceram os constituintes estaduais das deficiências das primeiras constituições estaduais, eles não hesitaram em adotar *designs* alternativos, resultando em ondas de alterações constitucionais.²² Na década entre 1844 e 1853, por exemplo, doze estados (então a maioria) adotaram novas constituições, nas quais tiveram o crescente cuidado em proteger as maiorias democráticas das minorias ricas e em aumentar o acesso ao governo.²³ Os constituintes estaduais também repensaram o desenho do poder judiciário e, em 1860, dezoito dos trinta e um estados existentes tinham adotado um poder judiciário inteiramente eleito, em vez de juízes nomeados.²⁴ Constituintes nos estados ocidentais recém-formados trabalharam as suas constituições para mitigar as consequências de sua relativa falta de segurança e infraestrutura econômica.²⁵ Como esses exemplos atestam, os constituintes estaduais são constantemente envolvidos em importantes decisões sobre o *design* constitucional. As constituições por eles produzidas não são notas de rodapé na história do pensamento constitucional americano, mas componentes centrais daquele.²⁶

É importante incluir as constituições estaduais em avaliações de práticas constitucionais norte-americanas não apenas devido à sua importância histórica,

19 Ver de forma ampla DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006.

20 LUTZ, Donald S. **The State Constitutional Pedigree of the U.S. Bill of Rights**, 22 *Publius*, Spring 1992, p. 19–29.

21 Ver DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006, p. 3 s.

22 Ver DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006, p. 3 s.

23 Ver TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton, 1998, p. 94–109.

24 Ver SHUGERMAN, Jed Handelsman. **Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review**, 123 *Harv L Rev*, 2010, p. 1061, 1097.

25 Ver BRIDGES, Amy. **Managing the Periphery in the Gilded Age: Writing Constitutions for the Western States**, 22 *Stud Am Polit Dev*, 2008, p. 32, 43.

26 Ver DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006, p. 4–5.

mas também porque o conteúdo das constituições estaduais continua a exercer influência significativa sobre a administração pública e a política. Isso ocorre porque os estados permanecem parcial ou totalmente responsáveis por uma grande variedade de funções governamentais importantes, incluindo, por exemplo, a educação pública, o direito de família e o registro de eleitores. Embora o governo federal tenha um papel cada vez maior a desempenhar em muitas áreas de elaboração de políticas nacionais, e apesar do fato que as leis federais suplantam as estaduais, os governos estaduais são reais e, em muitas áreas, são governos autônomos. Dentro dessas áreas, os estados podem promulgar leis e regulamentos e levantar e gastar dinheiro sem ter que garantir a autoridade de um maior nível de governo.²⁷ As constituições estaduais não apenas estruturam os governos para adotarem essas decisões, mas também contêm instruções específicas sobre muitas áreas do governo. Elas dirigem os legislativos estaduais para estabelecer sistemas de ensino e especificar os sistemas de tributação para financiá-los; a estrutura estadual financia projetos para construir e manter sua infraestrutura, impor a preservação ambiental e a limpeza, regular e restringir os governos locais e seus códigos e estabelecer sistemas de pensões para aposentados e funcionários públicos, para citar apenas alguns exemplos.²⁸ As escolhas a nível constitucional estadual, portanto, afetam profundamente a vida dos americanos.

Além de moldar e refletir escolhas sobre muitas áreas da política pública norte-americana, as constituições estaduais e os tribunais estaduais que as interpretam são características importantes do processo jurisprudencial na elaboração constitucional americana de leis. Várias doutrinas constitucionais influentes, incluindo as do “devido processo substantivo” e as de “separados, mas iguais”, tiveram origem nas interpretações de tribunais estaduais sobre disposições constitucionais federais e estaduais.²⁹ Mais recentemente, as constituições estaduais proporcionaram fontes alternativas de direito constitucional para aqueles que desejam resistir aos desenvolvimentos da jurisprudência federal. O

27 Ver BRIFFAULT, Richard. **“What About the ‘Ism’?” Normative and Formal Concerns in Contemporary Federalism**, 47 Vand L Rev, 1994, p. 1303, 1306; KRAMER, Larry D. **Understanding Federalism**, 47 Vand L Rev, 1994, p. 1485, 1504.

28 Ver por exemplo WILLIAMS, Robert F. **State Constitutional Law: Cases and Materials**. LexisNexis, 4th ed, 2006, p. 953–1028, 529–34, 817–57.

29 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America’s Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 91–92, 134–8.

movimento conhecido como Novo Federalismo Judicial é, talvez, o exemplo mais famoso dessa dinâmica.³⁰ Frustrado pela retração da Suprema Corte na proteção das liberdades individuais, o magistrado William Brennan pediu aos americanos para encontrar garantias mais fortes nos dispositivos de suas constituições estaduais.³¹ Os acórdãos do Supremo Tribunal da Califórnia exemplificam esse movimento ao afirmar, de acordo com a sua própria constituição, que a pena de morte constitui pena cruel ou incomum, e que o discurso em centros comerciais de propriedade privada está protegido da repressão privada. Seguindo a decisão da Suprema Corte, de que a Constituição dos Estados Unidos não prevê o direito à educação, os partidários de reformas educacionais voltaram-se para as constituições estaduais como uma base alternativa de litígios, pedindo aos tribunais estaduais para encontrar e aplicar os direitos constitucionais estaduais à educação. Esses defensores obtiveram êxitos notáveis na transformação de sistemas de financiamento escolar dos estados.³²

A última razão pela qual as constituições estaduais devem ser incluídas na caracterização do constitucionalismo norte-americano é a relação recíproca entre o desenvolvimento constitucional estadual e aquele federal. Ao longo da história dos Estados Unidos, as constituições estaduais e a federal mudaram em resposta uma a outra. Durante a Era Progressista, por exemplo, o movimento de temperança lutou pela sua causa, em grande parte por meio de emendas às constituições estaduais,³³ como fez o movimento pelo voto feminino.³⁴ Em ambos os casos, os movimentos conduziram as suas lutas constitucionais não apenas em nível estadual ou em nível federal. Em vez disso, os partidários de reformas tentaram explorar e transformar o direito constitucional em ambos os níveis

30 Ver TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton, 1998, p. 161–70.

31 Ver BRENNAN JR, William J. **State Constitutions and the Protection of Individual Rights**, 90 Harv L Rev, 1977, p. 489, 491.

32 Ver PARIS, Michael. **Framing Equal Opportunity: Law and the Politics of School Finance Reform**. Stanford, 2009, p. 5–9; REED, Douglas S. **On Equal Terms: The Constitutional Politics of Educational Opportunity**. Princeton, 2003, p. 8–10; LEVINSON, Sanford. **Courts as Participants in "Dialogue": A View from American States**, 59 U Kan L Rev, 2011, p. 791, 812.

33 Ver HAMM, Richard F. **Shaping the Eighteenth Amendment: Temperance Reform, Legal Culture, and the Polity, 1880–1920**. Chapel Hill, 1995, p. 40.

34 Ver MCDONAGH, Eileen L. & PRICE, H. Douglas. **Woman Suffrage in the Progressive Era: Patterns of Opposition and Support in Referenda Voting, 1910–1918**, 79 Am Polit Sci Rev, 1985, p. 415, 415–18. Ver também DODD, Lynda G. **Parades, Pickets, and Prison: Alice Paul and the Virtues of Unruly Constitutional Citizenship**, 24 J L & Pol, 2008, p. 339, 361, 429–31.

de governo. O esforço atual para o reconhecimento governamental do casamento do mesmo sexo é um exemplo desse padrão. A Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou recentemente uma lei federal que define o casamento excluindo uniões do mesmo sexo, por ser uma violação da quinta emenda da Constituição Federal.³⁵ Na década anterior a esse caso, no entanto, a maioria da defesa pelo reconhecimento do casamento homossexual foi realizada via litígio constitucional estadual e por meio da alteração de textos constitucionais estaduais.³⁶ Os opositores do casamento homossexual garantiram aproximadamente trinta emendas constitucionais que limitam o casamento a parcerias heterossexuais,³⁷ enquanto os defensores encontraram apoio em casos da alta corte estendendo os benefícios legais do casamento para casais do mesmo sexo ou determinando o reconhecimento do casamento *gay*.³⁸ Do nosso ponto de vista contemporâneo, é claramente incompleto e potencialmente enganoso qualquer estudo sobre a batalha para o reconhecimento do casamento homossexual que considere apenas a Constituição Federal.

BREVIDADE CONSTITUCIONAL

Em sua forma atual, a Constituição dos Estados Unidos é composta por 7.762 palavras, contidas em sete artigos originais e vinte e sete emendas. A maior parte das edições impressas não abrange mais do que dezessete páginas. Na verdade, a visão predominante do constitucionalismo nos Estados Unidos segue a do Presidente do Tribunal John Marshall no caso McCulloch x Maryland, quando argumentou que “apenas os grandes contornos [da Constituição] devem ser delineados, seus objetos importantes designados, e os ingredientes menores que compõem esses objetos, devem ser deduzidos a partir da natureza dos próprios objetos”. Qualquer outra coisa, observou o magistrado Marshall, faria “parte da prolixidade de um código legal” e “nunca seria entendido pelo público”.³⁹

35 Ver United States v Windsor, 133 S Ct, 2013, p. 2675, 2693.

36 Ver ESKRIDGE JR, William N. **Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States**, 93 BU L Rev, 2013, p. 276, 283–91.

37 Ver LUPIA, Arthur & al, **Why State Constitutions Differ in Their Treatment of Same-Sex Marriage**, 72 J Polit, 2010, p. 1222, 1225 fig 1.

38 SHAMAN, Jeffrey M. **Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law**. Oxford, 2008, p. 185–210.

39 SHAMAN, Jeffrey M. **Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law**. Oxford, 2008, p. 185–210.

COMPARANDO A EXTENSÃO CONSTITUCIONAL

A partir de uma perspectiva comparativa, a Constituição dos Estados Unidos está entre as mais curtas do mundo. A Figura 1 mostra em um mapa do mundo o número de palavras em todas as constituições nacionais, hoje, mostrando como a esmagadora maioria das constituições atuais são mais longas do que a dos Estados Unidos.⁴⁰ Uma constituição normalmente compreende 20.992 palavras, o que é cerca de três vezes mais do que o Constituição dos Estados Unidos. A Constituição da Índia tem 146.385 palavras, é a mais longa constituição nacional do mundo e tem quase vinte vezes o comprimento da Constituição dos Estados Unidos. As nações com constituições mais curtas do que a Constituição dos Estados Unidos incluem micro-estados, como Luxemburgo, Mônaco e Micronésia, assim como um punhado de regimes ditatoriais que, em geral, não têm qualquer tradição constitucional significativa. Por outro lado, apenas três outras nações têm documentos fundamentais de extensão comparável à Constituição dos Estados Unidos: a Constituição da Noruega, de 1814; a Constituição da Dinamarca, de 1953; e a Constituição do Japão, de 1947 (que foi elaborada pelo general McArthur após a Segunda Guerra Mundial). Com relação à extensão, os americanos parecem estar fazendo constitucionalismo diferente da maioria das outras nações democráticas.

Duas características de *design* constitucional interrelacionados parecem ser responsáveis pela relativa brevidade da Constituição dos Estados Unidos. Em primeiro lugar, a Constituição tem um âmbito extraordinariamente restrito e omite muitos aspectos que outras constituições atualmente incluem. No âmbito apenas dos direitos constitucionais, ela omite muitas características comuns do constitucionalismo global, tais como os direitos socioeconômicos, os direitos das mulheres e as proteções ao meio ambiente.⁴¹ Em segundo lugar, a Constituição é caracterizada por uma atípica falta de detalhes, geralmente optando por delinear estruturas e princípios gerais e omitir a elaboração detalhada na sua aplicação.⁴²

40 Os dados sobre a extensão das constituições nacionais vem do *Comparative Constitutions Project*, CCP Rankings (citado na nota 10).

41 Ver GARDBAUM, Stephen. **The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism**, 107 Mich L Rev, 2008, p. 391, 395.

42 Ver GINSBURG, Tom. *Constitutional Specificity: Some Preliminary Investigations*, in In-

Esse *design* constitucional resultou numa também incomum forma de política constitucional, que obriga juízes, legisladores, membros do Poder Executivo e cidadãos privados a colmar lacunas constitucionais diante de excepcionalmente grandes indeterminações.⁴³

No entanto, o atípico gosto pela brevidade constitucional se limita apenas à Constituição Federal. Deixando de lado a breve Constituição Federal, os americanos realmente tendem a governar por meio de constituições relativamente longas. Essas constituições (estaduais) não são excepcionais nem em extensão nem em detalhes. As constituições nacionais ao redor do mundo e as constituições estaduais não apenas deliberam de forma semelhante uma ampla gama de questões, elas normalmente incluem instruções políticas detalhadas sobre essas questões. Essas semelhanças se refletem em suas extensões similares. A Figura 2 mostra a contagem de palavras para a extensão atual de constituições estaduais, codificadas por cores, da mesma forma como a Figura 1, que ilustra o mesmo para constituições nacionais atuais.⁴⁴ A mais longa constituição estadual é a do Alabama, que tem 340.136 palavras, é mais do que o dobro de extensão da constituição nacional mais detalhada (Índia).⁴⁵ Mesmo as constituições estaduais mais curtas, como as de New Hampshire e de Vermont, são ainda mais longas do que a Constituição Federal. Em média, as constituições estaduais atuais consistem em 36.333 palavras, enquanto uma constituição nacional normalmente contem 20.992 palavras. O comprimento da constituição nacional democrática normalmente é de 24.371 palavras, o que é ainda mais próximo da média das constituições estaduais.

stitute of Comparative Law in Japan, ed, **Future of Comparative Study in Law**. Chuo, 2011, p. 36–38.

43 Ver WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Constructions: Divided Powers and Constitutional Meaning**. Harvard, 1999, p. 1–19; KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford, 2004, p. 83–84, 135–37.

44 Nós mesmos coletamos os dados de extensão das constituições estaduais, e as comparamos com os mesmos dados coletados por DIXON, Rosalind & HOLDEN, Richard. *Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem*, in GINSBURG, Tom (Ed.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge, 2012, p. 199–209.

45 O Alabama é seguido pelo Texas (90.000 palavras), pelo Colorado (74.522 palavras) e por Oklahoma (74.075 palavras).

Figura 1: Atual extensão (contagem de palavras) das constituições do mundo

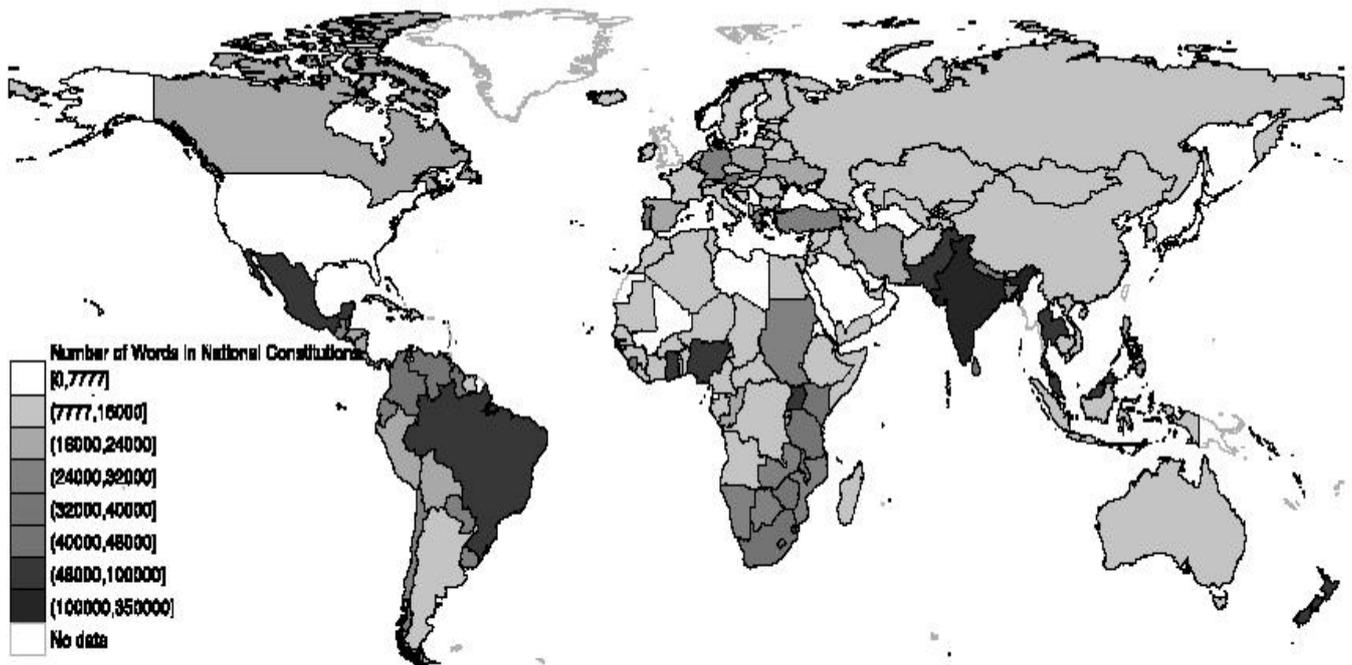
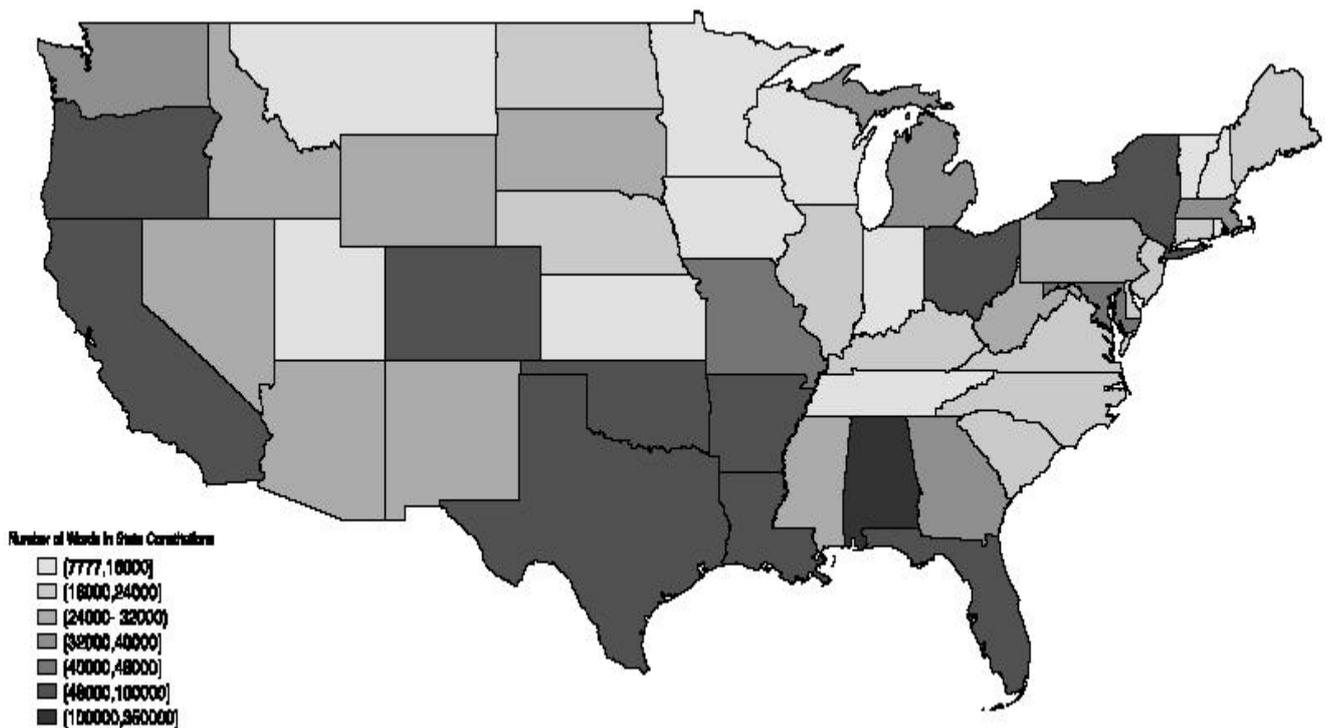


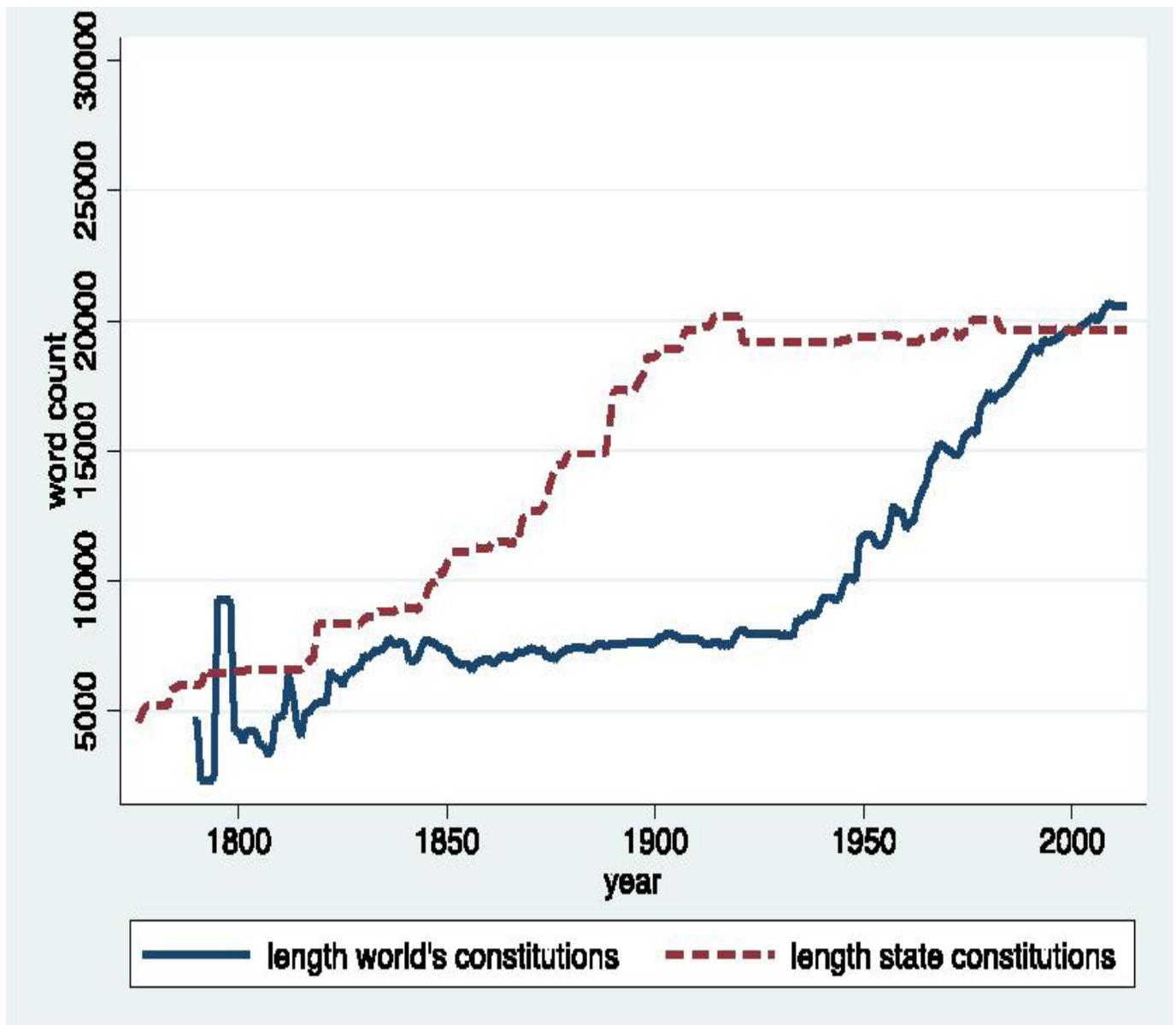
Figure 2: Atual extensão (contagem de palavras) das constituições estaduais



As constituições nacionais e as constituições estaduais norte-americanas têm crescido em extensão, desde o século XVIII. A Figura 3 mostra a extensão média de

constituições estaduais e constituições do mundo ao longo do tempo. Esses dados na verdade subestimam o crescimento das constituições estaduais e federais, uma vez que (ao contrário dos dados nas Figuras 1 e 2) são baseadas na extensão das constituições no momento da sua aprovação, ou seja, omitem o impacto de alterações. Por exemplo, quando adotada pela primeira vez, em 1901, a extensão da Constituição do Alabama era de 30.747 palavras, sendo por muito tempo um décimo do que é hoje (apenas a emenda que cria o programa *"Forever Wild"* foi maior do que toda a Constituição Federal).⁴⁶ No entanto, a Figura 3 mostra uma forte tendência a constituições mais longas, tanto para estados quanto para países.

Figura 3: Contagem de palavras das constituições do mundo e das constituições estaduais



46 Constituição do Alabama, emenda 543 (1992).

Uma das razões chaves para o aumento da extensão é que mais e mais áreas do direito atualmente estão incluídas nos documentos constitucionais. As constituições nacionais e as estaduais abrangem temas como a política fiscal e o desenvolvimento econômico, a gestão dos recursos naturais e os assuntos de importância cultural e de comportamento dos cidadãos. Na verdade, a extensão das constituições tem crescido de forma que elas hoje rotineiramente cobrem temas cada vez mais além dos direitos fundamentais e da estrutura básica do governo. A Constituição da Luisiana designa o aniversário de Huey Long como um feriado, enquanto que a Constituição da Venezuela faz referência ao "Libertador Simón Bolívar" e a Constituição turca faz dezesseis referências explícitas a "Atatürk", "líder imortal e herói incomparável" da nação. Além dessas questões de simbolismo político, as constituições estaduais e as constituições nacionais consagram uma série de escolhas políticas. Algumas constituições estaduais regulam o jogo de bingo, enquanto algumas constituições nacionais regulam loterias e não menos do que 26 por cento de todas as constituições nacionais proclamam o direito de praticar esportes. A Constituição do Alabama trata de bagre, gado, galinhas, porcos, ovelhas e cabras; enquanto a Constituição do Nepal trata de vacas e pássaros; a Constituição sueca prevê o direito de praticar a criação de renas; e uma série de outras constituições nacionais protegem os animais ou ainda consagram direitos aos animais. As constituições nacionais e estaduais também contêm normas ambientais detalhadas, como atestam as disposições da Constituição da Califórnia sobre proteção de recursos marinhos, a emenda "*Forever Wild*" da Constituição de Nova Iorque, e os direitos do Equador sobre a *Pacha Mama* (natureza). Ademais, como iremos tratar na Parte IV, as constituições estaduais e as constituições nacionais geralmente contêm uma gama de direitos socioeconômicos.

O aumento da extensão das constituições é normalmente associado com o crescimento das responsabilidades governamentais. John Boli descreve a expansão das constituições nacionais como: "Em 1900, o que um estado tinha a fazer para se comportar adequadamente como um estado era expandir

consideravelmente [para incluir] a educação em massa, a promoção da investigação científica, o licenciamento e a regulamentação de numerosos tipos de profissionais, a regulamentação das relações de trabalho, e as medidas de saúde pública...".⁴⁷ Todas essas tarefas, observa Boli, tornaram-se gradualmente constitucionais.⁴⁸ O mesmo aplica-se às constituições estaduais, as quais têm similarmente expandido a própria extensão conforme o crescimento da gama de funções governamentais. Bem como as constituições nacionais, essas responsabilidades incluem a oferta de educação pública, a regulação das relações de trabalho, o estabelecimento de aposentadoria pública e os programas de seguro desemprego, e a manutenção da saúde pública.⁴⁹

Como devemos entender essa mudança de *design* constitucional? Uma possibilidade é que essa abrangência do alcance constitucional promova o governo irrestrito. As constituições socialistas e autoritárias, particularmente, são frequentemente entendidas dessa forma; elas cobrem uma grande variedade de temas, porque elas permitem aos governos intervir e regular muitas áreas da vida humana.⁵⁰ Na literatura teórica, o aumento da extensão constitucional também é frequentemente associada à diminuição das limitações no governo.⁵¹ Essa ligação é particularmente percebida no contexto da Constituição dos Estados Unidos, que, como um documento de poderes enumerados, foi entendido por muito tempo como um instrumento que privava o governo federal de uma ampla gama de poderes simplesmente recusando-se a tratá-los.⁵² Nesse contexto, o aumento na extensão constitucional pode muito bem refletir a flexibilização das restrições constitucionais no que concerne ao governo.

47 BOLI, John. World Polity Sources of Expanding State Authority and Organization, 1870–1970, in THOMAS, George M. & al, **Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual**. Sage, 1987, p. 71, 77–78.

48 BOLI, John. World Polity Sources of Expanding State Authority and Organization, 1870–1970, in THOMAS, George M. & al, **Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual**. Sage, 1987, p. 71, 77–78.

49 Ver FRITZ, Christian G. **The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West**, 25 Rutgers L J, 1994, p. 945, 952.

50 Ver ARJOMAND, Said Amir. **Law, Political Reconstruction and Constitutional Politics**, 18 Intl Soc, 2003, p. 7, 10, 13, 22–23.

51 Ver por exemplo LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism**, 99 Cal L Rev, 2011, p. 1163, 1225.

52 Ver por exemplo Federalist 45 (Madison), in HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Jacob E. Cooke (Ed.), 1961.

No entanto, os governos com mais responsabilidades não são necessariamente governos sem restrições. Um aumento na extensão constitucional não automaticamente implica o aumento da discricionariedade do governo. De fato, ao escrever as constituições nacionais e as estaduais, os constituintes muitas vezes aumentaram a extensão das constituições, com a expressa intenção de limitar o arbítrio governamental. Esses constituintes visam restringir o governo não limitando o seu alcance, mas limitando as opções políticas disponíveis para aqueles que ocupam cargos políticos. Nos Estados Unidos, os constituintes em nível estadual exemplificam essa dinâmica particularmente bem. Os governos estaduais têm poderes amplos, em vez de poderes enumerados, ou seja, os governos não precisam de autorização constitucional para o exercício das suas competências.⁵³ Assim, o governo estadual pode assumir responsabilidades adicionais sem emendar a sua constituição. No entanto, a alteração da constituição pode garantir que o governo vai executar essas responsabilidades, os grupos de interesses rotineiramente pressionam por emendas buscando esse efeito, aumentando assim o comprimento das constituições.⁵⁴ Por exemplo, para se protegerem de poderosas corporações, grupos de agricultores do centro-oeste no final do século XIX e início do século XX fizeram *lobby* para conseguir dispositivos constitucionais que autorizassem os parlamentos a tratar do funcionamento de silos de grãos e regular as tarifas ferroviárias. Eles também pressionaram com sucesso por disposições instruindo os governos estaduais a estabelecer colégios agrícolas e a promover a cultura de certas plantas. Em nível nacional, grupos de interesses especiais (especialmente as ONG's nacionais e internacionais) também têm pressionado pela inclusão de cláusulas que obrigam o governo a lidar com questões sociais urgentes. Por exemplo, diante dos esforços das elites políticas para proteger a propriedade privada e o livre comércio, os constituintes acrescentaram direitos socioeconômicos judicializáveis, assim obrigando os governos a insistir no combate à desigualdade socioeconômica e na redistribuição da riqueza.⁵⁵ Esses exemplos ilustram como os constituintes podem aumentar o âmbito constitucional, visando limitar o arbítrio governamental.

53 Ver WILLIAMS, Robert F. **The Law of American State Constitutions**. New York, 2009, p. 249–53.

54 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 35.

55 Ver DIXON, Rosalind & GINSBURG, Tom. **The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'**, 4 Const Ct Rev, 2011, p. 1, 12–18.

Em alguns casos, a expansão constitucional limitou o governo não ao obrigá-lo a aceitar novas responsabilidades, mas ao proibi-lo explicitamente de adotar políticas específicas.⁵⁶ Por exemplo, os constituintes em nível estadual e nacional têm frequentemente usado as constituições para corrigir ou antecipar certos comportamentos governamentais em relação à política fiscal e econômica. Essa prática foi particularmente visível em convenções constitucionais estaduais do século XIX, as quais eram frequentemente uma resposta direta às experiências desastrosas com gastos deficitários dos parlamentos estaduais. Essas convenções se moveram rápida e decisivamente para delinear novos limites constitucionais aos parlamentos e evitar que eles fossem atraídos para a especulação arriscada ou que fossem corrompidos pela riqueza das corporações.⁵⁷ Eles colocaram novas restrições às doações e aos benefícios que os legisladores poderiam receber de empresas, estabeleceram limites relativamente baixos para o endividamento dos estados e proibiram os estados de financiar projetos de melhoria interna.⁵⁸ Esses limites ampliaram o âmbito das constituições estaduais tanto com novos temas, quanto forçando os parlamentos a buscar novas emendas constitucionais sempre que eles queiram alcançar um novo tipo de projeto de melhorias internas. Assim, os temas previamente tratados apenas pelos parlamentos estavam agora no âmbito dos textos constitucionais.⁵⁹

As constituições nacionais em todo o mundo têm igualmente testemunhado aumento no comprimento constitucional para se proteger contra a criação de políticas específicas. Políticas fiscais detalhadas, por exemplo, são cada vez mais encontradas em constituições nacionais e limitam a discricionariedade do governo nos gastos fiscais. As constituições nacionais também testemunharam uma forte tendência para o estabelecimento de uma série de organismos de vigilância. Comissões de supervisão eleitoral, as comissões de direitos humanos, *ombudsmen* e comissões anticorrupção são hoje características padrão de constituições

56 Ver HALL, Kermit L. *Mostly Anchor and Little Sail: The Evolution of American State Constitutions*, in FINKELMAN, Paul & GOTTLIEB, Stephen E. (Ed.), **Toward a Usable Past: Liberty Under State Constitutions**, Georgia, 1991, p. 388, 401.

57 Ver TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton, 1998, p. 112.

58 Ver TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton, 1998, p. 112-16.

59 Ver FRITZ, Christian G. **The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West**, 25 Rutgers L J, 1994, p. 967.

nacionais.⁶⁰ Sua adoção tem aumentado o âmbito dessas constituições, em uma tentativa de promover a restrição da discricção do governo que elas estabelecem.

DETALHES

As constituições nacionais democráticas e as constituições estaduais norte-americanas não só se assemelham em extensão, mas elas também se assemelham em seu relativamente alto nível de detalhes. Por exemplo, as disposições da Constituição dos Estados Unidos que instituem o poder judiciário, incluindo a sua jurisdição, a nomeação e a remuneração dos juizes, e a instituição do tribunal do júri compreendem 291 palavras. Por outro lado, as constituições do Alabama e do Equador usam cada uma quase 4.000 palavras para estabelecer seus poderes judiciários. Essas disposições não são mais longas porque os ramos judiciais no Alabama ou Equador executam uma ampla gama de tarefas, mas porque essas disposições são mais detalhadas.

O nível comparativamente mais elevado de pormenores nas constituições nacionais e estaduais parece resultar de dinâmicas políticas similares. Assim como com o aumento da abrangência das constituições, detalhes constitucionais servem como um mecanismo por meio do qual os constituintes tentam manter um controle mais rígido sobre os governos que eles estão estabelecendo.⁶¹ Por meio desses detalhes, os constituintes tentam restringir as escolhas dos cargos que vão interpretar e aplicar à constituição, incluindo juizes e legisladores.⁶² Muitas constituições estaduais norte-americanas, por exemplo, incluem instruções detalhadas sobre políticas, não apenas o que o Estado deve fazer exatamente, mas também como ele deve pagar por essas atividades, assim, não apenas criando um espaço de responsabilidade governamental, mas também dizendo aos seus respectivos governos exatamente como eles devem interpretar e cumprir essa responsabilidade.

60 GINSBURG, Tom. **Constitutional Specificity**: Some Preliminary Investigations, 82, University of Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 330, 2010, p. 79.

61 Ver por exemplo WILLIAMS, Robert F. **The Law of American State Constitutions**. New York, 2009, p. 28.

62 GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism**: From Theory to Politics. Princeton, 1996, p. 33-42.

Desse modo, é comum que as constituições estaduais designem que as receitas de fontes particulares sejam colocadas em fundos específicos, e utilizadas apenas para fins particulares. Para ilustrar, uma emenda de 1990 à Constituição de Minnesota estabeleceu um “ambiente e fundo fiduciário de recursos naturais” e, em seguida, exigiu que 40 por cento das receitas da loteria do estado fossem colocadas nela. As constituições nacionais muitas vezes empregam técnicas similares. Por exemplo, a Constituição da Costa Rica estabelece que “despesas públicas em educação do Estado, incluindo o ensino superior, não devem ser inferiores a seis por cento (6%) ao ano do Produto Interno Bruto”, enquanto que a Constituição nigeriana contém extensas instruções sobre como as receitas federais devem ser colocadas em um fundo público e como as suas receitas devem ser alocadas pelo governo.

Detalhes também foram adicionados às disposições constitucionais, visando proibir expressamente certas interpretações dessas disposições. Por exemplo, na Constituição de 1913 de Nova Iorque lê-se “nada nessa constituição deve ser interpretado de forma a limitar o poder do legislador de promulgar leis (...) para o pagamento (...) de indenização por danos aos empregados”, restringindo, assim, o Poder do Judiciário de anular um sistema estatal de compensação dos trabalhadores como uma violação da constituição do estado.⁶³ Em 1982, em resposta à decisão do tribunal de Massachusetts de que a pena de morte violaria a constituição estadual, a Constituição de Massachusetts foi alterada para garantir que ela não pudesse ser interpretada dessa forma, afirmando que “nenhuma disposição da Constituição (...) deve ser interpretada como proibindo a imposição da pena de morte”.⁶⁴ Da mesma forma, em resposta ao crescente ativismo judicial sobre os direitos LGBT em outros estados, a Luisiana alterou a sua constituição para afirmar que: “Nenhum funcionário ou tribunal do estado da Luisiana interpretará essa constituição, ou qualquer lei estadual para exigir que o casamento ou os seus respectivos incidentes legais sejam conferidos a qualquer membro de uma união que não seja a união entre um homem e uma mulher”. Em todos esses casos, detalhes constitucionais limitam a discricionariedade dos intérpretes constitucionais, permitindo que os constituintes e/ou as majorias eleitorais mantenham maior controle sobre os que irão governar sob esses documentos.

63 NY Constituição, Art. I, §18 (emendada 1938).

64 Massachusetts Constituição Art CXVI, emenda Massachusetts Constituição Art XXVI.

Muitas constituições nacionais têm empregado estratégias semelhantes para conter a discricionariedade judicial. Por exemplo, a maioria das constituições nacionais incluem extensas cláusulas de limitações que descrevem detalhadamente sob quais circunstâncias os direitos podem ser limitados, em vez de permitir que o poder judiciário resolva essas questões.⁶⁵ Em alguns casos, os constituintes adicionam detalhes em tentativas deliberadas de evitar reproduzir o modelo dos Estados Unidos, que confere ao poder judiciário substancial discricionariedade na interpretação da constituição. Por exemplo, estudos de caso evidenciaram que os constituintes da Constituição canadense e da Constituição indiana evitaram deliberadamente o termo “devido processo legal” por medo de que ele fornecesse um poder excessivamente amplo ao poder judiciário, e optaram por uma linguagem mais específica.⁶⁶ Dessa forma, os constituintes nacionais e estaduais parecem ter reconsiderado a estratégia da Constituição Federal para empregar disposições amplas e abertas.

IMPLICAÇÕES PARA AS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

As semelhanças entre os cálculos políticos presentes nas constituições nacionais em todo o mundo e aqueles presentes nas constituições estaduais norte-americanas não apenas servem como um corretivo importante sobre a excepcionalidade constitucional dos Estados Unidos, mas também convidam a reconsiderar algumas das concepções dominantes sobre constituições estaduais. Porque elas são tão amplas em abrangência e detalhadas na forma, que as constituições estaduais são frequentemente ridicularizadas como confusas e bobas, ou consideradas como de natureza meramente legal, em vez de verdadeiramente constitucional.⁶⁷ Ademais, os comentaristas atribuíram essa característica das constituições estaduais ao seu *status* subnacional. Os professores Tom Ginsburg e Eric Posner argumentam que, porque os governos estaduais são limitados pela Constituição Federal, os constituintes estaduais não

65 Ver LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **Sham Constitutions**, 101 Cal. L. Rev, 2013, p. 932-33.

66 Ver CHOUDHRY, Sujit. **The Lochner Era and Comparative Constitutionalism**, 2 Intl J Const L, 2004, p. 1, 15-24; KLUG, Heinz. **Model and Anti-Model: The United States Constitution and the “Rise of World Constitutionalism”**, Wis L Rev, 2000, p. 604-12.

67 Ver nota 14 para uma visão global.

precisam criar mecanismos constitucionais com o objetivo de restringir o seu governo.⁶⁸ Na linguagem da estrutura *principal-agent*, os constituintes estaduais enfrentam riscos menores, porque a existência de mecanismos federais de monitoramento reduzem os riscos das escolhas constitucionais estaduais.⁶⁹ Os professores Ginsburg e Posner entendem que esses riscos inferiores resultam em constituições subnacionais com restrições flexíveis sobre o governo.⁷⁰ Nessa linha, eles interpretam que a verbosidade das constituições estaduais dos Estados Unidos evidencia que os constituintes estaduais estavam livres para se concentrar não na tarefa constitucional essencial de restringir o governo, mas em vez disso, em tarefas menores, como as escolhas políticas de segunda ordem.⁷¹

O fato de que muitos constituintes nacionais parecem ter seguido a mesma estratégia de *design* constitucional dos estados americanos põe em dúvida a noção de que a abrangência e os detalhes das constituições estaduais dos Estados Unidos sejam simplesmente um subproduto do seu estado subnacional e da diminuição de riscos. Como já descrito acima, os detalhes das constituições têm refletido muitas vezes as intenções dos seus autores de melhor resolver o problema *principal-agent*, e não a sua liberdade para ignorá-lo. Isso é verdade em nível estadual e nacional. Ao transformar uma vasta gama de temas em tópicos constitucionais, as majorias populares têm tentado manter melhor controle sobre as escolhas dos cargos públicos, forçando os parlamentos a assumir papéis sociais importantes e impedindo-os de repetir as escolhas políticas desastrosas.⁷² Além disso, ao dar instruções específicas sobre a aplicação concreta das disposições por eles elaboradas, os constituintes estaduais limitaram a discricionariedade daqueles que as interpretam e implementam.

Claro, organizar todos os detalhes do governo previamente implica custos de negociação substanciais. As constituições são como contratos incompletos;

68 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1596.

69 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1596.

70 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1596.

71 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1588, 1606.

72 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 18–35.

em um ambiente político em constante mudança, é impossível prever todas as contingências de governo. No entanto, os constituintes podem esforçar-se em vários graus de completude; eles podem escrever normas e princípios gerais ou tentar escrever regras específicas. A especificidade é susceptível de aumentar os custos de negociação, porque é mais fácil para que as partes cheguem a acordos sobre princípios gerais do que sobre regras específicas.⁷³ No entanto, o aumento dos custos de negociação que acompanham a confecção de regras constitucionais específicas é compensado, pelo menos em parte, ao permitir que a constituição possa ser ajustada facilmente. Essa flexibilidade permite que os grupos renegociem quando surgirem falhas de *design* ou quando as circunstâncias mudarem. Essa concepção pode ajudar as partes a chegar a um acordo sobre as disposições constitucionais detalhadas, reduzindo assim os custos de negociação.

De fato, verifica-se que, na prática, a verbosidade constitucional anda de mãos dadas com a alteração frequente.⁷⁴ Os constituintes que escrevem as políticas elaboradas e detalhadas em sua constituição continuarão a modificar o documento em um processo de tentativa e erro e em resposta às mudanças nas condições econômicas e sociais. De acordo com os nossos próprios dados, a extensão das constituições está positivamente correlacionada com a sua taxa de alteração, em nível estadual e em nível nacional.

ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL

Em correspondência com James Madison, Thomas Jefferson notoriamente argumentou que “a terra pertence em usufruto aos que nela vivem” e, portanto, que cada geração deve escrever sua própria constituição.⁷⁵ Com base em cálculos de expectativa de vida, Jefferson determinou que uma geração dura dezenove anos, e propôs esse número como uma data de validade constitucional natural.⁷⁶ Madison

73 Mas ver KAPLOW, Louis. **Rules Versus Standards: An Economic Analysis**, 42 Duke L J, 1992, p. 557, 562–63.

74 Ver LUTZ, Donald S. **Toward a Theory of Constitutional Amendment**, 88 Am Polit Sci Rev, 1994, p. 355, 359, 362.

75 Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Sept 6, 1789), in BOYD, Julian P. (Ed.), **The Papers of Thomas Jefferson**. Princeton, 1958, p. 392, 392.

76 Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Sept 6, 1789), in Julian P. Boyd (Ed.), **The**

se opôs a essa ideia e argumentou energicamente que as constituições devem ser consolidadas para unir não apenas a atual, mas também as gerações futuras.⁷⁷

ESTABILIDADE

Nos Estados Unidos, a visão de Madison prevaleceu a nível nacional, enquanto a visão de Jefferson de frequente alteração popular nunca foi concretizada. De fato, a Constituição dos Estados Unidos perpetuou-se por mais de dois séculos, tornando-se o mais antigo documento constitucional no mundo. O documento apenas esporadicamente foi submetido a alterações textuais, tendo sido acrescentadas vinte e sete emendas em dezessete ocasiões.⁷⁸ Assim, as mudanças no significado desse documento não vieram por meio de uma forma indiscriminada de pensamento ou alteração, e certamente não por meio de convenções constitucionais ordinárias. Em vez disso, a Constituição dos Estados Unidos e as políticas que a rodeiam são caracterizadas por um grau incomum de preocupação com a estabilidade do documento. Esse pensamento se reflete em uma reverência generalizada às origens da constituição e na relutância geral dos americanos em alterá-la.⁷⁹

Como o professor Kim Lane Scheppelle argumentou, essa fixação em manter o sentido original da constituição é quase exclusivamente americana.⁸⁰ Autores e intérpretes constitucionais estrangeiros não compartilham, de uma forma geral, a obsessão americana em manter o texto original e seu significado. Em geral, os cidadãos de outros países estão mais dispostos a rever as suas constituições, e ao ponderar sobre esses documentos, eles tendem a enfatizar metas mais atuais, necessidades e propósitos que vão além da história e da continuidade.⁸¹ A escrita da constituição tem sido muitas vezes comparada à criação de um

Papers of Thomas Jefferson. Princeton, 1958, p. 392, 392.

77 Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Sept 6, 1789), in Julian P. Boyd (Ed.), **The Papers of Thomas Jefferson.** Princeton, 1958, p. 392, 392.

78 GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1607.

79 GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1607.

80 SCHEPPELE, Kim Lane. **Jack Balkin is an American**, 25 Yale J. L. & Hum, 2013, p. 23.

81 Ver de forma ampla ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, & MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions.** Cambridge, 2009.

“sistema operacional” para a nação com base nos princípios mais recentes do projeto constitucional. Esse compromisso com uma reformulação contínua reflete a crença na promessa de inovação: uma nação moderna não pode “ser executada em um Windows 3.1”, ela precisa atualizar seu sistema operacional de acordo com as novas percepções que surgem.⁸² As regras formais de alteração da maioria das constituições nacionais geram por si só essa flexibilidade em nível textual. Na verdade, de acordo com um estudo, a Constituição dos Estados Unidos é atualmente a mais difícil de emendar no mundo.⁸³ Assim, ao comparar as políticas nacionais constitucionais dos Estados Unidos com as de outros países, a abordagem americana parece ser um *outlier*.

Em nível estadual, no entanto, os americanos se empenham na alteração constitucional de forma que mais se assemelham às abordagens de outros países. Os constituintes estaduais têm mantido a tradição Jeffersoniana viva, e geralmente têm privilegiado a ideia de progresso e o desejo de atender às necessidades atuais mais do que a de manter um compromisso com a estabilidade constitucional. O professor Christian Fritz mostrou que os constituintes estaduais do século XIX viram-se envolvidos em um processo com uma visão mais futurista de constante reajuste das práticas constitucionais do passado para os problemas atuais.⁸⁴ Como um delegado da convenção constitucional de Luisiana de 1945 afirmou: “Aqueles que vierem depois de nós, avançando, como o mundo... certamente saberão melhor como governar a si mesmo do que nós”.⁸⁵

As constituições estaduais são projetadas para permitir essa flexibilidade. A maioria das constituições estaduais pode ser emendada em um processo que exige uma votação legislativa de dois terços (em muitos casos, por duas legislaturas subsequentes) após a qual deve ser ratificada pela maioria dos cidadãos. Embora isso torne as constituições estaduais mais difíceis de serem escritas e emendadas

82 LIPTAK, Adam. **“We the People” Loses Followers**, NY Times A1, Feb 7, 2012. (comparando a Constituição dos Estados Unidos da América ao Windows 3.1).

83 LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton, 1995, p. 237, 261 table 11.

84 Ver FRITZ, Christian G. **The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West**, 25 Rutgers L J, 1994, p. 978, 982.

85 Ver DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006.

do que a legislação ordinária, ainda é substancialmente mais fácil de emendar constituições estaduais do que o seu equivalente nacional. Além disso, de acordo com esse compromisso com a flexibilidade e a capacidade de resposta, alguns estados colocam uma data de expiração automática em sua constituição e exigem que o poder legislativo, na expiração, consulte o público sobre a possibilidade de realizar uma convenção constitucional. De acordo com a codificação dos Estados Unidos, doze constituições estaduais atualmente exigem que os legisladores coloquem essa questão em um referendo em intervalos regulares, que variam de anual até a cada vinte anos. Assim como constituições estaduais, algumas constituições nacionais também incluem cláusulas de expiração. As constituições de Fiji de 1990 e da Micronésia de 1975 exigem uma revisão a cada dez anos, enquanto que a Constituição da Papua-Nova Guiné convoca uma revisão a cada três anos.

SUBSTITUIÇÃO

As constituições nacionais e as constituições dos estados americanos não só sinalizam uma semelhante abertura a mudanças, mas elas também se assemelham em seus índices reais de substituição. Em um tratado sobre o assunto, os professores Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton (“Melkinsburg”) mostram que as constituições do mundo, de forma geral, duram apenas dezenove anos, antes de serem substituídas.⁸⁶ As recomendações de Jefferson combinam, com uma precisão impressionante, os índices reais de substituição constitucionais nacionais.

Nós reproduzimos a análise de Melkinsburg para as constituições estaduais norte-americanas. Esse exercício revela que a expectativa de vida média de constituições estaduais é de 44 anos. Em média a constituição estadual tem, assim, se mantido por um tempo duas vezes maior do que a média das constituições nacionais. E ainda no que diz respeito à substituição constante, as constituições estaduais ainda são muito mais semelhantes às constituições nacionais de outros países do que do seu próprio. Se a Constituição dos Estados Unidos fosse substituída na mesma velocidade em que a média da constituição estadual americana, a América estaria agora operando sob sua quinta constituição.

86 Ver DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, p. 129.

Para ser mais precisa, nem todos os estados são escritores assíduos de constituições; dezessete estados ainda estão operando sob suas constituições originais. Outros estados, no entanto, substituíram suas constituições com notável frequência. A Luisiana teve onze constituições, a Georgia teve nove, a Virgínia e a Carolina do Sul tiveram sete cada uma, e a Flórida e o Alabama tiveram seis cada uma. Somados, os estados produziram um total de 149 documentos até agora.

ALTERAÇÃO

As substituições constitucionais não precisam ocorrer de forma constante; as constituições estaduais e as constituições nacionais também são atualizadas com frequência por meio de emendas formais ou textuais. Como se observa, as regras de emendas formais das constituições estaduais e das outras constituições nacionais são mais flexíveis do que as da Constituição Federal dos Estados Unidos, permitindo assim que as organizações políticas mexam com as respectivas constituições de forma contínua.⁸⁷ O tempo médio de substituição, portanto, fornece apenas um olhar rápido da mudança que vem ocorrendo dentro de um sistema constitucional.

Um quadro mais completo de como os sistemas constitucionais sofrem mudanças formais requer que diferenciemos a substituição e a emenda. Na verdade, a diferença entre a emenda e a substituição em si não é sempre significativa.⁸⁸ Alguns estados norte-americanos, por exemplo, têm utilizado o processo de emenda formal para revisar toda a sua constituição, às vezes substituindo o conjunto de emendas por uma revisão formal. Por exemplo, a Califórnia aprovou 130 emendas à sua Constituição em 1966, e a Carolina do Sul aprovou 200 emendas entre 1971 e 1973. Quando os eleitores de Dakota do Norte rejeitaram uma convenção constitucional realizada em 1972, o legislador passou a incorporar muitas das emendas propostas pela convenção por meio de um conjunto amplo de emendas constitucionais, que foram aprovadas pelos eleitores.⁸⁹

87 Ver LUTZ, Donald S. **Toward A Theory of Constitutional Amendment**, 88 Am Pol Sc Rev, 1994, p. 360 e tbl. 3.

88 Ver ELKINS, Zachary; GISNBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge, 2009, p. 56–58.

89 TWETON, D. Jerome. **Voters Reject New Constitution by Overwhelming Margin**, ND

Não só as constituições podem ser efetivamente substituídas por meio do mecanismo de emenda, como a adoção formal de uma nova constituição, nem sempre atinge uma mudança satisfatória. Por exemplo, a Constituição de 1861 da Luisiana era exatamente a mesma que a Constituição de 1852, exceto pela substituição das palavras “Estados Unidos” pelas palavras “Estados Confederados”.⁹⁰ Esse fenômeno é particularmente comum entre as democracias nacionais inexperientes, quando um novo líder adota oficialmente uma “nova” constituição que mantém a maior parte do conteúdo da anterior.⁹¹ As constituições históricas do Haiti, da República Dominicana e da Venezuela – que juntas correspondem a 10 por cento de todas as constituições nacionais já escritas – são todas meras variações de seus documentos que as precederam; elas foram declaradas “novas” constituições apenas para marcar mudanças na liderança política.⁹² Mais recentemente, o documento de transição egípcio adotado após a deposição do presidente Hosni Mubarak foi uma versão moderadamente modificada da Constituição de 1971.⁹³

Para entender a mudança constitucional formal enquanto se evita a dificuldade de traçar distinções rígidas entre substituição e emenda, nós calculamos uma média do índice de alteração anual, o qual considera a dimensão na qual as políticas são locais de contínua atividade de elaboração da constituição. Especificamente, o índice de alteração anual é o número total de anos em que um estado ou país testemunharam mudanças constitucionais de algum tipo (por meio de substituição ou de emenda, independentemente de quantas emendas foram aprovadas naquele ano), dividido pelo número total de anos que o estado ou país existe.⁹⁴

Stud (Apr 14, 1972).

90 Ver DEVLIN, John. **Louisiana Associated General Contractors: A Case Study in the Failure of a State Equality Guarantee to Further the Transformative Vision of Civil Rights**, 63 *La L Rev*, 2003, p. 887, 893.

91 Ver ELKINS, Zachary; GISNBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge, 2009, p. 22–24.

92 Ver ELKINS, Zachary; GISNBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge, 2009, p. 23–24.57.

93 Ver LOMBARDI, Clark B. The Constitution as Agreement to Agree: The Social and Political Foundations (and Effects) of the 1971 Egyptian Constitution, in GALLIGAN, Denis J. & VERSTEEG, Mila (Eds.). **The Social and Political Foundations of Constitutions**. Cambridge, 2013, p. 398, 399.

94 Esses dados das emendas constitucionais estaduais são provenientes de DIXON, Rosalind & HOLDEN, Richard. Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem, in GISNBURG, Tom (Ed.), **Comparative Constitutional Design**. Cambridge, 2012 e são válidos

A coluna da esquerda da Tabela 1 lista os vinte e cinco estados norte-americanos com os maiores índices de alteração. Ela revela que o estado com a constituição mais frequentemente alterada é o da Luisiana, seguida pelo Texas, Nova Iorque, Oklahoma e Virgínia. O lugar da Luisiana no topo da lista confirma a observação popular de que a alteração constitucional “tem sido suficientemente contínua para justificar a inclusão do carnaval, futebol e corrupção como um dos componentes principais da cultura do estado [de Luisiana]”.⁹⁵

Na outra extremidade do espectro estão Vermont, Nova Hampshire, Maine, Iowa e Kentucky. Nenhuma constituição estadual, no entanto, tem uma taxa menor de alteração do que a Constituição dos Estados Unidos, e com a exceção de Vermont, Nova Hampshire e Maine, todas as constituições estaduais são alteradas pelo menos duas vezes mais que a Constituição Federal. Em média, em todos os estados, o índice de alteração anual é de 0,35, o que significa que os estados alteram suas constituições aproximadamente a cada três anos.

Os mesmos índices de alteração das constituições nacionais são retratados na coluna da direita da Tabela 1. Essa lista é liderada pela Índia (que, coincidentemente, tem o mesmo índice de revisão da Luisiana), seguido por Singapura, Áustria, Noruega e Malásia. O sistema constitucional mais estável é o do Japão, já que a Constituição do general McArthur nunca foi alterada desde a sua aprovação em 1947. Em média, o índice de alteração das constituições nacionais é de 0,21, o que significa que os países emendam ou substituem as suas constituições aproximadamente a cada cinco anos. Isso significa que enquanto as constituições nacionais são substituídas mais frequentemente do que as constituições estaduais (a cada dezenove anos, contra quarenta e quatro anos), o seu conteúdo é na verdade um pouco mais estável do que o das constituições estaduais (alteradas a cada cinco, contra três anos). Os textos das constituições estaduais e das constituições nacionais, no entanto, são claramente alterados com muito mais frequência do que o da Constituição dos Estados Unidos, que tem uma taxa de revisão de 0,07.

para 44 estados.

95 CARLETON, Mark T. **Elitism Sustained:** The Louisiana Constitution of 1974, 54 Tulane L Rev, 1980, p. 560.

Tabela 1: As vinte e cinco constituições estaduais e nacionais mais frequentemente alteradas

Constituições Estaduais		Constituições Nacionais	
Luisiana	0.68	Índia	0.68
Texas	0.61	Singapura	0.67
Nova Iorque	0.50	Áustria	0.59
Oklahoma	0.49	Noruega	0.57
Virgínia	0.49	Malásia	0.56
Nova Jersey	0.48	Malawi	0.54
Carolina do Sul	0.47	México	0.51
Colorado	0.47	Quênia	0.49
Novo México	0.46	Malta	0.46
Dacota do Norte	0.45	Finlândia	0.45
Delaware	0.44	Rússia	0.45
Arizona	0.44	Zimbábue	0.43
Flórida	0.43	Trinidade e Tobago	0.42
Ohio	0.41	Bangladesh	0.42
Oregon	0.41	Moldova	0.42
Washington	0.40	Geórgia	0.41
Pensilvânia	0.39	Senegal	0.41
Califórnia	0.39	Guiana	0.40
Wisconsin	0.39	Paquistão	0.40
Dacota do Sul	0.38	Suíça	0.39
Carolina do Norte	0.37	Suécia	0.38
Idaho	0.36	Alemanha	0.37
Nevada	0.35	Tanzânia	0.37
Mississippi	0.34	Maurício	0.37
Connecticut	0.32	Costa Rica	0.36

A sobreposição dos índices de alteração de constituições estaduais e de constituições nacionais sinalizam uma vontade comum de rever os textos constitucionais. É importante notar, contudo, que a taxa de alteração indica apenas a frequência de modificações textuais dentro de um sistema, mas não evidencia

o grau de mudança constitucional que o sistema tem sofrido. Em primeiro lugar, o índice de alteração conta todas as modificações da mesma forma, quando, na realidade, uma alteração pode ser de pouca importância, enquanto outra pode mudar a natureza de todo o documento. Além disso, uma grande parte das modificações votadas em um único ano pode, na realidade, reformar uma constituição existente, mas não pode, por meio dessa avaliação de alteração, ser distinguida de uma mera mudança trivial. Em segundo lugar, pelo menos nos Estados Unidos, mudanças substanciais no sentido constitucional têm ocorrido mais em sentido da interpretação do que de alteração textual.⁹⁶ Na verdade, o fato de que os Estados Unidos têm uma taxa de alteração baixa não quer dizer que o significado da Constituição dos Estados Unidos passou por poucas mudanças. Todavia, os índices de alteração apontam que os americanos preferem a estabilidade textual à capacidade de resposta constitucional. Tal como acontece com a extensão do documento, essa caracterização apenas é verdade para a política em torno da Constituição Federal.

PARTICIPAÇÃO POPULAR

Nas constituições nacionais do mundo e nas constituições estaduais norte-americanas, a abertura para a alteração constitucional coincide com o compromisso de envolvimento popular na escrita da constituição. Como as visões de Jefferson nitidamente exemplificaram, a flexibilidade constitucional serve aos desejos da geração atual, privilegiando a capacidade democrática de resposta sobre a fidelidade aos compromissos assumidos no passado.⁹⁷ Nesse sentido, as constituições estaduais têm seguido quase universalmente o modelo proposto por Jefferson. De acordo com a nossa própria coletânea, todas, exceto uma das constituições estaduais atuais, exigem uma nova constituição a ser aprovada por referendo popular, e quarenta e uma preveem participação popular sobre a possibilidade de realizar uma convenção constitucional. Dezesete constituições estaduais, além disso, estabelecem iniciativas populares diretas, permitindo assim

96 VILE, John R. **American Views of the Constitutional Amending Process: An Intellectual History of Article V**, 35 Am J Legal Hist, 1991, p. 44, 57-58.

97 Ver Letter from Thomas Jefferson to James Madison, in HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Clinton Rossiter (Ed.), 1961, p. 395-396.

que os cidadãos não dependam de seus representantes eleitos de forma geral. Devido a essa abertura para a participação popular, constituições estaduais são muitas vezes vistas como “a voz do povo”.⁹⁸

O mesmo compromisso com a participação popular cada vez mais pode ser encontrado na maioria das constituições nacionais. Embora historicamente as constituições nacionais sejam escritas pelas elites, as últimas décadas têm testemunhado uma forte tendência mais inclusiva nos processos de criação da constituição.⁹⁹ Inspirado pelo sucesso de renome da Constituição sul africana de 1994 – que foi elaborada com ampla participação popular –, há um consenso crescente entre os estudiosos internacionais, consultores e ativistas de que um processo inclusivo e bem projetado é um ingrediente fundamental para uma constituição de sucesso. Além da Constituição sul africana de 1994; a Constituição da Uganda, de 1995; a Constituição da Eritreia, de 1997; a Constituição da Tailândia, de 1997; as recentes constituições populistas radicais na América Latina, e a constituição “de origem popular” de 2011 da Islândia foram todas desenvolvidas com a participação popular. Na verdade, o número de constituições ratificadas por referendo popular situa-se em 40 por cento atualmente e tem aumentado rapidamente nas últimas décadas.¹⁰⁰ Além disso, um número crescente de constituições nacionais é escrito por assembleias constitucionais especialmente eleitas, prática que coloca a alteração constitucional fora do reino da tomada de lei ordinária. Dessa forma, aqui novamente, os processos constitucionais estaduais se assemelham a um número crescente de processos nacionais, em seu compromisso com o envolvimento ativo do público para escrever e revisar os textos constitucionais.

IMPLICAÇÕES PARA CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

A facilidade com que as constituições estaduais podem ser alteradas levou muitos estudiosos do constitucionalismo norte-americano a impugnar sua

98 *Vreeland v Byrne*, 370 A2d, 825, 830 (NJ 1977).

99 Ver por exemplo AUCOIN, Louis. Introduction, in MILLER, Laurel E. (Ed.), **Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making**. United States Institute of Peace, 2010, p. XIII.

100 Ver GINSBURG, Tom, ELKINS, Zachary, & BLOUNT, Justin. **Does the Process of Constitution-Making Matter?**, 5 Ann Rev Law & Soc Sci, 2009, p. 201, 206–09.

concepção. Afinal, não apenas as constituições estaduais estão repletas de escolhas de política detalhadas, mas essas escolhas estão sempre em constante mudança. Essa flexibilidade textual não parece refletir uma aspiração “de permanecer por muito mais tempo”.¹⁰¹ Muito pelo contrário, muitas constituições estaduais parecem mudar “de acordo com os caprichos legislativos ou populares”.¹⁰² Essa capacidade de resposta democrática, juntamente com seu alto nível de detalhe, levou muitos observadores a considerar as constituições estaduais meramente como “legislativas” ou “legais” em sua essência.

A flexibilidade das constituições estaduais atinge os observadores como “legal”, em grande parte, porque muito da teoria constitucional atual se iguala a um constitucionalismo enraizado. A maleabilidade das constituições estaduais, portanto, parece ser uma evidência de que esses documentos são significativamente diferentes das constituições nacionais. Os professores Ginsburg e Posner, por exemplo, têm argumentado que as constituições estaduais são alteradas com tanta frequência, justamente porque são documentos meramente subnacionais.¹⁰³ Livres da necessidade de manter seus governos subnacionais sob fiscalização, os constituintes estaduais podem amenizar as rígidas regras de alteração destinadas a assegurar que os governos continuem a servir os interesses dos seus cidadãos. Dessa forma, a flexibilidade das constituições estaduais é citada como prova de que os riscos foram amenizados em nível subnacional, e que os americanos têm, conseqüentemente, estado mais dispostos a alterar suas constituições subnacionais do que a constituição nacional.

Novamente, o fato de que muitos constituintes nacionais fizeram suas constituições tão maleáveis quanto as constituições dos estados americanos lança dúvidas sobre a suposição de que a flexibilidade é meramente um produto do seu *status* subnacional. Pelo contrário, a flexibilidade constitucional parece ser a estratégia de criação prevalecente em todo o mundo. Mais ainda, a flexibilidade constitucional, em algumas circunstâncias, pode ser uma estratégia

101 POPE, James Gray. **An Approach to State Constitutional Interpretation**, 24 Rutgers L J, 1993, p. 985, 990.

102 POPE, James Gray. **An Approach to State Constitutional Interpretation**, 24 Rutgers L J, 1993, p. 985.

103 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan. L. Rev, 2010, p. 1606-11.

racional para reduzir os riscos. Na linguagem do problema *principal-agent*, a estratégia não é fazer com que a constituição seja difícil de ser modificada, para que ela possa controlar muitas outras gerações por vir. Ao contrário, opta-se por manter o poder de alterar a constituição de forma consistente para que ela possa rotineiramente atualizar suas instruções para seus agentes, criando continuamente novas limitações ao poder discricionário governamental. Para manter um controle rígido, essas reformas constitucionais são tipicamente criadas com grande detalhe, já que detalhes e flexibilidade são parte da mesma estratégia de *design*. Além disso, a flexibilidade constitucional permite a alteração da própria estrutura do governo para corrigir os problemas percebidos com os mecanismos que garantam a capacidade de resposta. Assim, com regras rígidas de alteração, a flexibilidade pode servir ao objetivo de maximizar o controle popular sobre o governo, permitindo que o povo use as constituições para garantir que o governo atenda as suas necessidades existenciais.

DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

“Educação”, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, “não está dentre os direitos protegidos explicitamente pela nossa Constituição Federal”.¹⁰⁴ O mesmo vale para outros direitos socioeconômicos, tais como o direito à saúde, a um dia de trabalho com carga horária limitada, ao seguro social por invalidez, e a um ambiente saudável.¹⁰⁵ A Constituição Federal – pela interpretação da corte – omite não apenas os direitos positivos, mas também a obrigação do Estado adotar ações afirmativas para proteger direitos negativos reconhecidos.¹⁰⁶ De acordo com esse ponto de vista influente, a constituição apenas orienta o governo federal a se abster de tomar medidas; ela restringe em vez de ordenar intervenções do governo.

A falta de garantias socioeconômicos específicas na Constituição dos Estados Unidos é amplamente citada como evidência do constitucionalismo excepcional

104 *San Antonio Independent School District v Rodriguez*, 411 US, 1973, 1, 35.

105 Ver HERSHKOFF, Helen. **Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review**, 112 Harv L Rev, 1999, p. 1131, 1132–33 & nn 2–5.

106 Ver *DeShaney v Winnebago County Department of Social Services*, 489 US, 189, 195–96 (1989).

americano.¹⁰⁷ Um breve olhar sobre as constituições do mundo revela que uma esmagadora maioria contém direitos socioeconômicos, tais como o direito à educação, à saúde, à habitação, à seguridade social, ao trabalho, às condições seguras de trabalho, à água e à comida. Nada menos do que 87 por cento de todas as constituições atuais contêm pelo menos um direito socioeconômico textual, e mais da metade contém pelo menos três dessas disposições. Disposições como a proteção dos direitos dos trabalhadores na Constituição do México de 1917, o direito à água potável na África do Sul contemporânea, e outros direitos socioeconômicos formam o núcleo das tradições constitucionais da maioria das nações. Além disso, mesmo os países cujas constituições raramente consagram direitos negativos de liberdade comumente reconhecem obrigações governamentais positivas que fluem a partir dessas obrigações negativas. Na maioria dos sistemas, bem como sob o direito internacional dos direitos humanos, os governos violam as cláusulas de direitos negativos por não agir, ou não impedir os abusos de direitos por particulares.¹⁰⁸ A Constituição dos Estados Unidos, pelo contrário, parece destacar-se como “uma carta de liberdades negativas em vez de liberdades positivas”.¹⁰⁹

Muitos estudiosos têm atribuído a falta de obrigações positivas explícitas e judicialmente reconhecidas na Constituição dos Estados Unidos a uma tradição nitidamente liberal de longa data nas políticas americanas. A Constituição dos Estados Unidos é muito atípica, e o argumento está no fato de que os americanos são extremamente desconfiados com o governo, dedicando a sua mais alta lei a manter o governo fora de seus assuntos, e a buscar sua proteção apenas por uma questão de estatuto. Em parte, a omissão de direitos socioeconômicos na Constituição dos Estados Unidos está relacionada com sua extensão limitada. De acordo com nossos dados, existe uma correlação positiva entre a presença de direitos socioeconômicos explícitos e a extensão constitucional.¹¹⁰ Mas a omissão de direitos

107 Ver SUNSTEIN, Cass R. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?, in IGNATIEFF, Michael (Ed.), **American Exceptionalism and Human Rights**. Princeton, 2005, p. 103.

108 Ver HENKIN, Louis & al., **Human Rights**. Foundation Press, 2009, p. 217.

109 Ver por exemplo HERSHKOFF, Helen. **Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review**, 112 Harv L Rev, 1999, p. 1133, citando Jackson v City of Joliet, 715 F2d, 1200, 1203 (7th Cir 1983).

110 A correlação entre a extensão e o número de direitos socioeconômicos é de 0.61.

socioeconômicos na Constituição Federal não é apenas uma consequência de sua brevidade. Na verdade, até mesmo as outras três constituições que são igualmente muito curtas em extensão – a da Dinamarca, a do Japão e a da Noruega – todas incluem direitos socioeconômicos. Dessa forma, muitos estudiosos atribuíram as diferenças na Constituição Federal norte-americana às diferenças de caráter nacional, afirmando que os americanos simplesmente se recusaram a incluir esse tipo de direito em seu direito constitucional ou em sua jurisprudência.

Ao considerar apenas a Constituição Federal, parece que os Estados Unidos são um *outlier* em um mundo repleto de obrigações constitucionais positivas explícitas. Mas quando incluimos as constituições estaduais no cenário, os Estados Unidos não são tão excepcionais assim; os americanos consagraram muitos direitos positivos explícitos no seu direito constitucional estadual. A partir do ano de 2012, trinta constituições estaduais incluíram uma ou mais disposições que obrigam o governo a cuidar dos pobres e/ou dos portadores de deficiência; onze constituições estaduais exigem que o estado defina o salário mínimo e/ou a máxima carga horária de um dia de trabalho; dezesseis constituições estaduais protegem o direito à sindicalização; nove constituições estaduais exigem que o governo regule a segurança no trabalho; e quatorze constituições estaduais protegem o direito a um ambiente natural limpo e saudável. O compromisso das constituições estaduais com os direitos positivos se estende além dos direitos socioeconômicos puramente. Muitos estados ocidentais consagram direitos sobre a água em suas constituições, um número de constituintes no final do século XIX exigiram constitucionalmente legislações para estabelecer limites sobre as taxas que as ferrovias poderiam cobrar de seus clientes, e mais recentemente, os constituintes acrescentaram dispositivos para proteger as vítimas de crimes violentos. Como esses exemplos mostram, os americanos não se intimidam em impor deveres constitucionais positivos ao governo.¹¹¹

As constituições tanto dos países quanto dos estados variam na forma como elas escrevem e enquadram esses direitos. Em ambos os contextos, as obrigações positivas não são sempre encontradas no projeto de declaração de direitos. Direitos

111 Ver amplamente RESNIK, Judith. **Constitutional Entitlements to and in Courts:** Remedial Rights in an Age of Egalitarianism: The Childress Lecture, 56 SLU L J, 2012, p. 917.

socioeconômicos também podem ser encontrados em artigos que tratam da legislação ou em uma seção separada sobre as políticas socioeconômicas. As constituições estaduais e aquelas nacionais também variam na forma como os direitos são escritos. Elas por vezes usam a linguagem dos direitos, enquanto em outros momentos os direitos socioeconômicos são formulados como deveres do governo (por exemplo, "é dever do Estado...") ou ordens (por exemplo, "o legislador deve...").

Há muitos dispositivos em constituições estaduais que poderiam ser caracterizados como direitos socioeconômicos positivos. Não é nosso objetivo catalogá-los aqui, ou diferenciar direitos positivos de outros direitos, ou direitos e não direitos. Pretendemos apenas demonstrar que os estados norte-americanos constitucionalizaram muitos dos mesmos direitos socioeconômicos atualmente encontrados em todo o mundo e, como acreditamos, estão ausentes da tradição constitucional dos Estados Unidos. Assim, selecionamos nove direitos socioeconômicos que são comumente encontrados de alguma forma ao longo de constituições do mundo e procuramos esses direitos nas constituições estaduais norte-americanas.

Os resultados são apresentados na Tabela 2 e na Figura 4. A Figura 4 mostra o número total de direitos positivos atuais por estado. Ela ilustra que os direitos positivos são comuns nas constituições estaduais. Os únicos estados que não incluem qualquer um dos nove direitos socioeconômicos que são codificadas são Nova Hampshire e Vermont. Parte dos estados incluiu pelo menos um desses direitos em sua constituição. As constituições estaduais que atualmente incluem o maior número de direitos que codificamos são as de Wyoming e de Montana, cada uma delas inclui sete direitos, seguidas por Arizona, Idaho, Nova Iorque, Oklahoma, e Utah, cada uma delas inclui seis. A Tabela 2 mostra a prevalência de cada um dos nove direitos em ambas as constituições estaduais e as constituições do mundo hoje. Ela revela que entre os estados americanos, o direito à educação é muito mais comum, seguido pelos direitos para as pessoas com deficiência e para os pobres. O mais comum entre as constituições do mundo, pelo contrário, é o direito de greve e sindicalização, seguido pelo direito a um ambiente saudável e o direito à educação.

Figura 4: Número de direitos positivos nas constituições estaduais

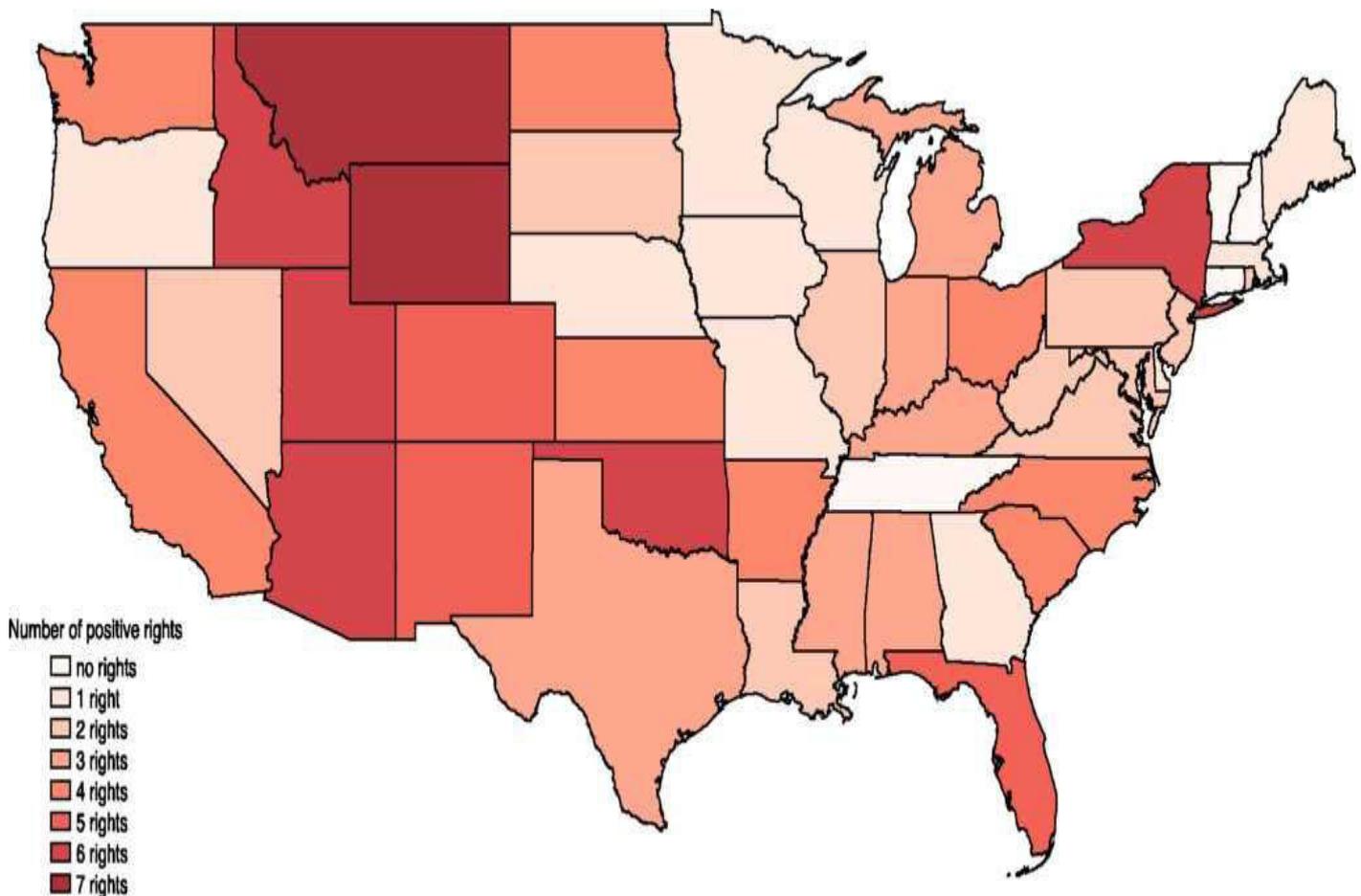


Tabela 2: Prevalência de nove direitos socioeconômicos nas constituições estaduais e nas constituições do mundo

	Constituições Estaduais	Constituições Nacionais
Direito à educação pública	90%	65%
Direitos para os deficientes (surdo, mudo, cegueira, deficiência mental)	58%	34%
Direitos para os pobres/ bem-estar social	42%	64%
Direito à greve e/ou sindicalização	32%	72%
Direito ao meio ambiente saudável	28%	65%
Direito a condições seguras de trabalho	26%	52%
Direito para a carga horária máxima por dia/direito ao descanso	24%	53%
Proibição de trabalho infantil	20%	16%
Direito a salário mínimo	10%	48%

O DIREITO À EDUCAÇÃO GRATUITA

O direito à educação é tanto o exemplo mais claro quanto o mais antigo dos direitos constitucionais positivos dos Estados Unidos. Dos direitos que codificamos aqui, os direitos à educação foram, de longe, os mais prevalentes. Os direitos à educação também são uma característica generalizada das constituições nacionais. A Figura 5 mostra o percentual de constituições estaduais (painel A) e constituições nacionais (painel B), que exigem que o governo ofereça educação gratuita. Um total de 90 por cento das constituições estaduais atualmente exigem que o estado ofereça educação pública e gratuita, e 65 por cento das constituições do mundo hoje incluem uma exigência correspondente. Outros 15 por cento das constituições nacionais mencionam a educação sem exigir sua prestação de forma gratuita. Os direitos à educação são uma característica comum das constituições estaduais e constituições do mundo igualmente.

Em constituições nacionais, o direito à educação gratuita foi adotado pela primeira vez pelo Haiti em 1816, seguido pelo Brasil (1824), Portugal (1826) e Peru (1828). Em 1900, dezesseis das trinta e quatro constituições em vigor naquela época haviam adotado o direito à educação gratuita. Esses direitos precederam a adoção de outros direitos positivos nas constituições nacionais, assim como o aumento do estado de bem-estar social. Segundo a professora Micheline Ishay, isso ocorreu porque esses direitos foram fundamentais na luta da classe trabalhadora do século XIX pelo sufrágio universal.¹¹² Em resposta às alegações de que apenas os cidadãos alfabetizados podiam votar, os movimentos de trabalhadores em todo o mundo primariamente exigiram o direito à educação. Além disso, o direito à educação também foi o principal foco do movimento contra o trabalho infantil em muitos países. As péssimas condições de trabalho para as crianças durante a Era da Industrialização mobilizaram forças progressistas entre elites para proibir o trabalho infantil e enviar as crianças para a escola em vez de trabalharem. A política de direitos da educação infantil foi assim caracterizada por ativistas de diferentes camadas sociais que forçaram as elites dominantes a dedicar recursos

112 Ver ISHAY, Micheline R. **The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era**. 2. ed., California, 2008, p. 143 .

econômicos para a educação pública, incluindo dispositivos educacionais nas constituições de suas nações. Como resultado, o direito à educação se tornou um dos pilares das constituições nacionais bem antes de outros direitos positivos alcançarem o mesmo *status*.

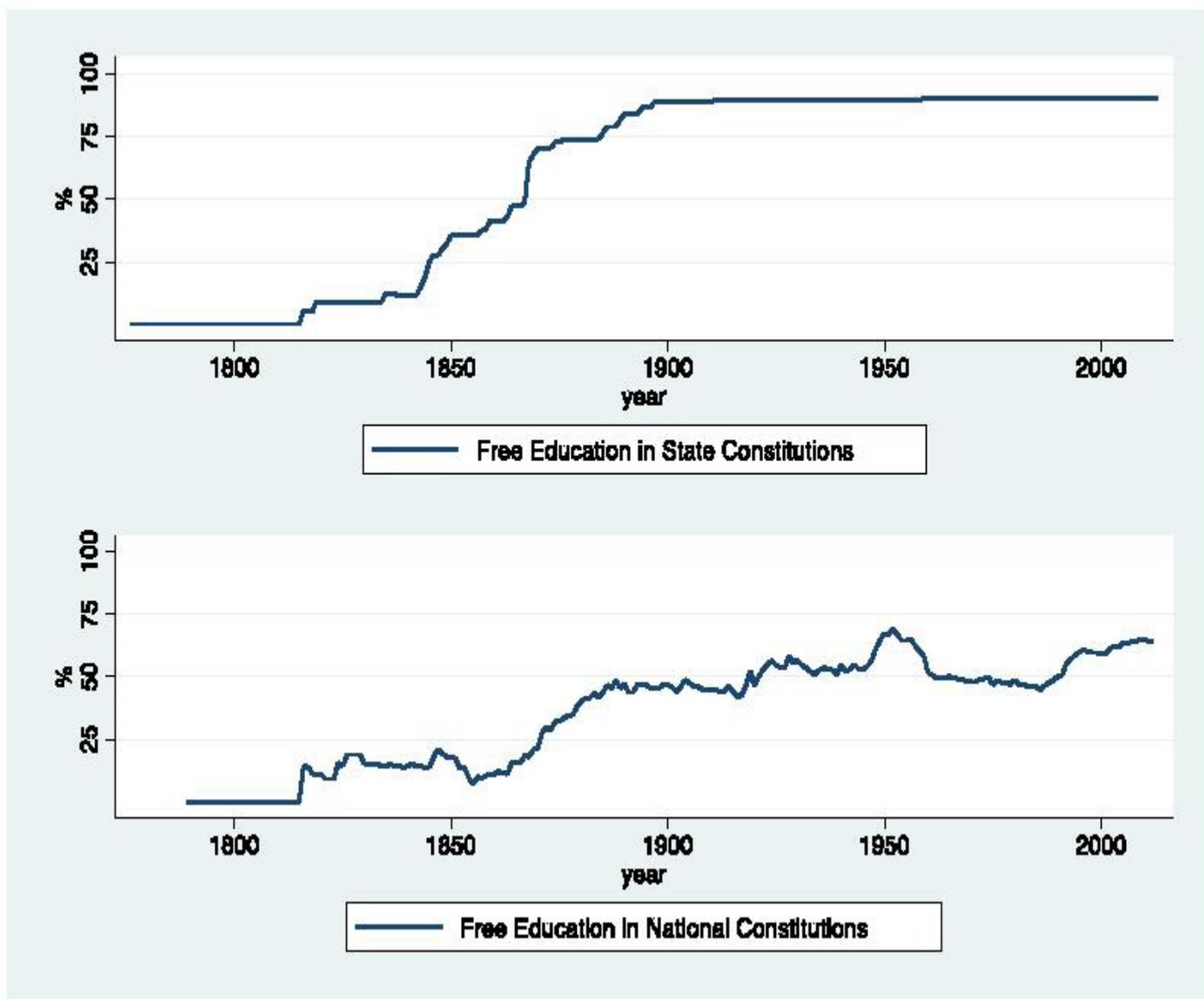
Os primeiros direitos à educação foram consagrados nas constituições estaduais, mesmo antes de eles se tornarem comuns nas constituições nacionais. A primeira disposição comum de pleno direito escolar que explicitamente garantiu educação pública gratuita foi adotada por Indiana (1816), seguido por Maine (1819), Michigan (1835) e Rhode Island (1843). No entanto, Massachusetts foi o primeiro estado a criar um dispositivo constitucional relacionado à educação, e o fez em 1780. Sua constituição proclamou que: "A sabedoria, e o conhecimento, bem como a virtude, difusa de maneira generalizada entre o povo, é necessária para a preservação de seus direitos e liberdades; e uma vez que essas dependem da distribuição de oportunidades e vantagens da educação nas várias partes do país, e entre as diferentes classes do povo, deve ser o dever dos legisladores e magistrados, em todos os tempos futuros dessa comunidade, valorizar os interesses da literatura e das ciências, e todos os seminários deles; especialmente a universidade em Cambridge, escolas públicas e escolas de gramática nas cidades". Quatro anos mais tarde, essa disposição foi copiada quase literalmente na Constituição de Nova Hampshire.¹¹³

O texto de Massachusetts e as provisões revolucionárias de Nova Hampshire refletem uma preocupação essencialmente republicana sobre o caráter dos cidadãos, e a convicção de que o autogoverno só funcionaria com uma população educada com base em hábitos eficientes de pensamento e ação. As normas constitucionais posteriores que estabelecem sistemas escolares gratuitos, sem dúvida, têm suas raízes nessas convicções republicanas, mas também são um produto da era Jacksoniana e sua rápida industrialização, do fantasma de crianças trabalhadoras em condições terríveis e de uma preocupação nacional geral com a classe econômica e a igualdade. As escolas públicas gratuitas também eram populares entre aqueles que se preocupavam com as implicações culturais da imigração e esperavam utilizar as escolas como mecanismos de assimilação. Uma onda final de disposições constitucionais demandando escolas gratuitas ocorreu durante a Reconstrução, enquanto os

113 NH Const Part II, Art LXXXIII.

republicanos radicais, incluindo representantes negros recém-libertos, utilizaram as convenções constitucionais para garantir que estados do Sul estabelecessem escolas baseadas nos modelos de sistemas estaduais de sucesso no Norte. Como a nível nacional, grupos sociais mobilizaram-se para garantir a proteção constitucional da educação, forçando o governo a aplicar recursos para melhorar a posição dos filhos da classe trabalhadora, dos imigrantes e das minorias raciais. A história das disposições educacionais por si só compreende um compromisso marcado de longa data com os direitos constitucionais positivos nos Estados Unidos, que precedeu o surgimento de direitos correspondentes nas constituições nacionais em todo o mundo.

Figura 5: A educação gratuita nas constituições estaduais dos Estados Unidos e nas constituições nacionais do mundo



O DIREITO A UM AMBIENTE SAUDÁVEL

A semelhança entre os direitos socioeconômicos globais e os encontrados nas constituições estaduais dos Estados Unidos não é apenas uma lembrança histórica. Por exemplo, as constituições nacionais e constituições estaduais dos Estados Unidos contêm garantias muito semelhantes de proteção ambiental, e esses direitos ambientais são um produto do final do século XX. A Figura 6 mostra a prevalência do direito a um ambiente saudável tanto em constituições americanas estaduais (painel A) quanto em constituições do mundo (painel B). Ela mostra que os direitos ambientais constitucionais eram praticamente inexistentes antes de 1960, quando começaram a aparecer nos Estados Unidos e, em seguida, nas constituições nacionais. Ela também demonstra que os direitos ambientais se espalharam mais rápido e mais cedo nas constituições dos estados norte-americanos do que nas constituições do mundo.

A constitucionalização global desses direitos ambientais é geralmente atribuída à Declaração de Estocolmo do Meio Ambiente Humano, produto de uma conferência internacional, em 1972, que explicitamente uniu os direitos humanos com o *status* do meio ambiente natural.¹¹⁴ Claro, esses direitos também surgiram como parte da revolução dos direitos mais amplos do período, as crescentes preocupações mundiais sobre degradação ambiental e uma mudança global em direção à democracia constitucional que caracterizou o final do século XX.¹¹⁵

Nos estados norte-americanos, os direitos ambientais foram incluídos tanto nas constituições novas quanto nas já existentes, e os legisladores estaduais mostraram entusiasmo em criar essas disposições. Na verdade, o primeiro Dia da Terra parece ter motivado várias legislações estaduais a criar disposições de direitos ambientais em 1970.¹¹⁶ Esse padrão de inclusão sugere que os direitos ambientais não foram meramente criados a pedido de grupos de interesse

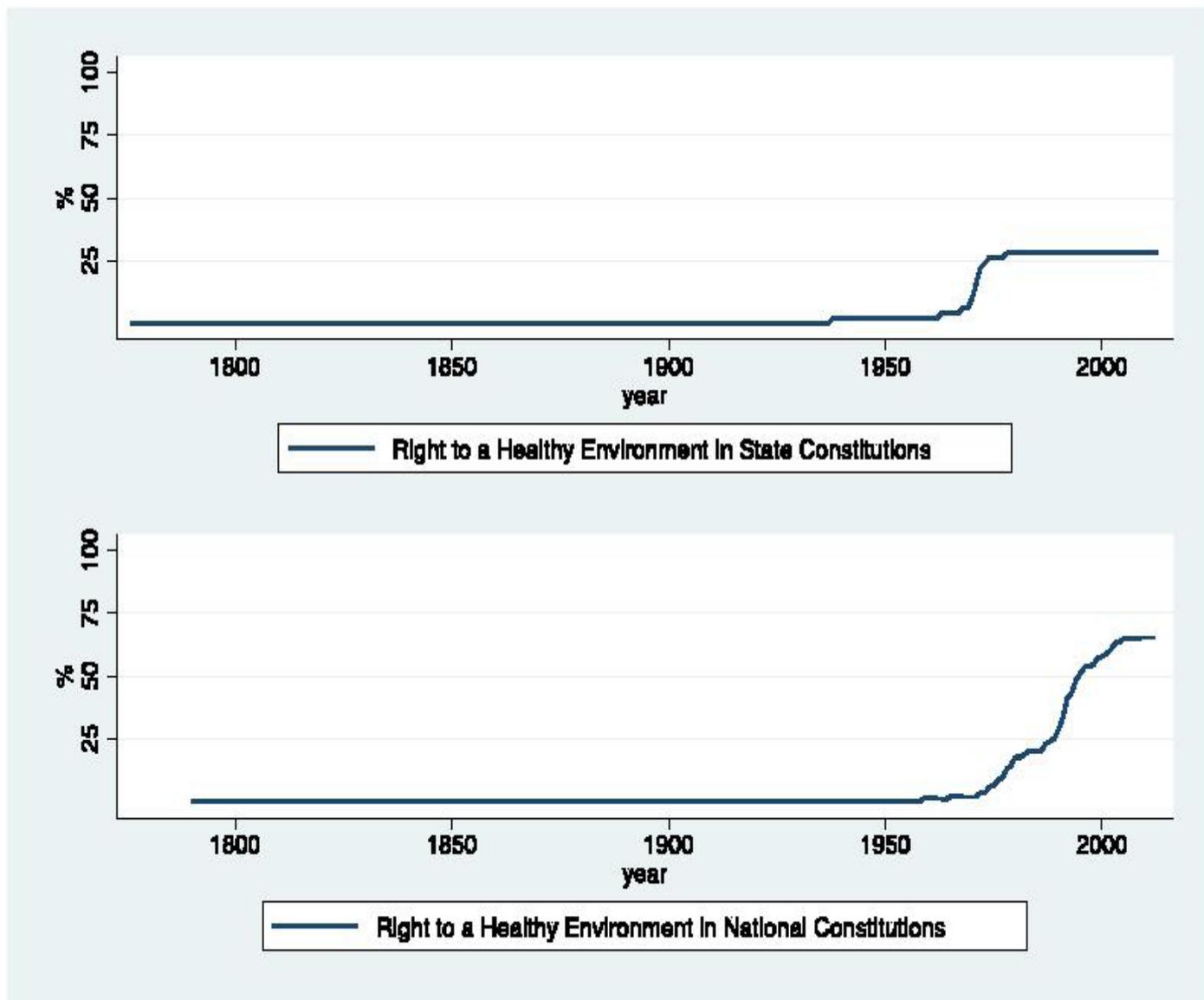
114 Ver BOYD, David R. **The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment.** Toronto, 2012, p. 13, 17, 19.

115 Ver BOYD, David R. **The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment.** Toronto, 2012, p. 7–12.

116 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights.** Princeton, 2013, p. 148–53.

ambiental que participaram de grandes processos de alteração, mas que esses direitos receberam apoio público suficiente para criar modificações nas constituições existentes.

Figure 6: Direito ao meio ambiente saudável nas constituições estaduais dos Estados Unidos e nas constituições nacionais do mundo



OUTROS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

As constituições nacionais do mundo e as constituições estaduais norte-americanas têm muitas outras categorias de direitos socioeconômicos em comum. Por exemplo, as constituições estaduais e as constituições nacionais contêm

direitos trabalhistas positivos. De acordo com nossa pesquisa, pouco mais de um quarto de todas as constituições estaduais atualmente em vigor contêm os direitos trabalhistas positivos, tais como o direito a um salário mínimo, uma carga horária máxima de trabalho diário, ou condições de trabalho seguras, enquanto cerca de 60 por cento das constituições do mundo fornecem os mesmos direitos. No entanto, os direitos trabalhistas contidos nas constituições nacionais geralmente diferem em forma e conteúdo daqueles das constituições estaduais. Muitas constituições nacionais incluem amplas declarações de direito dos trabalhadores à dignidade, à segurança e à remuneração justa. A Constituição peruana, por exemplo, afirma que: “[o] trabalhador tem direito a uma remuneração justa e adequada que lhe permita prover a si e a sua família.”¹¹⁷ Várias constituições estaduais contêm similarmente amplas declarações de direitos universais para os trabalhadores. A Constituição do Wyoming declara: “[o]s direitos do trabalho terão proteção apenas por meio de leis que visem garantir ao trabalhador remuneração adequada ao seu serviço e promover o bem-estar industrial do Estado”.¹¹⁸ Ainda assim, os direitos trabalhistas em muitas outras constituições estaduais são muito mais limitados. De fato, é comum que as constituições estaduais exijam ações do governo para garantir condições de trabalho mais seguras nas minas e nas ferrovias, ou para criar uma jornada de trabalho de oito horas diárias para as pessoas empregadas nessas ocupações perigosas.¹¹⁹ Também as proteções salariais são geralmente direcionadas para essas populações, ou limitadas às mulheres trabalhadoras. O alcance menos expansivo dos direitos dos trabalhadores em constituições estaduais, pelo menos em parte, resulta da idade avançada desses direitos nas constituições estaduais. Eles foram escritos em um tempo e em uma época em que muito poucos direitos constitucionais foram verdadeiramente universais em seu alcance.

Um padrão similar existe no que diz respeito às disposições constitucionais que obrigam o Estado a cuidar dos pobres. Muitas das constituições nacionais do mundo notoriamente já contêm tais direitos: 17 por cento atualmente incluem um direito amplamente formulado à alimentação, 39 por cento incorporam um

117 *Constitucion Politica Del Peru* Dec. 29, 1993, ch. II, art. 24. (Peru).

118 *Wyo Const Art I*, § 22.

119 *Ver Ohio Const. art. II*, § 37 (1912); *N.Y. Const. art. I*, § 17, cl. 3; *Okla. Const. art. XXIII*, § 5.

direito à moradia ou ao abrigo, e impressionantes 72 por cento incluem o direito à saúde e/ou aos cuidados médicos. As constituições estaduais dos Estados Unidos não contêm direitos exatamente equivalentes. No entanto, muitos atestam a responsabilidade do governo de cuidar de seus cidadãos carentes. A Constituição de Montana, por exemplo, requer que o estado “preste assistência econômica, de serviços sociais e de reabilitação que possam ser necessárias para aqueles habitantes que, em razão da idade, enfermidades, ou infortúnio possam necessitar de ajuda da sociedade”, enquanto a de Nova Iorque declara que “[a] proteção e a promoção da saúde dos habitantes do estado são assuntos de interesse público e sua preocupação e fornecimento será feita pelo estado... por meios tais que a legislação deve, de tempos em tempos, determinar”. Muitas outras constituições estaduais contêm dispositivos para criar instituições para o cuidado de órfãos, bem como adultos carentes e doentes mentais. Essas disposições são geralmente bastante antigas, pré-datando a revolução dos direitos que deu origem às disposições mundiais por quase um século. Elas resultam de normas do século XIX de responsabilidade do governo do estado para a manutenção da saúde pública e da ordem. Assim, elas tendem a refletir uma preocupação com o controle público de pessoas potencialmente desestabilizadas e/ou com ênfase em obrigações de caridade, enquanto as disposições do pós-guerra em constituições nacionais tendem a refletir a convicção de que as pessoas têm direito a viver com certo grau de dignidade e/ou de igualdade, independentemente das circunstâncias econômicas em que se encontram.¹²⁰ Em ambos os casos, no entanto, eles exigem que o governo cuide dos grupos vulneráveis da sociedade.

JUSTICIABILIDADE

Os direitos socioeconômicos são cada vez mais aplicados pelos tribunais. Em todo o mundo e nos estados norte-americanos, os tribunais têm demonstrado um aumento da vontade de fazer valer os direitos socioeconômicos.¹²¹ A nível

120 Ver YOUNG, Katherine G. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford, 2012.

121 Comparar com LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge, 2008, p. 43-45 com HERSHKOFF, Helen. **Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review**, 112 Harv L Rev, 1999, p. 1135-36.

nacional, essa tendência é exemplificada por casos de destaque recentes em países tão diversos como África do Sul, Índia, Tóquio, Sri Lanka, na Finlândia, e em toda a América Latina.¹²² Dentro dos Estados Unidos, nem todos os tribunais estaduais têm sido igualmente incisivos, mas muitos têm interpretado no entanto o fracasso do governo em cumprir com as orientações constitucionais explícitas como violações da constituição estadual.¹²³ Eles têm feito isso com mais frequência na área da educação pública,¹²⁴ mas também nas áreas de negociação coletiva, dos direitos ambientais e do cuidado com os pobres.¹²⁵

Tanto nos contextos subnacionais quanto nacionais, a aplicação dos direitos socioeconômicos também é realizada fora dos tribunais. Nos estados americanos, os partidários de reformas que colocaram direitos socioeconômicos nas constituições estaduais mais tarde tentaram fazer valer esses direitos por meio de *lobby* legislativo, muitas vezes, na ausência de envolvimento judicial.¹²⁶ A nível nacional, os movimentos sociais também se mobilizaram em torno dos direitos, mesmo na ausência de execução judicial. Alguns governos nacionais têm usado os seus direitos socioeconômicos (com a ajuda de seus tribunais constitucionais) como alavanca em suas negociações com as instituições financeiras internacionais.¹²⁷ Embora não haja dúvida de que tanto os estados quanto os países muitas vezes fiquem aquém de suas promessas socioeconômicas,¹²⁸ a constitucionalização desses direitos não é apenas uma mera aspiração mas forçou os governos a tomar medidas sobre questões sociais importantes. Apesar de que ainda haja

122 Ver de forma ampla GAURI, Varun & BRINKS, Dan (Eds.), **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge, 2008; RAMCHARAN, Bertrand G. **Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights**. Martinus Nijhoff Publishers, 2005; LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge, 2008.

123 Ver GOLDBERG, Richard A. & WILLIAMS, Robert F. **Farmworkers' Organizational and Collective Bargaining Rights in New Jersey: Implementing Self-Executing State Constitutional Rights**, 18 Rutgers L J, 1987, p. 729, 734.

124 Ver REED, Douglas S. **On Equal Terms: The Constitutional Politics of Educational Opportunity**. Princeton, 2003, p. 9–10, 20–21; PARIS, Michael. **Framing Equal Opportunity: Law and the Politics of School Finance Reform**. Stanford, 2009, p. 228-9.

125 Ver NEUBORNE, Burt. **Foreword: State Constitutions and the Evolution of Positive Rights**, 20 Rutgers L J, 1989, p. 881, 896–98; HERSHKOFF, Helen. **Foreword: Positive Rights and the Evolution of State Constitutions**, 33 Rutgers L J, 2002, p. 799, 828.

126 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 109, 138.

127 Ver SCHEPPELE, Kim Lane. **A Realpolitik Defense of Social Rights**, 82 Tex L Rev, 2004, p. 1921, 1924.

128 Ver LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **Sham Constitutions**, 101 Cal L Rev, 2013, p. 916.

uma grande quantidade de espaço para uma aplicação mais rigorosa dos direitos socioeconômicos tanto nas constituições estaduais quanto nas nacionais, esses direitos não podem ser descartados como símbolos ultrapassados e inexecutáveis. É exatamente por essa razão que os grupos de interesse geralmente procuram constitucionalizar esses direitos.

IMPLICAÇÕES PARA CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Os direitos constitucionais positivos dos Estados Unidos, por estarem previstos em constituições estaduais, nem sempre apareceram para representar compromissos significativos. Afinal, constituições estaduais são extremamente abrangentes, abraçando uma gama muito ampla de questões. Elas também são relativamente fáceis de alterar, e, portanto, têm sido suscetíveis a pressões de grupos de interesse. Assim, pode parecer que as disposições de direitos positivos em constituições estaduais são simplesmente meras aspirações, acrescentadas – talvez a mando de grupos de interesse – a esses documentos que já são tão complicados, flexíveis, ecléticos e longos. De fato, os professores Ginsburg e Posner argumentam que, onde já existe a proteção dos direitos federais, os autores das constituições estaduais não precisam projetar seu próprio sistema de proteção de direitos.¹²⁹ Eles, portanto, preveem que o nível de proteção dos direitos nas constituições estaduais será menor do que nas constituições nacionais. Para eles, os direitos positivos encontrados em constituições estaduais não servem como metas reais, mas são meros objetivos políticos que, por acaso, vêm a ser expressos na linguagem dos direitos.¹³⁰ Há certamente alguma verdade nessas avaliações. Os grupos de interesse muitas vezes defenderam a criação de tais direitos e esses grupos certamente buscaram a criação de direitos como parte de seus objetivos maiores para moldar políticas do governo.¹³¹ O sucesso das suas campanhas para criar novos direitos é certamente atribuível, pelo menos em parte, à flexibilidade dos textos constitucionais estaduais e aos procedimentos

129 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan L Rev, 2010, p. 1599.

130 Ver GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan L Rev, 2010, p. 1599.

131 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 48-49.

de revisão que os tornam tão sensíveis à pressão popular. Em outras palavras, enquanto a flexibilidade é necessária para acomodar documentos longos e detalhados, a flexibilidade também encoraja mais detalhes.

O fato de que os mesmos direitos socioeconômicos são predominantes na maioria das constituições nacionais, no entanto, gera dúvida quanto à noção de que os direitos socioeconômicos em constituições estaduais significam simplesmente um modo subnacional de escrita da constituição, em que os constituintes foram libertados da necessidade de compelir o seu governo com os direitos reais. Na medida em que os direitos socioeconômicos nas constituições estaduais são “apenas” produtos de textos constitucionais flexíveis e documentos abrangentes, o mesmo também é verdadeiro para os direitos socioeconômicos nas constituições nacionais de todo o mundo. De fato, nossos dados demonstram que constituições nacionais em todo o mundo são igualmente longas e flexíveis, além de conter direitos semelhantes. Isso sugere que as características dos projetos compartilhados por estados americanos e constituições nacionais estrangeiras abriram essas constituições para grupos que procuram forçar os seus governos a uma postura protetora e/ou a uma política de redistribuição. Acreditamos, portanto, que os direitos socioeconômicos aparecem nas constituições estaduais, não porque essas constituições são subnacionais, mas porque elas são (como muitas constituições nacionais) projetadas de forma que incentivam a sua utilização por grupos de pressão, incluindo aqueles comprometidos com os direitos socioeconômicos.¹³²

Esse relato da criação de direitos constitucionais é muito diferente da notória descrição do Professor Ran Hirschl dos direitos como um veículo por meio do qual as elites tentam consolidar o *status quo* – geralmente na forma de políticas neoliberais e de direitos de propriedade – contra as preferências de mudanças das majorias democráticas.¹³³ De fato, os defensores dos direitos socioeconômicos geralmente defendem esses direitos em busca de mudança social. Para exemplificar, os direitos socioeconômicos radicais nas constituições

132 Ver ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places:** Why State Constitutions Contain America’s Positive Rights. Princeton, 2013, p. 48-49.

133 Ver HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy:** The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, 2005, p. 43-46.

do Equador, Venezuela e Bolívia são considerados como uma vitória popular para forçar o governo a redistribuir a riqueza econômica.¹³⁴ Da mesma forma, quando da negociação em 1994 da constituição de transição sul-africana, o Congresso Nacional Africano exigiu direitos socioeconômicos em troca de proteção à propriedade para as elites dominantes.¹³⁵

Como a professora Zackin demonstrou em seu longo tratado sobre o assunto, os direitos socioeconômicos em constituições estaduais norte-americanas também têm suas origens nos projetos de reforma. Na virada do século XIX, por exemplo, os sindicatos se organizaram visando a uma mudança constitucional que garantisse a proteção da regulamentação do trabalho pelos governos estaduais, a qual foi pensada para ser aceita pelos grandes interesses comerciais.¹³⁶ Os ativistas da educação também esperavam alcançar mudanças políticas na promoção da educação pública que, na ausência de dispositivos constitucionais diretos, as legislações tinham relutado em recepcionar.¹³⁷ Assim, os direitos socioeconômicos em constituições nacionais e estaduais norte-americanas representam tentativas de projetar constituições que direcionam as escolhas dos governos, forçando-os a promulgar reformas que os ambientes político e econômico tornam particularmente difíceis de serem alcançadas.

CONCLUSÃO: NÃO TÃO EXCEPCIONAL AFINAL

Desde a fundação da nação, os americanos escreveram uma Constituição Federal e 149 constituições estaduais. Eles decretaram vinte e sete emendas à Constituição Federal e milhares de alterações às suas constituições estaduais. Quando levada em conta a produtiva construção constitucional que ocorreu em

134 Ver KING, Phoebe. Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions, in GALLIGAN, Denis J. & VERSTEEG, Mila (Eds.). **The Social and Political Foundations of Constitutions**. Cambridge, 2013, p. 366, 367, 373-74, 380-81, 388-89.

135 DIXON, Rosalind & GINSBURG, Tom. **The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'**, 4 Const Ct Rev, 2011, p. 1, 13-18.

136 ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 11-12, 119-20, 126.

137 ZACKIN, Emily. **Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights**. Princeton, 2013, p. 84-90.

nível estadual, verificamos que os americanos escrevem constituições de forma similar a todos os outros. Como a maioria dos constituintes estrangeiros, os americanos elaboraram documentos constitucionais que incluem uma ampla gama de tópicos, incluindo os direitos socioeconômicos, descrevem esses tópicos em detalhes elaborados e, frequentemente, alteram esses documentos. Quando incluímos essas políticas constitucionais em nossa avaliação sobre o constitucionalismo norte-americano, ele não parece tão excepcional, afinal.

Essa constatação contribui para o crescente corpo de conhecimento que intenta contra o pensamento essencialista sobre a tradição constitucional norte-americana. O constitucionalismo norte-americano não é uma expressão monolítica de um único conjunto de inclinações ou valores políticos; compreende inúmeras maneiras de elaborar documentos constitucionais e de governar com eles. Disputas políticas nacionais têm ocorrido, pelo menos em parte, por meio de constituições estaduais, e essas constituições evoluíram em conjunto com o significado da Constituição Federal. Além disso, as constituições estaduais dos Estados Unidos evidenciam muitos dos mesmos princípios que as constituições de outros países, incluindo compromissos de direitos positivos e ações democráticas. O conteúdo das constituições estaduais tem até mesmo sido, por vezes, elaborado diretamente com base no direito internacional. De fato, quando consideramos essas inter-relações, é difícil diferenciar temas subnacionais dos nacionais, e é desafiador distinguirmos as formas estrangeiras de praticar política constitucional das formas “genuinamente americanas”. Assim, os dados que apresentamos nesse artigo sugerem não só que devemos repensar reivindicações de excepcionalidade constitucional norte-americana, mas também que devemos reavaliar as próprias dicotomias em que tais alegações são construídas.

Nossos resultados não só convidam a reconsiderar a excepcionalidade constitucional norte-americana, mas também a natureza das constituições estaduais norte-americanas. As constituições estaduais dos Estados Unidos estão atualmente se beneficiando de uma nova onda de atenção dos estudiosos, particularmente dos cientistas políticos. Esses estudiosos da política americana em geral acham as constituições estaduais interessantes justamente porque são muito diferentes da

sua equivalente federal, trata-se de um segmento do pensamento constitucional em grande parte não explorado e um espaço do desenvolvimento constitucional não examinado. No entanto, as constituições estaduais são tão diferentes em forma e função da constituição nacional que outros permanecem céticos sobre se elas devem realmente ser chamadas de constituições de fato. O seu âmbito de abrangência, os seus detalhes elaborados e a sua frequente revisão, todos esses aspectos parecem colocar as constituições estaduais abaixo do que é verdadeiramente constitucional. Na verdade, os comentaristas têm sugerido que a razão pela qual as constituições estaduais possuem essas características é precisamente porque são documentos subnacionais. A análise comparativa que apresentamos aqui sugere que é hora de rever e reexaminar essa conclusão: as características das constituições estaduais que têm atraído desprezo de juristas americanos são as mesmas características padrão de constituições em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

ARJOMAND, Said Amir. **Law, Political Reconstruction and Constitutional Politics**, 18 Intl Soc, 2003.

AUCOIN, Louis. Introduction, in MILLER, Laurel E. (Ed.), **Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making**. United States Institute of Peace, 2010, p. XIII.

BILLIAS, George Athan. American Constitutionalism and Europe, 1776–1848, in BILLIAS, George Athan (Ed.), **American Constitutionalism Abroad: Selected Essays in Comparative Constitutional History**. Greenwood, 1990.

_____. **American Constitutionalism Heard Round the World, 1776–1989: A Global Perspective**. New York, 2009.

BOLI, John. World Polity Sources of Expanding State Authority and Organization, 1870–1970, in THOMAS, George M. & al (Ed.), **Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual**. Sage, 1987.

BOYD, David R. **The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment**. Toronto, 2012.

BOYD, Julian P. (Ed.), **The Papers of Thomas Jefferson**. Princeton, 1958.

- BRENNAN JR, William J. **State Constitutions and the Protection of Individual Rights**, 90 Harv L Rev, 1977.
- BRIDGES, Amy. **Managing the Periphery in the Gilded Age: Writing Constitutions for the Western States**, 22 Stud Am Polit Dev, 2008.
- BRIFFAULT, Richard. **“What About the ‘Ism’?”** Normative and Formal Concerns in Contemporary Federalism, 47 Vand L Rev, 1994.
- CARLETON, Mark T. **Elitism Sustained: The Louisiana Constitution of 1974**, 54 Tulane L Rev, 1980.
- CHOUDHRY, Sujit. **The Lochner Era and Comparative Constitutionalism**, 2 Intl J Const L, 2004.
- DINAN, John J. **The American State Constitutional Tradition**. Kansas, 2006.
- DIXON, Rosalind & GINSBURG, Tom. **The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as ‘Insurance Swaps’**, 4 Const Ct Rev, 2011.
- DIXON, Rosalind & HOLDEN, Richard. Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem, in ELAZAR, Daniel J. (Ed.), **The American Constitutional Tradition**. Nebraska, 1988.
- DIXON, Rosalind & HOLDEN, Richard. Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem, in GINSBURG, Tom (Ed.), **Comparative Constitutional Design**. Cambridge, 2012.
- DODD, Lynda G. **Parades, Pickets, and Prison: Alice Paul and the Virtues of Unruly Constitutional Citizenship**, 24 J L & Pol, 2008.
- ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality**. Cambridge, 1979.
- ESKRIDGE JR, William N. **Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States**, 93 BU L Rev, 2013.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, & MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge, 2009.
- FERNANDO, Enrique M. The American Constitutional Impact on the Philippine Legal System, in BEER, Lawrence Ward (Ed.), **Constitutionalism in Asia: Asian Views of the American Influence**. California, 1979.
- FRITZ, Christian G., **The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West**, 25 Rutgers L J, 1994.

GARDBAUM, Stephen. **The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism**, 107 Mich L Rev, 2008.

GARDNER, James A. **The Failed Discourse of State Constitutionalism**, 90 Mich L Rev, 1992.

GAURI, Varun & BRINKS, Dan, eds, **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge, 2008.

GINSBURG, Tom, ELKINS, Zachary, & BLOUNT, Justin. **Does the Process of Constitution-Making Matter?**, 5 Ann Rev Law & Soc Sci, 2009.

GINSBURG, Tom & POSNER, Eric A. **Subconstitutionalism**, 62 Stan L Rev, 2010.

GINSBURG, Tom. **Constitutional Specificity: Some Preliminary Investigations**, 82, University of Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 330, 2010.

_____. **Constitutional Specificity: Some Preliminary Investigations**, in Institute of Comparative Law in Japan, ed, **Future of Comparative Study in Law**. Chuo, 2011.

_____. ed, **Comparative Constitutional Design**. Cambridge, 2012.

GODERIS, Benedikt & VERSTEEG, Mila. **Transnational Constitutions**. 6th Annual Conference for Empirical Legal Studies Paper, 2011.

GOLDBERG, Richard A. & WILLIAMS, Robert F. **Farmworkers' Organizational and Collective Bargaining Rights in New Jersey: Implementing Self-Executing State Constitutional Rights**, 18 Rutgers L J, 1987.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: From Theory to Politics**. Princeton, 1996.

HALL, Kermit L. **Mostly Anchor and Little Sail: The Evolution of American State Constitutions**, in FINKELMAN, Paul & GOTTLIEB, Stephen E. eds, **Toward a Usable Past: Liberty Under State Constitutions**, Georgia, 1991.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Jacob E. Cooke (Ed.), 1961.

_____. **The Federalist**. Clinton Rossiter (Ed.), 1961.

HAMM, Richard F. **Shaping the Eighteenth Amendment: Temperance Reform, Legal Culture, and the Polity, 1880–1920**. Chapel Hill, 1995.

HENKIN, Louis & al, **Human Rights**. Foundation Press, 2009.

HERSHKOFF, Helen. **Positive Rights and State Constitutions:** The Limits of Federal Rationality Review, 112 Harv L Rev, 1999.

____. **Foreword:** Positive Rights and the Evolution of State Constitutions, 33 Rutgers L J, 2002.

HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy:** The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, 2005.

HOWARD, A. E. Dick. **“For the Common Benefit”:** Constitutional History in Virginia as a Casebook for the Modern Constitution-Maker. 54 Va L Rev, 1968.

IGNATIEFF, Michael, ed, **American Exceptionalism and Human Rights.** Princeton, 2005.

ISHAY, Micheline R. **The History of Human Rights:** From Ancient Times to the Globalization Era. California, 2. ed., 2008.

KAPLOW, Louis. **Rules Versus Standards:** An Economic Analysis, 42 Duke L J, 1992.

KING, Phoebe. Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions, in GALLIGAN, Denis J. & VERSTEEG, Mila (Ed.), **The Social and Political Foundations of Constitutions.** Cambridge, 2013.

KLUG, Heinz. **Model and Anti-Model:** The United States Constitution and the “Rise of World Constitutionalism”, Wis L Rev, 2000.

KRAMER, Larry D. **Understanding Federalism,** 47 Vand L Rev, 1994.

____. **The People Themselves:** Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford, 2004

LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence:** Emerging Trends in International and Comparative Law. Cambridge, 2008.

LAW, David S. & VERSTEEG, Mila. **The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism,** 99 Cal L Rev, 2011,

____. **The Declining Influence of the United States Constitution,** 87 NYU L Rev, 2012.

____. **Sham Constitutions,** 101 Cal L Rev, 2013.

LEVINSON, Sanford. **Courts as Participants in “Dialogue”:** A View from American States, 59 U Kan L Rev, 2011.

LEVINSON, Sanford. **Framed: America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance.** Oxford, 2012.

LINDE, Hans A. E. **Pluribus—Constitutional Theory and State Courts.** 18 Ga L Rev, 1984.

LIPTAK, Adam. **"We the People" Loses Followers,** NY Times A1, Feb 7, 2012.

LOMBARDI, Clark B. The Constitution as Agreement to Agree: The Social and Political Foundations (and Effects) of the 1971 Egyptian Constitution, in GALLIGAN, Denis J. & VERSTEEG, Mila (Eds.). **The Social and Political Foundations of Constitutions.** Cambridge, 2013.

LUPIA, Arthur & al, **Why State Constitutions Differ in Their Treatment of Same-Sex Marriage,** 72 J Polit, 2010.

LUTZ, Donald S. **The State Constitutional Pedigree of the U.S. Bill of Rights,** 22 Publius, Spring 1992.

_____. **Toward a Theory of Constitutional Amendment,** 88 Am Polit Sci Rev, 1994.

_____. **Toward a Theory of Constitutional Amendment,** in LEVINSON, Sanford (ed.) **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment.** Princeton, 1995

NEUBORNE, Burt. **Foreword: State Constitutions and the Evolution of Positive Rights,** 20 Rutgers L J, 1989.

MORRIS, Richard B. **The Emerging Nations and the American Revolution.** Harper Row, 1970.

MCDONAGH, Eileen L. & PRICE, H. Douglas. **Woman Suffrage in the Progressive Era: Patterns of Opposition and Support in Referenda Voting, 1910–1918,** 79 Am Polit Sci Rev, 1985.

PARIS, Michael. **Framing Equal Opportunity: Law and the Politics of School Finance Reform.** Stanford, 2009.

POPE, James Gray. **An Approach to State Constitutional Interpretation,** 24 Rutgers L J, 1993.

RAMCHARAN, Bertrand G. **Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights.** Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

REED, Douglas S. **On Equal Terms: The Constitutional Politics of Educational Opportunity.** Princeton, 2003.

RESNIK, Judith. **Constitutional Entitlements to and in Courts: Remedial Rights in an Age of Egalitarianism: The Childress Lecture,** 56 SLU L J, 2012.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Jack Balkin is an American**, 25 Yale J. L. & Hum, 2013.

SHAMAN, Jeffrey M. **Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law**. Oxford, 2008.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. **Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review**, 123 Harv L Rev, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?, in IGNATIEFF, Michael, ed, **American Exceptionalism and Human Rights**. Princeton, 2005.

TARR, G. Alan. **Understanding State Constitutions**. Princeton, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. J.P. Mayer, ed., George Lawrence, trans. Anchor Books, 1969.

VILE, John R. **American Views of the Constitutional Amending Process: An Intellectual History of Article V**, 35 Am J Legal Hist, 1991.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Constructions: Divided Powers and Constitutional Meaning**. Harvard, 1999.

WILLIAMS, Robert F. **State Constitutional Law: Cases and Materials**. LexisNexis, 4th ed, 2006.

_____. **The Law of American State Constitutions**. New York, 2009.

YOUNG, Katherine G. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford, 2012.

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