

DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

O PRESIDENCIALISMO

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

**Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo-USP**

Pesquisa realizada na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley

“If the President does it, it is not illegal”. Richard Nixon

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes.

Direito Constitucional Norte-Americano : o
Presidencialismo / Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. –
Brasília : UniCEUB, 2020.

p.

ISBN 978-65-87823-22-5

1. Direito Constitucional (Estados Unidos). I. Arnaldo
Sampaio de Moraes Godoy. II. Título

CDU 342.4(73)

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Sumário:

Introdução

- 1. Fundamentação conceitual**
 - 2. Tradição**
 - 3. Organização**
 - 4. Ação Legislativa**
 - 5. Veto**
 - 6. Poderes de Guerra**
 - 7. Prerrogativa de Perdoar**
 - 8. O Financiamento de Campanhas**
- Bibliografia**

Nota introdutória

Esse ensaio de Ciência Política e Direito explora o presidencialismo norte-americano. O modelo presidencialista é firme na tradição brasileira desde a Constituição de 1891. Resultado da influência de Rui Barbosa junto à Assembleia Constituinte republicana, com fortíssimos traços de seus padrões conceituais, o presidencialismo é o arranjo institucional que mais nos aproxima dos Estados Unidos.

O presidencialismo brasileiro vincula-se historicamente à pregação republicana, muito fértil em São Paulo, que conheceu o discurso insistente dos chamados republicanos históricos, como Rangel Pestana, Américo de Campos, Francisco Glicério e Bernardino de Campos. E foi especialmente na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco que a ideia republicana, e o presidencialismo como seu consequente direto, contaram com o apoio radical de Silva Jardim, e dos gaúchos que vieram estudar em São Paulo, a exemplo de Júlio de Castilhos, Silveira Martins, Pinheiro Machado e Assis Brasil, bem como com o apoio moderado de Prudente de Moraes e de Campos Salles, paulistas, e mais tarde presidentes da República,

De tal modo, o modelo presidencialista norte-americano foi acomodado no ambiente institucional brasileiro a partir da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Presente na pregação republicana que radica no *Manifesto* de 1870, o presidencialismo brasileiro foi também alternativa para o modelo parlamentarista que vingou ao longo do Segundo Reinado (1840-1889),

principalmente, ainda que desconhecido da maioria da população, que recebeu esse novo sistema de governo com surpresa. Nossa cidadania era inativa e abstenção eleitoral era a regra. Tem-se a impressão de que, na construção da cidadania brasileira, os direitos civis só se encontravam na lei.

Vinculado à prática republicana, como oposição ao parlamentarismo da monarquia, bem entendido, não se pode comparar o autoritarismo de Jorge III, abominado pelos colonos norte-americanos, com o modelo de *imperador-filósofo* de D. Pedro II, admirado por muitos dos republicanos, ou por monarquistas que serviram a república, a exemplo de Joaquim Nabuco.

A república e o presidencialismo representam, para nós, uma súbita alteração de arranjos institucionais vigentes até 1889. Veementemente defendido por Rui Barbosa, como dito, o presidencialismo, na visão dos republicanos históricos, qualificava instrumento de luta contra o atraso, que traduzia o regime decaído, ainda que os monarquistas contestassem essa versão.

Não obstante alguma variação de pormenor, o presidencialismo brasileiro, na essência, guarda semelhanças com o presidencialismo norte-americano. Entre nós, persiste como objeto de Teoria Geral do Estado e como sujeito de Direito Constitucional em todos os textos constitucionais supervenientes ao de 1891, ainda que tenhamos um interregno parlamentarista no início da década de 1960, bem como um plebiscito originariamente previsto para 7 de setembro de 1993 e ocorrido em 21 de abril do mesmo ano, neste último caso, por força - - respectivamente - - do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992.

Dispõe o texto constitucional vigente que compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal. O conceito de *direção superior da administração federal* apela para um sentido de coordenação, a ser realizado no plano objetivo em regime de intensa aproximação e colaboração com os vários ministérios; isto é, *é uma função do chefe do Poder Executivo que só pode ser cumprida com o auxílio dos Ministros de Estado, que são os chefes de Ministérios que desempenham as funções de governo.*

A *direção superior da administração federal* é locução constitucional de interpretação claríssima, nada problemática. Qualifica substancialmente o poder (e a prerrogativa) presidencial de indicação de caminho, rota, de um sentido objetivo de ação, que corresponda a um programa, originariamente sufragado nas urnas. *Dirigir* a administração federal significa, simplesmente, o poder e a prerrogativa da condução dos negócios públicos, naquilo que afeto às atribuições do

Poder Executivo. No sistema presidencialista é o presidente quem fixa as orientações do governo, no que conta com o auxílio de seus ministros, pelo que a hígidez do sistema exige ambiente de articulação de propósitos.

O sistema de governo presidencialista, no qual o Presidente da República chefia o Poder Executivo e *enfeixa as funções de Chefe de Estado e as de Chefe de Governo* é o tema central do ensaio que o leitor tem em mãos, pensado em uma perspectiva de seu modelo e paradigma. O presidencialismo, numa percepção ideal, suscita a compreensão de um Executivo *forte*, no sentido de que se tenha articulação e coordenação dentro do Governo. O propósito do ensaio é inventariar esse tema em seu contexto original, isto é, na Ciência Política e no Direito Constitucional dos Estados Unidos da América.

O ensaio é o resultado de uma estada na Faculdade de Direito na Universidade Berkeley, Califórnia, onde estive como professor pesquisador e visitante. O marco temporal da pesquisa é a administração Barack Obama. Agradeço a generosidade acadêmica de Kate Jastram, que me acolheu naquela temporada de estudos.

1) Fundamentação conceitual

O presidente dos Estados Unidos da América detem um conjunto expressivo de prerrogativas, ainda que não explicitamente definidas no texto constitucional. Imunidades, privilégios, direitos e deveres do presidente estavam entre os assuntos mais enfaticamente discutidos na Convenção norte-americana do verão de 1787, quando se redigiu o texto da Constituição norte-americana até hoje vigente¹.

Ordinariamente, ao presidente norte-americano compete executar as leis feitas pelo Congresso, sua principal tarefa, na concepção tradicional de sua atuação², entendimento sufragado pela Suprema Corte norte-americana, que também reconheceu, quanto à atuação presidencial, obrigações e prerrogativas de ampla supervisão do Poder Executivo e de condução das relações internacionais³.

¹ James Madison relatou os debates. Consultar Hunt, Gaillard e Scott, James Brown (ed.), *The Debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States, reported by James Madison*, Union: The Lawbook Exchange Ltd., 1999.

² Cf. Rodgers, Paul, *United States Constitutional Law- an Introduction*, Jefferson: Mac Farland and Company, 2011, p. 66.

³ Nixon v. Fitzgerald, 457 US 731 (1982).

O presidente participa do processo legislativo, positivamente, quando aprova as leis e, negativamente, quando as veta. Ao presidente norte-americano cabe também indicar e exonerar servidores públicos. Em matéria internacional, celebra tratados e declara a guerra, poderes que exerce conjuntamente com o Congresso. Como chefe do Executivo, exerce um poder/dever de proteção, limitando direitos em tempo de guerra, por intermédio de medidas emergenciais⁴. Tem o poder de perdoar condenados. Conta com imunidades e privilégios⁵.

Alguns desses direitos são criticados em virtude de falta de previsão constitucional, da lembrança do pavor que os autores da Constituição norte-americana sentiam em relação aos governos de algum modo tiranos, do mal uso que privilégios possam eventualmente permitir, bem como do direito e da necessidade que os cidadãos têm de obter informações precisas e realistas. Os que defendem os privilégios que o presidente dos Estados Unidos detem invocam razões de segurança nacional, a par da necessidade de se limitar a atuação do Congresso e do Judiciário, à luz de contingências históricas; se há privilégios para congressistas e magistrados, o chefe do Executivo também careceria de proteção, e privilégios também deteria⁶.

A atenção que o presidente norte-americano recebe da imprensa e do público pode-se desdobrar em excesso de responsabilidades; desta autoridade tudo se espera, tudo se demanda⁷. Indica nomes para a ocupação de cargos públicos, que submete ao Congresso, a exemplo de embaixadores e juízes⁸. É o líder da Nação⁹.

Nos Estados Unidos há duas linhas academicamente predominantes, no que se refere ao esforço de compreensão do poder executivo¹⁰. Richard E. Neustadt é autor de conhecidíssimo estudo no qual defende que a presidência deva ser informal, com poderes muito amplos, e que

⁴ Limites e alcance desse poder são estudados, entre outros, por Edelson, Chris, *Emergency Presidential Power- From the Drafting of the Constitution to the War on Terror*, Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.

⁵ Cf. Krent, Harold J., *Presidential Powers*, New York and London: New York University Press, 2005.

⁶ Cf. Rozell, Mark J., *Executive Privilege- Presidential Power, Secrecy, and Accountability*, Lawrence: University Press of Kansas, 2002, pp. 7 e ss.

⁷ Cf. Genovese, Michael A., *The Presidential Dilemma- Leadership in the American System*, New York: Harper Collins, 1995, p. 104.

⁸ Cf. Sollenberger, Michael, *The President Shall Nominate- How Congress Trumps Executive Power*, Lawrence: University Press of Kansas, 2008.

⁹ Skowronek, Stephen, *Presidential Leadership in Political Time- Reprise and Reappraisal*, Lawrence: University Press of Texas, 2008.

¹⁰ Esse assunto é explorado por Mansfield Jr., Harvey, *Taming the Prince- The Ambivalence of Modern Executive Power*, New York: Free Press, 1989.

deve ser efetivamente vinculada à realidade fática do país¹¹. Deve funcionar. A presidência, para Neustadt, é espaço de liderança no qual o presidente marca suas posições por intermédio de iniciativas que registram sua atuação e interferência na vida do país e das pessoas.

O presidente deixa de ser um burocrata e passa a ser um líder. Porém, essa liderança dependeria, basicamente, de sua habilidade em persuadir. Com essa tese concorda um estudioso brasileiro que pesquisou as *ordens executivas* norte-americanas, para quem, “ *considerando-se as limitações significativas do uso das ordens executivas para a expansão do poder presidencial, bem como a relevância do contexto político na determinação da confecção dessas ordens, deve se concluir de que o argumento de Neustadt, no sentido de que o poder presidencial seja o poder de persuadir seja ainda válido*”¹². Esse poder de persuasão política se distinguiria da força bruta; realiza-se quando provoca nos comandados a crença de que a ação tomada insere-se perfeitamente no mundo em que vivemos¹³.

A visão constatante à de Neustadt é a de Edward S. Corwin¹⁴. Para este autor, que também é um clássico na ciência política norte-americana, são deploráveis as realidades que marcam a atuação presidencial. Deve-se retornar a concepções mais puras. Corwin propõe compreensão mais literária do exercício da atividade presidencial, pretendendo limitá-la.

As ideias de Edward Corwin foram muito difundidas ao longo da presidência de Richard Nixon, especialmente no desdobramento do caso Watergate¹⁵. Tratava-se de uma ideologia de oposição ao comportamento de Nixon, para quem não poderia haver ilegalidade na atuação presidencial. Já se sustentou também que não haveria limites para o poder do presidente¹⁶. No

¹¹ Neustadt, Richard E., *Presidential Power and the Modern Presidents- The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York: The Free Press, 1991.

¹² Cf. Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, *The Preeminence of Politics- Executive Orders from Eisenhower to Clinton*, New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2007. No original: “*Considering the significant limitations of executive orders as tools for expanding presidential power and the relevance of the political context in determining their issuance, one is led to conclude that Neustadt’s argument that presidential power is the power to persuade is still valid*”.

¹³ Cf. Carter, Lief H., *Contemporary Constitutional Lawmaking- The Supreme Court and the Art of Politics*, New York: Pergamon Press, 1985, p. 15.

¹⁴ Corwin, Edward S., *The President- Office and Powers- 1787-1984*, New York and London: New York University Press, 1984.

¹⁵ O ambiente político a época de Watergate é descrito em ensaios dirigidos por Jeffrey, Harry e Maxwell, Thomas, *Watergate and the Resignation of Richard Nixon- Impact of a Constitutional Crisis*, Washington: CQ Press, 2004.

¹⁶ Cf. Finer, Herman, *The Presidency: Crisis and Regeneration- An Essay of Possibilities*, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

entanto, pragmaticamente, parece que muito mais do que a Constituição e as leis, o que limita o Executivo e o Congresso seria a opinião pública¹⁷.

Por isso, é também função do presidente dos Estados Unidos liderar a opinião pública. Abraham Lincoln no contexto da Guerra Civil de 1860 e Franklyn Delano Roosevelt no combate à depressão econômica da década de 1930 atuaram muito bem nesse sentido¹⁸, levando-se em conta as limitações tecnológicas de comunicação de cada um deles, em suas variadas épocas históricas de intervenção e de atuação. George Bush (pai) eclipsou a opinião pública norte-americana ao longo da Guerra do Golfo¹⁹. Mais tarde, seu filho, George W. Bush, destacou-se também nessa missão de condução e de influência junto à opinião pública, naturalmente, em contexto tecnológico muito sofisticado.

Nos Estados Unidos da América, as chefias do governo e da administração, a condução efetiva da política externa, o comando da Nação, a coordenação da segurança interna, são assuntos afetos à liderança presidencial²⁰. Paradoxalmente, em uma época na qual as monarquias deixaram de existir, e o poder dos reis é mera lembrança de tempos passados, os poderes presidenciais aumentaram substancialmente.

No caso dos Estados Unidos, afirma um autor norte-americano, o poder presidencial não se expandiu por força de emenda constitucional ou por meio de alguma alteração fundamental na balança de poderes entre os três níveis de governo; o poder presidencial ganhou mais densidade sutil e informalmente, em contexto indicativo de que o chefe do poder executivo representa a encarnação literal da democracia de massa norte-americana²¹, nada obstante o debate em torno desses poderes se arrastar desde a discussão que antecedeu à promulgação da Constituição dos

¹⁷ Cf. Posner, Eric A. e Vermule, Adrian, *The Executive Unbound- After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 15.

¹⁸ Cf. Milton, George Fort, *The Use of Presidential Power-1789-1943*, New York: Octagon Books, 1965, pp. 320-321.

¹⁹ Greene, John Robert, *The Presidency of George Bush*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000, pp. 109 e ss.

²⁰ Cf. Egger, Rowland e Harris, Joseph P., *The President and Congress*, New York: Mc Graw-Hill Book Company, 1963.

²¹ Cf. Egger, Rowland e Harris, Joseph P., cit., p. 3. No original: "(...) the power of the president has not been expanded by reasons of constitutional amendment, or of any fundamental alteration in the legal aspects of the balance of power among the three branches of the government. It has increased through subtle and usually informal changes, attributable mainly to the fact the President is the literal incarnation of American class democracy".

Estados Unidos²². Registra-se preocupação historicamente recorrente com acúmulo de poderes, o que poderia levar à tirania, tema frequente na literatura da ciência política norte-americana²³.

Os presidentes norte-americanos justificam a influência que exercem junto ao Executivo porquanto são os únicos, ao lado do vice-presidente, que são efetivamente eleitos, entre todos os servidores do referido poder²⁴. O presidente exerce também, de fato, intensa atividade normativa, baixando *ordens executivas* e memorandos, bem como divulgando proclamações²⁵. Há também diretivas presidenciais, diretivas de segurança nacional, bem como orientações mais específicas, denominadas de *presidential signing statements-PPS*, que mais a frente serão exploradas.

Como se observa, não são muito exatas as fronteiras e diferenças entre essas várias fórmulas, que o direito constitucional norte-americano denomina de diretivas presidenciais. O chefe do Executivo norte-americano pode dar o tom para a ação do Congresso ou, quando não dispõe desse poder, procura impor sua vontade por outros modos; é o que se tem no contexto das *ordens executivas*²⁶. O principal argumento em favor da *ordens executivas* consiste na compreensão de que há dificuldades, por parte do presidente, no sentido de conseguir que o Congresso aprove as leis de que precisa para administrar²⁷. A *ordem executiva* pode ser um contraponto à barganha com a classe política detentora de mandato, contexto que a ciência política brasileira denomina de “*presidencialismo de coalisão*”.

Não há uma explicitação constitucional precisa quanto aos poderes do presidente nos Estados Unidos. O art. II da Constituição norte-americana é notoriamente vago²⁸. Dirigindo o Poder Executivo com o objetivo de realizar determinado programa, o presidente norte-americano também realiza sua autoridade mediante *ordem executiva*. Como recorrentemente observado, nos

²² Cf. Pole, J. R. (ed.), *The American Constitution- For and Against- The Federalist and Anti-Federalist Papers*, New York: Hill and Wang, 1987.

²³ Cf. Allen, W. B. e Cloonan, Kevin A, *The Federalist Papers, a Commentary*, New York: Peter Lang, 2000, pp. 223 e ss.

²⁴ Cf. Waterman, Richard D. W., *Presidential Influence and the Administrative State*, Knoxville: The University of Tennessee Press, 1989. No original: “One manner in which presidents have attempted to justify their influence over the executive branch has been to advance the argument that under the Constitution the president is the only official, other than the vice-president, who is elected by a natural constituency”.

²⁵ Cf. Warber, Adam L., *Executive Orders and the Modern Presidency- Legislating from the Oval Office*, Boulder and London: Lynne Rienne Publishers.

²⁶ Cf. Bond, John R. e Fleister, Richard, *The President in the Legislative Arena*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990.

²⁷ Cf. Peterson, Mark A., *Legislating Together- The White House and Capitol Hill from Eisenhower to Reagan*, Cambridge and London: Harvard University Press 1990, p. 87.

²⁸ Cf. Shane, Peter M. e Bruff, Harold H., *The Law of Presidential Power- Cases and Materials*, Durham: Carolina Academic Press, 1988, p. 3.

Estados Unidos, não há distinções muito claras entre *ordens executivas* e demais atos normativos presidenciais, a exemplo das *proclamações*. É costume se entender que as *ordens executivas* sejam dirigidas aos subordinados do presidente, enquanto que as *proclamações* alcançam o público em geral²⁹.

A relação entre o Executivo e o Legislativo norte-americanos tem se alterado muito, desde 1865, na impressão de autor de reputado livro sobre o presidencialismo, publicado originariamente em 1919. Àquela época, segunda década do século passado, reconhecia-se a mudança nesse relacionamento entre os poderes; o legislativo ganhava uma maior influência, e o executivo aumentava seu prestígio, controlando os processos de governo.

Em 1919 afirmou-se que o presidente norte-americano ocupava posição de liderança e de comando, distintamente do modo como pensado pelos autores da Constituição norte-americana. Esse fato, se não fosse o resultado natural de um processo de evolução que se desdobrou ao longo dos anos, seria estimatizado como revolucionário. E conclui-se, observando que se essa transformação ocorresse durante determinada presidência, o que se teria, de fato, seria um golpe de estado³⁰.

É recorrente entre os historiadores norte-americanos a lembrança de passagem de Harry Truman, a propósito do presidente então eleito, Dwight David Eisenhower, herói norte-americano da segunda guerra mundial. Truman previa a surpresa que Eisenhower viveria, na medida em que descobriria que, de fato, pouco poder o presidente detinha.

No exército, Eisenhower dava ordens e era respeitado. Na presidência, continuava Truman, o presidente determina que se faça isto ou aquilo, e nada aconteceria...³¹ Essa afirmação,

²⁹ Cf. Shane, Peter M. e Bruff, Harold H., cit., p. 88. No original: “When formally directing the executive branch in the fulfillment of a particular program, the President may implement his authority through an executive order. There is no clear distinction between such an order and a presidential proclamation. In general, however, it is customary that executive orders are directed to President’s subordinates, and proclamations address the public in general”.

³⁰ Cf. Black, Henry Campbell, *The Relation of the Executive Power to Legislation*, Princeton: Princeton University Press, 1919, p. 1. No original: “The most portentous development in American political and constitutional history since 1865 is the change in the relations between the executive and legislative branches of government, the one making enormous gains in the direction of influence and actual power, the other suffering a corresponding in prestige and in its control over process of government. The President of the United States occupies today a position of leadership and of command over the government of the country so different from that which was intended by the framers of the Constitution that, if it were not the outcome of a natural process of evolution working through a long period of years, it would bear the stigmata of revolution, and if it had been achieved in a single presidential term, it would have been denounced as a coup d’état”.

³¹ Cf. Meyer, Kenneth R., *Executive Orders*, in Bessette, Joseph M. e Tulis, Jeffrey K. (ed.), *The Constitutional Presidency*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2009, p. 149.

assumindo-se como verdadeira, revelaria as diferenças nos comandos militar e civil. De algum modo, Truman lembrava as dificuldades que viveu, na medida em que nem sempre suas ordens teriam sido cumpridas. Para Truman, o presidente manda em tudo, e em nada, ao mesmo tempo.

Parece paradoxal a atuação do presidente dos Estados Unidos. Um estudioso do presidencialismo norte-americano observou que a presidência dos Estados Unidos tem sido descrita como o mais importante gabinete do mundo livre, se não, de toda a Terra. Porém, prossegue esse autor, o presidente mais parece a figura mitológica de Sísifo, que fora condenada a eternamente conduzir uma pesada pedra até o alto de um monte na imaginária região do Hades; quando Sísifo chegou no cume, a pedra desabava e todo o trabalho de novo começava. Essa imagem evidencia o paradoxo do poder e da impotência, e é aplicada adequadamente ao presidente norte-americano³².

Esse paradoxo é recorrentemente registrado na literatura da ciência política e do constitucionalismo norte-americanos. Thomas E. Croomin, estudioso do presidencialismo, em prefácio a livro no qual se discutia o legado de Bill Clinton, afirmou que os autores da Constituição norte-americana de 1787 haviam criado um modelo presidencial demasiadamente forte para se garantir uma liderança política também forte, bem como instrumentalizado para acompanhar e controlar a ação do Congresso.

Porém, essa força não era suficiente para que o presidente pudesse ignorar as disposições constitucionais ou se sobrepor ao poder legislativo. Para Croomin, os autores da Constituição norte-americana tiveram de enfrentar paradoxo que permanece no contexto político norte-americano até os dias de hoje. Isto é, se ao presidente se dá muito poder, este pode se transformar em figura arbitrária e tirânica. Por outro lado, dando-se ao presidente pouco poder, este se torna fragilizado e inefetivo³³.

³² Cf. Spitzer, Robert J., *The Presidency and Public Policy- The Four Arenas of Presidential Power*, s.l.: University of Alabama Press, 1983, p. 1. No original: *"The presidency of the United States has sometimes been described as the most powerful office in the free world, if not on Earth, and at other times the president has been likened to the wretched Sisyphus, who was condemned forever to roll a stone up a hill in Hades, only to watch it roll down again as soon as he reached the top"*.

³³ Cf. Croomin, Thomas E., prefácio, in Adler, Davida Gray e Genoverse, Michael A. (ed.), *The Presidency and the Law- The Clinton Legacy*, Lawrence: University of Kansas Press, 2002, p. xi. No original: *"The constitutional framers in 1787 created an American presidency of limited powers. They wanted a presidency strong enough to provide unifying political leadership and strong enough to watch Congress, yet not so strong that presidents would be able to ignore the Constitution or overpower Congress. The framers of the Constitution were faced with a paradox that still challenge us today: give presidents too much power and they become arbitrary and even tyrants, yet give presidents too little power and they will be enfeebled and ineffective"*.

Para Thomas Cooley, em livro clássico de 1891, a separação dos poderes é tema central na definição da democracia norte-americana. Na medida em que se tenha concentração de poderes em uma única pessoa ou corpo político, com o monopólio de fazer leis, de compor litígios e de executar leis e decisões, o tema da separação dos poderes teria importância meramente teórica, pela razão óbvia que não se pode depender a felicidade e o bem-estar das pessoas desse estado de coisas³⁴.

Em prefácio a livro sobre a Casa Branca (no início da década de 1960) o então Presidente John Kennedy lembrou que a presidência norte-americana era uma instituição formidável, exposta e um tanto quanto misteriosa³⁵. Afirmou que era formidável porquanto a presidência representava o último ponto de decisão no sistema político norte-americano. A presidência, segundo Kennedy, era exposta, no entanto, justamente porque decisões não podem ser tomadas no vácuo.

A presidência ocupava o centro de um espaço de pressão, interesses e ideias da Nação. Para Kennedy, a presidência era o vértice para o qual todos os elementos das decisões nacionais eram irresistivelmente dirigidos. Por fim, afirmava que a presidência era misteriosa porque qualificava-se como essência de uma última decisão que parecia incompreensível para o observador comum. Constantemente, concluía, Kennedy, era o observador quem propriamente decidia³⁶.

O presidente precisa de informações para deliberar. Na medida em que ignorante de forças e fatores (e pode não ter conhecimento destes, afirma um autor norte-americano), não pode escapar dessas forças e fatores. Decide na solidão, mas não decide no vácuo, prossegue estudioso norte-americano. De um modo romântico e repleto de imagens, afirmou-se que o presidente dos Estados Unidos *“tal como um pintor mistura as suas cores, como um cozinheiro prepara seus molhos, e assim precisa misturar ingredientes; omite alguns se quer, prefere outros se assim deseja, porém*

³⁴ Cf. Cooley, Thomas M., *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston: Little, Brown, and Company, 1891, p. 41. No original: *“When all the powers of sovereignty are exercised by a single person or body, who alone makes laws, determines complaints of their violation, and attends to their execution, the question of classification of powers can have only a theoretical importance, for the obvious reason that nothing can depend upon it, which can have practical influence upon the happiness and welfare of the people”*.

³⁵ John F. Kennedy e o símbolo mais bem acabado do tema da elite no poder, tese de C. Wright Mills. Conferir, Rose, Arnold M., *The Power Structure-Political Process in American Society*, New York: Oxford University Press, 1967.

³⁶ Cf. Kennedy, John F., prefácio, in Sorensen, Theodore C., *Decision Making in the White House- The Olive Branch or the Arrows*, New York and London: Columbia University Press, 1964. Para as linhas gerais da administração de Kennedy, Giglio, James N., *The Presidency of John F. Kennedy*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991.

os mistura com estilo próprio e a seu próprio gosto, até que o produto final seja definitivamente moldado”³⁷. O presidente pode se valer um amplo conjunto de escolhas.

A autoridade presidencial norte-americana é estudada no contexto de alguma persuasão que exerce diretamente sobre os subordinados e, de um modo mais amplo, sobre a Administração que o presidente chefia. Os cientistas políticos ocupam-se do presidencialismo a partir da popularidade do presidente, de seu sucesso junto ao legislativo, do apelo público, da reputação, da estratégia para barganhas, da relação com a imprensa, com a opinião pública, bem como da relação de sua relação com a rede de assessores³⁸.

E forçoso se reconhecer que o poder que o Presidente dos Estados Unidos presentemente desfruta é também resultado de um grande aumento da abrangência do poder federal³⁹. Além do que, há aumento no conjunto de servidores públicos (*jobholders in civil service*)⁴⁰. Não há referência aos ministérios na Constituição norte-americana; porém, é notório que o Poder Executivo tenha crescido muito ao longo dos últimos anos⁴¹. E ainda que os presidentes Ronald Reagan e George Bush tenham lutado contra a burocracia⁴², tem-se crescimento exponencial desse setor institucional⁴³; vive-se um *Estado Administrativo*⁴⁴.

Na medida em que se observa uma ampliação de um Estado burocratizado⁴⁵, percebe-se que os presidentes norte-americanos procuram ampliar área de influência em vários campos da Constituição. No entanto, assinalou autor norte-americano, a Constituição é suficientemente

³⁷ Cf. Sorensen, Theodore C., cit., p. 7. No original: “A president may ignore these forces or factors- he may even be unaware of them- but he cannot escape them. He may choose to decide in solitude, but he does not decide in vacuum. As a painter mixes his colors, or a chef prepares his sauces, so must mix these ingredients- omitting some if he wishes, or preferring others he likes, but mixing them nevertheless, in his own style and to his own taste, until the final product is fashioned”.

³⁸ Cf. Meyer, Kenneth, cit., loc.cit.

³⁹ Cf. Greenstein, Fred I., *The Presidential Difference- Leadership Style from FDR to George W. Bush*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

⁴⁰ Cf. Friedman, Lawrence M., *American Law*, New York and London: W. W. Norton and Company, s.d., p. 110.

⁴¹ C. Johns, Margaret Z. e Perschbacher, Rex R., *The United States Legal System- An Introduction*, Durham: Carolina Academic Press, 2002, p. 68.

⁴² Cf. West, William F., *Controlling the Bureaucracy- Institutional Constraints in Theory and Practice*, New York: Sharpe, 1995.

⁴³ Cf. Calvi, James V. e Coleman, Susan, *American Law and Legal Systems*, New Jersey: Prentice Hall, 1997, p. 205.

⁴⁴ Waldo, Dwight, *The Administrative State- a Study of the Political Theory of American Public Administration*, New York: Holmes and Meyer Publishers, 1984.

⁴⁵ Cf. Hooton, Cornell G. *Executive Governance- Presidential Administration and Policy Change in the Federal Bureaucracy*, Armonk: M. E. Sharpe, 1997.

lacônica ao dispor sobre o controle do executivo pelo presidente. Por isso, as justificativas para a atuação presidencial são permanentemente sujeitas ao debate e a interpretação⁴⁶.

Nessa perspectiva, afirmou-se que o chefe do Executivo norte-americano tem deixado sua marca nas políticas públicas da Nação, desde a fundação da República. Porém, prossegue esse outro autor, até por volta de 1930 o Congresso liderou iniciativas para concepção de políticas públicas. Os programas do governo federal eram de importância modesta tanto para os Estados Unidos e também para demais países do mundo. Emergiu então o que se comumente denomina de a moderna presidência. Continua esse estudioso, “*sob o estímulo do New Deal, da segunda guerra mundial e da liderança empreendedora de Franklyn Delano Roosevelt, houve uma vasta expansão da abrangência e influência do governo federal*”⁴⁷. A reconstrução econômica que foi subsequente à crise de 1929 é o esforço de guerra redesenharam o Estado norte-americano, que passou por uma exuberância econômica na segunda parte da década de 1940 e em toda a década de 1950⁴⁸.

2) Tradição

O presidencialismo norte-americano surgiu no quadro de ambigüidade vivida pelos *founding fathers* a partir da declaração de Independência, em 1776⁴⁹. Por um lado, os revolucionários temiam a amplitude do poder do monarca inglês, suficiente para mitigar direitos e

⁴⁶ Cf. Waterman, Richard W., *Presidential Influence and Administrative State*, Knoxville: The University of Tennessee Press, 1989, p. 14. No original: “As the bureaucratic state has evolved and expanded, presidents have attempted to extend their influence on several constitutional grounds. The Constitution, however, is sufficiently vague on the matter of president’s control over the executive branch that each justification for presidential influence is open to debate and interpretation”.

⁴⁷ Cf. Greenstein, Fred I., cit., p. 3. No original: “American chief executives have placed their stamp on the nation’s policies since the founding of the Republic, but until the 1930’s Congress typically took the lead in policy making, and the programs of the federal government were of modest importance for the nation and the world. Then came the emergence of what is commonly called the modern presidency. Under the stimulus of the New Deal, World War II, and the entrepreneurial leadership of Franklyn Delano Roosevelt, there was a vast expansion of the scope and influence of the federal government”.

⁴⁸ Cf. Donaldson, Gary A., *The Making of Modern America- the Nation from 1945 to the Present*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2012, especialmente pp. 2-22.

⁴⁹ Quanto aos *founding fathers*, ou os *framers*, isto é, os construtores da Constituição dos Estados Unidos, deve-se ter em mente que representavam os grupos então dominantes, como sugere e argumenta Charles A. Beard, em tese sobre o poder econômico dos autores da constituição norte-americana. Conferir também Levy, Leonard W. (ed.) *Essays on the Making of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1987.

liberdades de cidadãos livres; por outro, havia angústia muita grande para com a fraqueza e inoperância do governo então organizado⁵⁰.

O presidencialismo é um sistema de governo que se concretizou no contexto da intuição política norte-americana, realizando-se como versão republicana de uma monarquia limitada⁵¹. Desenvolvido pragmaticamente pelos delegados da convenção constitucional norte-americana de 1787⁵² e pensado como alternativa à fórmula monárquica inglesa⁵³, então avaliada como opressiva, o presidencialismo é tratado nos *Artigos Federalistas*⁵⁴.

Os *Artigos Federalistas* são atribuídos a Alexander Hamilton (1757-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829). Hamilton nasceu nas Antilhas e mais tarde foi Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, cargo que teria exercido com extraordinária competência. Faleceu por causa de ferimentos recebidos num duelo que travou com um desafeto político⁵⁵. James Madison era da Virginia e exerceu o cargo de Secretário de Estado no governo de Thomas Jefferson. Foi parte no famoso caso *Marbury v. Madison*⁵⁶. John Jay era de Nova Iorque (cuja constituição é de sua autoria); foi Ministro das Relações Exteriores⁵⁷.

Entre esses autores, a historiografia norte-americana reverencia James Madison, no sentido de que possuía caráter exemplar e manteve comportamento irreprovável na vida pública⁵⁸. Alexander Hamilton é reputado como o autor dos excertos dos *Artigos Federalistas*, nos quais se discute mais intensamente o tema da separação entre os poderes⁵⁹.

Redigidos ao longo do debate em torno da adoção da Constituição norte-americana, os *Artigos Federalistas* se qualificam como texto emblemático do *iluminismo norte-americano*, de

⁵⁰ Cf. Heineman, Robert A., Peterson, Steven A. e Rasmussen, Thomas H., *American Government*, New York: McGraw-Hill, Inc., 1989, p. 184.

⁵¹ Cf. Ferreira Filho, Manuel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

⁵² Cf. Dahl, Robert, *On Democracy*, New Haven e London: Yale University Press, 1998, p. 122.

⁵³ Alexis de Tocqueville, em 1831, contrapôs o presidencialismo norte-americano à monarquia francesa; esta última seria a *instigadora da lei*, aquele primeiro, o detentor da prerrogativa de *executar a lei*. Cf. Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America*, London: Penguin Books, 2003, p. 143. Tradução do francês para o inglês de Gerald E. Bevan.

⁵⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *Artigos Federalistas*, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.

⁵⁵ Cf. Chernow, Ron, *Alexander Hamilton*, cit., para o episódio do duelo fatal, pp. 697 e ss.

⁵⁶ Cf. Sloan, Cliff e McKean, David, *The Great Decision- Jefferson, Adams, Marshall and the Battle for the Supreme Court*, New York: Public Affairs, 2009, pp. 85 e ss.

⁵⁷ John Jay foi um dos negociadores do tratado feito com a Inglaterra quando do reconhecimento da independência dos Estados Unidos. Cf. Brogan, Hugh, *The Penguin History of the USA*, London: Penguin Books, 1999, p. 261.

⁵⁸ Cf. Mc Coy, Drew D., *The Last of the Fathers, James Madison and the Republican Legacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 19.

⁵⁹ Mais exatamente, os artigos 47 e 51. Conferir, Konefsky, Samuel J., *John Marshall and Alexander Hamilton- Architects of the American Constitution*, New York: The MacMillan Company, 1964, p. 59.

nítida inspiração classicista, no que se refere à concepção de virtudes repúblicas⁶⁰. Substancializam, também, fortíssimo apelo de imaginação institucional, percebendo a sociedade como um artefato, a ser construído, e não como um dado, pela Providência recebido.

A grande questão colocada pelos autores do libelo de defesa da Constituição que então se discutia nos Estados Unidos consistia em se saber “*se os homens são capazes de dar a si mesmos um bom governo por própria reflexão e escolha, ou se a Providência os condenou a receberem eternamente a sua Constituição política, da força ou acaso*”⁶¹. O credo dos pais da pátria norte-americana, os *founding fathers*, abominava qualquer reverência para com o passado, insistindo na premissa de que as instituições devem se alterar na medida em que opiniões e maneiras também se transformam⁶². O presidencialismo, nesse sentido, refletiu uma nova forma de organizar as instituições políticas.

Especialmente, quanto à caracterização do que se pretendia na concepção da chefia do Poder Executivo, os excertos dos *Artigos Federalistas* que aqui interessam seriam de Alexander Hamilton⁶³, para quem, como se verá, ao presidente caberia, entre outros, manter a unidade na ação governamental, de modo que “*(...) a energia do Poder Executivo é um dos principais caracteres de uma boa Constituição*”⁶⁴.

É recorrente o debate em torno de se saber quais são exatamente os poderes presidenciais numa sociedade democrática, isto é, se apenas os enumerados nos textos constitucionais que dispõem sobre a figura do presidente ou se há alguma ampliação de prerrogativas, inerentes ao exercício do cargo⁶⁵. Ou ainda, deve-se levar em consideração as contingências da história e dos contextos; o caso da imensa ampliação de poderes presidenciais no Brasil, ao longo da vigência do Ato Institucional de nº 5, em 1968, é um exemplo.

A imagem do rei com mandato limitado no tempo parece ser o lugar comum que acompanha a tradição conceitual presidencialista. Os autores dos *Artigos Federalistas* rejeitavam

⁶⁰ Cf. Richard, Carl J., *The Founders and the Classics- Greece, Rome and the American Enlightenment*, Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁶¹ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, cit., p. 13.

⁶² É este o núcleo do pensamento de Thomas Jefferson. Conferir, organizado por John Dewey, *The Essential Jefferson*, New York: Dover Publications, 2008. Verificar, ainda, Mapp Jr., Alf J., *Thomas Jefferson, America's Paradoxical Patriot*, New York: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1987.

⁶³ O papel de Alexander Hamilton na redação e na discussão dos *Artigos Federalistas* é explorada por Chernow, Ron, *Alexander Hamilton*, New York: The Penguin Express, 2004, pp. 243 e ss.

⁶⁴ Hamilton, Alexander, cit., p. 418.

⁶⁵ Cf. Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York: Aspen Law and Business, 2002, pp. 229 e ss.

tal semelhança e perguntavam “*como não acusar de impostura aqueles que procuram estabelecer essa semelhança imaginária entre o rei da Inglaterra e o Presidente dos Estados Unidos*”⁶⁶. Temia-se a hereditariedade e a continuidade abusiva. Insistia-se também no perigo que resultava no acúmulo de poderes em uma só autoridade⁶⁷.

O presidencialismo, no entanto, não é resultado de criação teórica específica; não há autor isolado que o tenha maturado ao longo dos anos⁶⁸. O presidencialismo é “*uma criação, racional e consciente, de uma assembléia constituinte, a Convenção da Filadélfia, reunida para estabelecer a Constituição dos Estados Unidos da América*”⁶⁹. Decorre do “*espírito pragmático dos criadores do Estado norte-americano*”⁷⁰.

Fixado na Constituição norte-americana de 1787 o presidencialismo consolidou-se com a afirmação da democracia dos Estados Unidos da América. Além do que, “*a criação norte-americana dos federalistas previa como característica essencial do presidencialismo a força do Poder Executivo*”⁷¹. Para os federalistas, “*a energia do Poder Executivo é um dos principais caracteres de uma boa administração*”⁷². O Poder Executivo, na pessoa do presidente, é uma instância institucional enérgica, no sentido positivo do termo, isto é, eficiente e prospectiva. Segundo os autores deste texto seminal da Teoria Geral do Estado:

*“A energia do Poder Executivo consiste na sua duração, na sua unidade, na suficiente extensão dos seus poderes, nos meios de prover as suas despesas e as suas necessidades; e a segurança do governo republicano funda-se na responsabilidade dos funcionários e na influência razoável das vontades do povo. Os homens mais hábeis os juristas mais célebres pela exatidão e firmeza de seus princípios, todos concordam em exigir unidade no Poder Executivo, apesar de não terem dúvida em deixar a autoridade legislativa a um grande número de pessoas”*⁷³.

Os federalistas enfatizavam a *unidade no Poder Executivo*, legenda que, transposta para o modelo brasileiro contemporâneo, substancializaria a defesa de um presidencialismo de articulação. E ainda que o excerto seguinte possa qualificar apressadamente algum autoritarismo,

⁶⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, cit., p. 406.

⁶⁷ Cf. Carey, George W., *The Federalist- Design for a Constitutional Republic*, Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 1989, p. 51.

⁶⁸ Cf. Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit, p. 240.

⁶⁹ Ferreira Filho, Manuel Gonçalves, cit. loc. cit.

⁷⁰ Dallari, Dalmo de Abreu, cit., loc. cit.

⁷¹ Moraes, Alexandre de, *Presidencialismo*, cit., p. 67.

⁷² Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 418.

⁷³ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 419.

colhe-se inequívoca manifestação em favor da unidade de ação por parte da Presidência da República:

“Que a energia é filha da unidade não se pode entrar em dúvida: a decisão, a atividade, o segredo e a diligência não se podem esperar senão das operações de um homem só: e quanto mais numeroso for o corpo de que emanarem os atos do Poder Executivo, tanto mais eles se ressentirão dos inconvenientes opostos⁷⁴”.

A unidade de ação é o núcleo da concepção de um presidencialismo prospectivo. Tomando-se essa percepção de unidade como cláusula essencial ao bom andamento do sistema de governo presidencialista, os federalistas insistiam no fato de que não se poderia ameaçar a referida ideia de unidade:

“A unidade pode ser alterada ou destruída por duas causas diferentes: ou dividindo a autoridade entre dois ou mais magistrados iguais entre si, ou parecendo depositá-la nas mãos de um só homem, mas sujeitando-o à fiscalização de algumas pessoas e prescrevendo-lhes cooperadores debaixo do nome de conselheiros⁷⁵”.

Os federalistas rejeitavam a pluralidade no poder, pelo que, adaptando-se essa ideia para nosso contexto contemporâneo, pode-se fixar a necessidade de que o Poder Executivo pautasse sua atuação em uma só vontade, fazendo-o com apresentação de sequência de argumentos históricos:

“(...) todos os fatos nos ensinam a não adotar pluralidade no poder encarregado das leis. Os aqueus não tardaram a abolir um dos dois pretores que tinham estabelecido. A história romana mostra, a cada momento, as desgraças causadas pela divisão dos cônsules e dos tribunos militares que lhes sucederam, e em nenhuma ocasião se nota vantagem alguma que possa atribuir-se à pluralidade dos magistrados executivos. É mesmo de espantar não ver mais funestas consequências de divisões semelhantes: o que, contudo, a respeito de Roma, se pode explicar da maneira seguinte: as circunstâncias singulares em que a república se achava sempre colocada – a necessidade de prover à sua segurança, tinham estabelecido a prática de repartir a autoridade entre os cônsules⁷⁶”.

A convergência de ação, situada na unidade da opinião é, insista-se, ponto nuclear na propaganda federalista, como fica muito claro também na passagem que segue:

“Numa empresa em que concorrem muitas pessoas, todas da mesma dignidade e com autoridade igual, sempre há de haver perigo de diferença de opiniões. Nunca as consequências da animosidade pessoal são tanto para temer, como quando se trata de empregos públicos, em que a honra ou a confiança pública podem ser objetos de emulação. De todas ou de cada uma dessas causas devem seguir-se dissensões cheias de acrimônia;

⁷⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

⁷⁵ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

⁷⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., pp. 419-420.

e todas as vezes que isso se verifica, enfraquece-se a autoridade, perde-se o respeito e embaraçam-se os movimentos. No governo em que esse mal existir, a magistratura, encarregada da suprema autoridade administrativa, verá as suas medidas mais importantes frustradas ou impedidas, nas circunstâncias mais críticas do estado; e para cúmulo de desgraça, a sociedade se dividirá em facções irreconciliáveis, a cuja testa se acharão os próprios magistrados⁷⁷”.

O excerto acima reproduzido nos indica preocupação com resultados negativos das animosidades pessoais em relação à condução dos negócios do governo, isto é, das questões públicas. Temia-se o enfraquecimento da autoridade, que teria como causa a competição e o dissenso entre aqueles que trabalhavam no governo. Os federalistas percebiam que aqueles cujos projetos fossem derrotados na discussão pública iriam se opor à realização das ideias próprias que foram rejeitadas; e por isso:

“Não é raro que se rejeite um projeto só por não se ter tido parte nele ou porque foi obra de pessoas que não se estimam; e quando, uma vez a desaprovação se chega a enunciar, transforma-se a oposição em necessidade do amor próprio e a honra parece interessada no transtorno de uma operação que ofende nosso amor próprio e contrária nossos sentimentos⁷⁸”.

As decisões do Executivo, segundo os federalistas, deveriam ser rápidas, o que justificaria a unicidade no comando e a convergência entre os comandados diretos. A discussão longa, a maturação de ideias, a consulta e o amplo debate seriam características e função do Legislativo, como confirma o excerto que segue:

“A prontidão das decisões do Poder Legislativo é antes um mal do que um bem. Se o choque de opiniões e dos interesses serve às vezes de embaraço a planos muito salutares, pode também dar lugar a mais refletida deliberação e a repressão dos excessos da maioria; mas, tomada que seja a resolução, toda a oposição cessa: a resolução é a lei e qualquer resistência ulterior é ato punível. No Poder Executivo não é a dissensão contrabalançada pelas mesmas vantagens. O perigo é puro e sem mistura, e não há ponto em que cesse a sua ação: a execução de uma medida é debilitada e impedida desde o princípio até o fim; a discussão faz sempre mal e nenhum bem ao vigor e prontidão das operações. Em tempo de guerra, em que a energia do Poder Executivo é o único baluarte da segurança interna, há tudo que temer e nada que esperar da sua pluralidade⁷⁹”.

⁷⁷ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 420.

⁷⁸ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., pp. 420-421.

⁷⁹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 421.

A unidade de comando, ainda segundo os federalistas, facilitaria a apuração de responsabilidades e o melhor controle do governo, no sentido de que “(...) de todas as objeções que podem fazer-se ao sistema de pluralidade no Poder Executivo, tanto na primeira como na segunda hipótese, é a sua tendência a encobrir culpas e a destruir responsabilidade⁸⁰”. Os federalistas sustentavam com veemência a necessidade de que o Executivo fosse organizado com base na unidade de decisão e de ação:

“Fica, portanto, evidentemente demonstrado que a pluralidade dos magistrados executivos tende a privar o povo dos dois maiores fiadores que pode ter da fidelidade dos empregados no exercício das suas funções: o primeiro é a opinião pública, que, não podendo fixar-se com certeza por causa da grande do número, perde a sua eficácia toda; e o segundo a possibilidade de descobrir os autores das medidas perniciosas, ou para puni-los, ou para privá-los da autoridade de que tão mau uso fizeram⁸¹”.

Na conclusão do fragmento dos *Artigos Federalistas* no qual defendiam a unidade do Executivo, os autores fizeram alusão a um cidadão de Nova Iorque que teria revelado entusiasmo com o modelo defendido, que se assemelhava ao de seu Estado de origem:

“Lembro-me (e com isso acabo) que longo tempo antes de se tratar de Constituição, raras vezes me acontecia encontrar um homem sensato, de qualquer província que fosse, que, pela sua própria experiência, não considerasse a unidade do Poder Executivo desse Estado de Nova Iorque como um das mais brilhantes feições de nossa Constituição⁸²”.

Assim, a primeira sistematização do modelo de governo presidencialista encontra-se nos *Artigos Federalistas*, conjunto de textos que defendia proposta para constituição norte-americana, como reação às debilidades dos *Artigos da Confederação*, nos momentos que antecederam à convenção de 1787⁸³. Marcados por uma “*lógica de rebelião*”⁸⁴, os *Artigos Federalistas* fixavam argumentos em favor de projeto político de certa forma centralizador, e que conferia amplos poderes para o Presidente da República que então se criava. Temia-se qualquer forma de uso arbitrário de poder⁸⁵.

⁸⁰ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 422.

⁸¹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., pp. 422-423.

⁸² Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 424.

⁸³ Cf. Kelly, Alfred J., Harbison, Winfred A. e Belz, Herman, *The American Constitution- its Origins and Development*, New York & London: W. W. Norton & Company, 1991, pp. 82 e ss.

⁸⁴ Cf. Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge: Harvard University Press, 1992, especialmente, pp. 94 e ss.

⁸⁵ Cf. Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1988, p. 84.

São 85 artigos - publicados originariamente em jornal de Nova Iorque - que se propunham a explicar o texto constitucional que se tentava aprovar. Trata-se de documento originalíssimo de ciência política e que examina com pormenor os problemas da influência e da hospitalidade das forças estrangeiras, as razões das guerras entre os Estados, a utilidade de um governo centralizado para as finanças do país, as vantagens de um sistema tributário unificado, da separação dos poderes, e conseqüente organização, o sistema eleitoral, entre tantos outros assuntos.

No que interessa à conceituação do presidencialismo são 10 excertos que sugerem algum exame. O artigo 67 trata da autoridade do presidente e da falsidade do argumento de que o presidente teria poderes idênticos aos do rei da Inglaterra. O artigo 68 cuida da eleição do presidente. O artigo 69 trata da duração do mandato presidencial, bem como das responsabilidades e prerrogativas do presidente. O artigo 70 estuda a necessidade de se ter unidade no Poder Executivo.

O artigo 71 retoma o problema da duração do mandato. O artigo 72 enfrenta a questão da reeleição do presidente. O artigo 73 disciplina os salários do presidente, e também trata do seu poder de veto. O artigo 74 cuida das prerrogativas presidenciais de comando das forças armadas e de exercício da clemência, isto é, o poder de perdoar. O artigo 75 se ocupa da competência do presidente de celebrar tratados internacionais. O artigo 76 estuda o poder presidencial de nomear funcionários públicos. O artigo 77 faz referência a demais atribuições presidenciais.

Os autores dos *Artigos Federalistas* criticavam suposta *mala fide* dos adversários, que incitavam a hostilidade para com o sistema presidencialista, aproximando conceitualmente o Presidente dos Estados Unidos do Rei da Inglaterra; com este objetivo, alertavam

“(...) os adversários da Constituição mostram sua má-fé (...) contando com a aversão do povo para o governo monárquico, esforçaram-se por dirigir todas as suas inquietações e todos os seus terrores sobre a instituição do presidente dos Estados Unidos, representando-o não já como um fraco gérmen, mas como um colosso formidável, filho da realeza, cujas feições apresenta com tudo quanto elas têm de hediondo⁸⁶”.

Na defesa do sistema presidencialista os federalistas provavelmente exageravam nas críticas que atribuíam aos adversários, num impressionante jogo retórico, a exemplo do excerto que segue:

“A autoridade de um magistrado [o presidente] até certos pontos mais extensa e em muitos outros infinitamente mais limitada que a do governador de Nova Iorque, foi por eles [os

⁸⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 405.

antifederalistas] *elevado acima da prerrogativa real e afetada de atributos superiores em dignidade e esplendor aos do rei da Grã-Bretanha! Mostrou-se-nos esse magistrado com a fonte ornada de diadema – vestido de púrpura imperial, assentado sobre um trono, cercado de validos e favoritos – e dando audiência aos embaixadores estrangeiros com toda a pompa e orgulho da majestade; apenas a imagem do despotismo e luxo asiático poderia oferecer cores para completar esse quadro exagerado*⁸⁷”.

Havia por parte dos adversários dos federalistas uma crítica ao fato de que o presidente poderia nomear embaixadores e cônsules, mediante o consentimento do Senado, o que se dispensaria, na hipótese daquela casa legislativa por algum motivo não estar reunida⁸⁸; contra o que os federalistas argumentavam que nomeações sem oitiva do Senado seriam transitórias⁸⁹.

Insistiam no fato de que os adversários queriam, a todo custo, equiparar Presidente e Rei, ironizando, e perguntando, “*como não acusar de impostura aqueles que procuram estabelecer essa semelhança imaginária, entre o Rei da Inglaterra e o Presidente dos Estados Unidos?*”⁹⁰ E comprovando esse jogo retórico aqui anotado, invocavam no artigo 67 que “*(...) embora os sofismas da hipocrisia se esforcem para atenuar a verdade, só podia nascer do projeto de enganar o povo*”⁹¹”.

Os federalistas propunham eleições indiretas para Presidente, invocando necessidade de qualidade *eleitoral*, o que indicava alguma forma de elitismo⁹², da forma que segue:

“A maneira de nomear o Presidente dos Estados Unidos é quase a única parte um pouco importante da Constituição, que escapou à censura e obteve algum sinal de aprovação de alguns dos seus adversários. Um deles até chegou a dizer que a eleição do presidente estava acompanhada de suficientes cautelas. Quanto a mim, vou ainda mais longe, e digo que, se o método adotado não é absolutamente perfeito, pelo menos é excelente e reúne, no mais eminente grau, todas as vantagens que poderiam desejar. Era preciso que a opinião do povo pudesse influir sobre a escolha do homem a quem tão importante lugar

⁸⁷ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc.cit.

⁸⁸ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 406.

⁸⁹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 407.

⁹⁰ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 406.

⁹¹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 408.

⁹² Aspectos censitários relativos aos autores da Constituição norte-americana foram exaustivamente estudados por Charles Beard, para quem os interesses econômicos dos *founding fathers* são indisfarçáveis ao longo do texto constitucional norte-americano. Conferir Beard, Charles, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: The Free Press, 1986. Ainda que de um modo distinto o assunto foi retomado por Robert Dahl, para quem a constituição norte-americana seria, do ponto de vista da democracia substancial, uma completa ilusão. Conferir, Dahl, Robert A., *How Democratic is the American Constitution?* New Haven & London: Yale University Press, 2003, especialmente pp. 41 e ss.

*devia ser confiado; e a cláusula que encarrega a eleição, não a corpos já existentes, mas a eleitores ad hoc, escolhidos pelo povo, desempenha essa circunstância perfeitamente*⁹³”.

Os federalistas abominavam o voto direto, em nome de uma desejada ordem que se defendia, e o faziam abertamente, como se lê no excerto seguinte:

*“Também era preciso que essas pessoas estivessem em estado de apreciar os talentos dos candidatos e que todas as circunstâncias favorecessem as deliberações, em que os motivos de escolha devem ser ponderados e discutidos; e um pequeno número de homens, escolhido da massa dos cidadãos, deve, com toda a probabilidade, oferecer as luzes e o discernimento necessários para essa importante função. Não era menos útil evitar todas as ocasiões de tumulto e de desordem, tanto de reear em negócio de tanta gravidade; e as precauções tomadas nessa intenção não deixam absolutamente que reear*⁹⁴”.

Os federalistas defendiam modelo de eleição presidencial no qual o número de eleitores estaduais seria igual ao número de senadores e deputados enviados ao Congresso; a eleição se faria mediante reunião no estado ao qual pertencessem esses os eleitores qualificados⁹⁵. Na hipótese de que não se chegasse ao escolhido, por falta de maioria, teria “a Câmara dos Deputados o direito de escolher entre os cinco mais votados aquele que lhe parecer mais digno⁹⁶”. Na opinião dos autores dos artigos, o referido método conferia a certeza “de que sem virtudes e sem talentos ninguém poderá subir ao elevado posto de Presidente⁹⁷”.

Pretendiam que o Presidente fosse uma pessoa de “habilidade e de virtude⁹⁸”, dado o fato de que todos reconheciam “a influência do Poder Executivo sobre a boa ou má administração de qualquer governo que seja⁹⁹”. A Constituição, na expressão de seus defensores, deveria ser apta para “produzir uma boa administração¹⁰⁰”.

Os federalistas também defendiam a figura do vice-presidente, especialmente no que tocava ao vínculo dessa autoridade com o Senado, nos termos seguintes:

“O vice-presidente deve ser eleito como o presidente, com única exceção de que o Senado faz para o primeiro o que a Câmara dos Representantes para o segundo. Tem-se achado supérflua essa nomeação de um vice-presidente, alegando-se que era melhor fazer escolher pelo Senado um de seus membros para esse emprego; mas duas considerações

⁹³ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 409.

⁹⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

⁹⁵ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 410.

⁹⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

⁹⁷ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

⁹⁸ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 411.

⁹⁹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹⁰⁰ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

justificam as medidas adotadas no sistema proposto: a primeira é que, como o presidente só tem voto em caso de empate (que, de outro modo, casos poderia haver em que não pudesse ter lugar resolução definitiva), fazer o presidente um senador seria o mesmo que tirar-lhe, e portanto, ao Estado que representa, o voto certo que em todo o caso lhe compete, para só lhe deixar direito de voto condicional; e a segunda, que, como o vice-presidente poder vir a ser substituto do presidente, as mesmas razões que exigem tanto cuidado na escolha de um, o exigem, ou pouco menor, na escolha de outro¹⁰¹”.

No artigo 69 os federalistas insistiam em diferenciar o presidente que imaginavam como esfera de poder do rei inglês que combateram em 1776. Nesse sentido, argumentavam, o mandato do presidente norte-americano seria de quatro anos, enquanto que o rei inglês exercia o poder indefinidamente. O presidente merecedor de confiança poderia ser reeleito, enquanto que o monarca tinha a coroa como patrimônio próprio e hereditário. O presidente assumia responsabilidades perante a Nação - podia ser julgado e responsabilizado pelos seus atos e omissões; o rei era sagrado e inviolável¹⁰².

No mesmo fragmento explicavam que o presidente teria poder de veto, mas que essa objeção poderia ser derrubada no Legislativo; tal fato não se conhecia na Inglaterra, porque entre os costumes constitucionais ingleses tinha-se o veto real como absoluto e inatacável¹⁰³. Assinalavam também que o presidente seria o comandante das forças armadas, bem como das guardas estaduais, quando estas fossem instadas a servir a União, entre outras competências:

“O presidente é comandante-chefe do exército e da marinha dos Estados Unidos, assim como das guardas nacionais dos Estados, quando forem chamadas ao serviço da União; têm também o direito de perdoar os crimes cometidos contra o Estado, enquanto a acusação não estiver intentada; pode recomendar a atenção do Senado às medidas que lhe parecerem urgentes e necessárias, pode convocar, em casos extraordinários, ambas as Câmaras ou uma só e fixar a época para que devem ser adiadas, no caso de se acharem discordes nesse ponto; finalmente, é encarregado da fiel execução das leis e da nomeação para os empregos da administração pública¹⁰⁴”.

O excerto segue com comparação entre as competências do modelo presidencial que defendiam com as do governador de Nova Iorque e as do Rei da Inglaterra. Basicamente, apontavam para o fato de que o comando das guardas nacionais estaduais seria exercido pelo

¹⁰¹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹⁰² Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 412.

¹⁰³ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 413.

¹⁰⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 413.

presidente somente no caso de que essas forças fossem chamadas ao serviço da União, dependendo, ainda, de autorização legislativa¹⁰⁵.

O presidente comandaria as forças armadas, na qualidade de primeiro almirante (no caso da Marinha) e de general (no caso do Exército); não poderia declarar guerra sem autorização do Legislativo; o rei da Inglaterra poderia fazê-lo a qualquer tempo, equipando tropas e levantando exércitos¹⁰⁶.

O presidente dependia do parecer e do consentimento do Senado para celebrar tratados internacionais; o rei da Inglaterra representava seu país *em todas as transações feitas com os estrangeiros*¹⁰⁷. O quadro comparativo continua, com especial referência ao poder de nomeação de embaixadores:

*“O presidente nomeia, com parecer e consentimento do Senado, os embaixadores e outros agentes junto das potências estrangeiras, os juízes dos tribunais supremos, todos os empregados da administração geral, que a Constituição não designa; mas o rei da Grã-Bretanha é verdadeiramente o dispensador supremo – a única fonte das honras e das dignidades; não somente ele nomeia os empregados, mas até cria os empregos, confere títulos de nobreza de seu moto e autoridade própria e dispõe do número imenso dos benefícios eclesiásticos*¹⁰⁸”.

Segue ainda outro quadro comparativo, concebido pelos autores dos *Artigos Federalistas*, que opõe um presidente escolhido pelo voto a um rei ungido pela hereditariedade. Um presidente responsável perante as leis a um rei inviolável. Um presidente com direito a veto suspensivo de leis a um rei com direito a um veto absoluto. Um presidente que seria parte no complexo ato de nomeação de funcionário público a um rei de quem dependia todos os atos de nomeação de servidores. Um presidente sem nenhuma competência para tratar de comércio e de finanças a um rei que era o supremo árbitro da vida comercial inglesa. Um presidente incompetente em matéria de jurisdição espiritual a um rei que era o supremo líder da Igreja Anglicana¹⁰⁹.

O artigo 70, tratado na parte introdutória do presente trabalho sintetiza libelo em favor do vigor do Executivo, a partir da defesa de sua unidade. No entender dos federalistas, era o referido vigor que manteria a *“liberdade contra o furor das facções e contra os projetos da ambição*¹¹⁰”.

¹⁰⁵ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹⁰⁶ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 414.

¹⁰⁷ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 415.

¹⁰⁸ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 416.

¹⁰⁹ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 417.

¹¹⁰ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 418.

Um Poder Executivo fraco teria como resultado um governo fraco¹¹¹. Os federalistas insistiam na necessidade de que o presidente concentrasse em suas mãos poderes de direção de governo e de Estado, submetendo-se, inclusive, ao permanente crivo da opinião pública¹¹².

O exercício da função presidencial deveria ter prazo certo, o que ensejaria energia, firmeza pessoal e estabilidade institucional¹¹³. Em interessante juízo psicológico, os federalistas justificavam a fixação de prazo razoável para o exercício do mandato presidencial, com base na segurança que as certezas conferem aos governantes:

“ (...) quanto mais prolongada for a duração do emprego, tanto mais probabilidade haverá de obter (...) vantagens. O valor que os homens ligam àquilo que possuem está sempre em proporção com a certeza ou incerteza da posse: donde se segue que menos afeição devem ter e menos sacrifícios devem fazer por aquilo que lhes der interesses precários e incertos do que por aquilo de que tiverem títulos seguros e duráveis¹¹⁴”.

Influenciados pela doutrina de Montesquieu¹¹⁵, cujos dogmas aceitavam sem nenhuma restrição¹¹⁶, os federalistas defendiam - num contexto republicano - a separação e a harmonia entre os poderes, fazendo-o, como segue:

“ O mesmo princípio que ensina a divisão dos poderes também ensina que esses poderes devem ser independentes uns dos outros. De que serviria ter separado o Poder Executivo do Judiciário e do Legislativo, se os dois primeiros devessem obediência absoluta ao último? A distinção seria só nas palavras, e o seu fim ficaria sem obter-se. Uma coisa é ser subordinado às leis, outra é estar dependente do corpo legislativo; a diferença é a mesma que seguir os princípios fundamentais de um bom governo e violá-los, reunindo todos os poderes nas mesmas mãos¹¹⁷”.

¹¹¹ Cf., Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹¹² Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 423.

¹¹³ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 425.

¹¹⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹¹⁵ Montesquieu, Charles de Secondat, Barão de, *O Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Renato Janine Ribeiro. Quanto à percepção de divisão de poderes, lê-se: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar ou ao outro simplesmente poder executivo do Estado”. Montesquieu, Charles de Secondat, Barão de, cit., p. 167-168.

¹¹⁶ Cf. Beck, James M., *The Constitution of the United States- Yesterday, Today and Tomorrow*, New York: Georg H. Doran, 1924, p. 232.

¹¹⁷ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 426.

Os federalistas defendiam a possibilidade de reeleição do presidente. Uma *duração razoável do mandato* seria condição também para a estabilidade do sistema¹¹⁸, o que dependeria, por isso, da possibilidade de reeleição:

“(...) a uma longa e determinada duração das funções do supremo magistrado executivo é necessário reunir a circunstância da reelegibilidade. A primeira é necessária para dar ao presidente vontade de bem obrar e ao povo tempo bastante de observar a tendência de suas medidas e de julgar pela experiência do merecimento do seu sistema: a segunda não é menos essencial para dar ao povo, quando aprovar o procedimento do presidente, os meios de se aproveitar mais tempo dos seus talentos e virtudes e de conservar ao governo as vantagens de um bom sistema de administração¹¹⁹”.

Entendiam que o cargo de presidente seria desempenhado com melhor zelo se o mandatário tivesse esperanças de que poderia, merecendo, buscar a reeleição. Fundavam a proposta “*no princípio geral de que a esperança de recompensas é o mais seguro meio de influir sobre as ações dos homens e de que o melhor modo de segurar a sua fidelidade é travar bem os seus interesses com a sua obrigação¹²⁰”*. Insistiam, assim, que “*a ideia de recusar ao povo o direito de conservar nos seus empregos os homens que lhe parecem dignos de sua aprovação e confiança é um excesso de prudência, cujas vantagens são duvidosas e os inconvenientes certíssimos¹²¹”*.

Havia particular cautela com a fixação do salário do presidente, por parte do Congresso. É que, no entender dos federalistas, a independência entre os poderes seria ilusória se ao Legislativo se deixasse ampla margem de arbitrariedade para, a qualquer tempo, definir ou alterar os ganhos do presidente¹²². Defendiam a Constituição então levada a discussão, que dispunha que, na medida em que o presidente entrasse em exercício o corpo legislativo fixasse os salários devidos, valores que não seriam alterados enquanto a mesma suprema autoridade da Nação se mantivesse no cargo¹²³.

No mesmo artigo (número 73) discutiam o poder de veto que iria se conferir ao presidente. Entendiam também que tal prerrogativa - além de seus méritos políticos - impediria que *más leis* fossem aprovadas, tal como “*um único freio que pode impor-se a Nação dos efeitos das facções,*

¹¹⁸ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 429.

¹¹⁹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 430.

¹²⁰ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹²¹ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

¹²² Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 434.

¹²³ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., loc. cit.

da precipitação ou de qualquer impulso contrário ao interesse público, que a maioria desse corpo [o Legislativo] é suscetível de receber¹²⁴”.

Insistia-se na importância do poder presidencial em controlar a direção das operações militares, uma vez que acreditavam que a direção e o emprego da força pública era prerrogativa essencial na condução do Poder Executivo¹²⁵.

Ao presidente a Constituição que enfaticamente se defendia concedia também o poder de clemência, cuja justificativa se reproduz, pela inteligência do argumento:

“Uma palavra sua [do presidente] vai decidir da sorte de um dos seus semelhantes; e essa reflexão lhe deve aconselhar atenção escrupulosa: por outra parte, o temor de ser acusado de fraqueza ou conivência lhe dará, em sentido oposto, a mesma circunspeção. Pelo contrário, homens reunidos ganham coragem à proporção do número: um ato de rigor excessivo já lhes não parece tão feio; e a suspeita ou vitupério que poderia resultar de uma clemência afetada imprudente causa-lhes menos temor. Daqui se vê que um homem só deve ser melhor dispensador da clemência da sociedade do que uma corporação¹²⁶”.

Também ao presidente se reservaria o direito de fazer tratados, com parecer e consentimento do Senado¹²⁷. Debatia-se no sentido de se saber se tal prerrogativa seria exclusiva do chefe do Executivo ou do Senado. E porque tratados seriam, na visão oitocentista, “*contratos entre soberano e soberano*¹²⁸”, necessária e justificável a participação do presidente nos negócios com países estrangeiros.

Os federalistas também defendiam prerrogativa presidencial de nomeação de funcionários públicos, de todos os níveis, com oitiva do Senado, a exemplo de embaixadores, cônsules, juízes de tribunais superiores, a par de demais servidores, de uma maneira geral¹²⁹. Buscavam-se instituições que propiciassem estabilidade administrativa, o que se ganhava com modelo de cooperação entre presidente e Senado, em matéria de nomeação de servidores¹³⁰. Quanto ao excerto relativo à defesa do presidencialismo, os federalistas concluíam que o presidente estaria sujeito à sanção e à fiscalização do Legislativo, o que seria o desejo de uma Nação ilustrada e razoável¹³¹.

¹²⁴ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 435.

¹²⁵ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 440.

¹²⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 411.

¹²⁷ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 443.

¹²⁸ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 444.

¹²⁹ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 448.

¹³⁰ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 452.

¹³¹ Cf. Hamilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *O Federalista*, cit., p. 456.

São essas as linhas gerais de texto fundante do sistema de governo presidencialista. O modelo norte-americano, e os demais modelos que supervenientemente aparecerão (inclusive no Brasil) manterão os princípios básicos da Constituição norte-americana, no contexto ideológico e cultural apresentado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

O presidencialismo, no seu conjunto fundador, tomando-se os *Artigos Federalistas* como seu documento originário, marcava-se, assim, e conclusivamente, pelas seguintes características:

- a) voto indireto;
- b) mandato com tempo certo;
- c) possibilidade de reeleição, ainda que não se definisse o número de vezes;
- d) busca de mecanismos que garantissem a unidade do Executivo, na pessoa do presidente;
- e) possibilidade de celebração de tratados internacionais, com anuência do Senado;
- f) prerrogativa de indicação e nomeação de funcionários, também com anuência do Senado;
- g) comando das forças armadas, bem como das forças policiais estaduais, quando exigível que estas prestassem serviços à União;
- h) possibilidade de responsabilização pessoal do presidente.

Forte pressão para resultados políticos imediatos que, entre outros, justificou aliança com a França¹³² orientava para a concepção de sistema de governo que canalizasse as energias do país. Precisava-se de um governo eficiente: nesse sentido, a criação da República foi o último grande drama da Revolução de 1776¹³³.

E porque de alguma maneira necessitava-se de fortalecer o Executivo, por razões de ordem prática, é que se pensou num presidencialismo forte, com base no axioma do inglês John Locke, para quem “(...) *o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discrição daquele que detenha o poder executivo*”¹³⁴. Tem-se a impressão que do Presidente se espera um líder criativo e ousado, que necessita de força para levar adiante as promessas de campanha¹³⁵.

Um antigo dito norte-americano, atribuído a um Secretário de Estado, revela-nos que os americanos temiam eleger um rei por quatro anos, para quem se dariam poderes absolutos, com

¹³² Cf. Franklyn, Benjamin, *The Autobiography and Other Writings*, New York: Signet Classics, 1961, p. 270.

¹³³ Cf. Countryman, Edward, *The American Revolution*, London: Penguin Books, 1987, p. 175.

¹³⁴ Cf. Locke, John, *Dois Tratados Sobre o Governo*, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 529. Tradução de Julio Fischer.

¹³⁵ Cf. Blum, John Morton, *The Progressive Presidents*, New York & London: W. W. Norton Company, 1982.

alguns limites, e que ao fim esse próprio presidente interpretaria tais limites como quisesse...¹³⁶ Ainda que anedótica, a passagem ilustra o conjunto de prerrogativas que o presidente norte-Americano poderia deter.

No ambiente da independência, Thomas Jefferson era um dos que apostava na iniciativa norte-americana para resolução dos próprios problemas¹³⁷. A capacidade de ação dos norte-americanos decorreria também do fato de que a ocupação do país se fizera a expensas de sacrifícios pessoais, e não de investimento e organização do governo britânico¹³⁸. Figura contraditória e paradoxal¹³⁹, ao mesmo tempo reverente e irreverente para com o passado, obcecado com uma doutrina de soberania popular que julgava superior¹⁴⁰, Jefferson notabilizou-se também como reformador¹⁴¹.

No que se refere à concepção de poderes outorgados ao presidente norte-americano, Jefferson era partidário de fórmula minimalista e menos centralizadora, no que era criticado por Alexander Hamilton, que advogava a fixação de amplos poderes para o chefe do Executivo¹⁴². Triunfaram as ideias de Hamilton.

Por outro lado, ainda que se argumente que o caso *Marbury v. Madison*, ocorrido durante a presidência de Thomas Jefferson, tenha fortalecido o Poder Judiciário, na medida em que o Juiz Marshall então fixou a possibilidade de que a este poder competia determinar a constitucionalidade de leis¹⁴³, pode-se também observar que Jefferson saiu favorecido na disputa.

¹³⁶ Tradução livre minha. No original: “We elect a king for four years, and give him absolute Power within certain limits, which after all he can interpret for himself”. Corwin, Edward S., *The President- Office and Powers- 1787-1957- History and Analysis of Practice and Opinion*. New York: New York Press, 1968.

¹³⁷ Cf. Beloff, Max, *Thomas Jefferson and American Democracy*, New York: MacMillan, 1962.

¹³⁸ Cf. Jefferson, Thomas, *A Summary View of the Rights of British America, 1774*, in *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, New York: Modern Library, 1944, p. 294.

¹³⁹ Cf. Mapp Jr., Alf J., *Thomas Jefferson, America's Paradoxical Patriot*, New York: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1987.

¹⁴⁰ Cf. Ellis, Joseph J., *American Sphinx, The Character of Thomas Jefferson*, New York: Vintage Books, 1998, p. 265.

¹⁴¹ Cunningham Jr., Noble E., *In Pursuit of Reason- The Life of Thomas Jefferson*, New York: Ballantine Group, 1987, especialmente, pp. 52 e ss.

¹⁴² Cf. Coyle, David Cushman, *The United States Political System*, New York and Toronto: A Mentor Book, 1967, p. 50.

¹⁴³ Sobre o que, e com base nessa premissa de que o Judiciário saiu-se vencedor da peleja há farta bibliografia: Nelson, William, *Marbury v. Madison- The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000. Hobson, Charles E., *John Marshall- The Great Chief Justice*, Lawrence: University Press of Kansas, 1996. Simon, James F., *What Kind of Nation- Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York: Simon and Schuster, 2002. Smith, John Edward, *John Marshall- Definer of a Nation*, New York: Holt Paperbacks, 1998. Clinton, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence: University Press of Kansas, 1989. Kahn, Paul W., *The Reign of Law- Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven & London: Yale University Press, 1997. Mountjoy, Shane, *Marbury v. Madison- Establishing Supreme Court Power*, New York: Chelsea House, 2006. Newmeyer, R. Kent, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton

O caso *Marbury v. Madison*, segundo senso comum, marcaria a mais importante contribuição do direito norte-americano à teoria do direito constitucional¹⁴⁴. Teria assentado o princípio da supremacia do Poder Judiciário. Teria dado início ao “*judicial review*” ou controle pelo judiciário da constitucionalidade das leis. O mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall, festejado como a iluminada mente que nos legou o controle de constitucionalidade.

Argumenta-se aqui, no entanto, que a decisão foi política. Marshall contornou um confronto direto com o Presidente norte-americano. Não deixou de criticá-lo, disfarçando recuo inevitável, com ato de afirmação contra o partido que estava no poder. No quadro de um estudo sobre o presidencialismo, pode se insinuar que, naquele momento, o fortalecimento - de fato - era do Poder Executivo.

Em 1801, nos últimos dias do governo de John Adams, William Marbury foi legalmente nomeado juiz de paz no distrito de Columbia. Thomas Jefferson, então eleito presidente, ordenou que seu secretário de Estado, James Madison, não empossasse a Marbury, e a nenhum dos outros juízes nomeados por Adams. O preterido requereu ordem contra Madison, que não se defendeu. Jefferson ameaçou a Corte com um “*impeachment*”, caso o pedido de Marbury fosse deferido. O conflito estava posto.

Marshall astutamente inverteu o exame da ordem das questões. Declarou que Madison agiu ilegalmente ao não dar posse a Marbury, cuja nomeação para o cargo de juiz fora perfeita e legítima. Porém, e aqui o ato político, declarou que a Suprema Corte não tinha competência para conduzi-lo ao cargo porque o pedido fora diretamente feito àquele tribunal, com base numa lei judiciária de 1769.

Segundo Marshall, competência era matéria estritamente definida na Constituição. Não poderia ter sido dilatada por uma lei judiciária. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 da lei discutida, que atribuía à Suprema Corte competência originária para expedir ordens nestes casos. Marshall censurou Jefferson, criticou Madison, deu razão a Marbury, porém recusou-se a garantir a decisão com base na inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1769. Inaugurou o controle de constitucionalidade de leis por parte do poder judiciário. Por outro lado, não afrontou ao Presidente

Rouge: Louisiana State University Press, 2007. De Villers, David, *Marbury v. Madison- Powers of the Supreme Court*, Berkeley Heights: Enslow Publishers, Inc., 1998. Goldstone, Lawrence, *The Activist- John Marshall, Marbury v. Madison and the Myth of Judicial Review*, New York: Walker and Company, 2008. Tushnet, Mark (Ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford: Stanford University Press, 2005.

¹⁴⁴ Cf. Pollock, Earl E., *The Supreme Court and American Democracy- Case Studies on Judicial Review and Public Policy*, Westport and London: Greenwood Press, 2009, p. 9-28.

Thomas Jefferson que, naquele momento, e naquele contexto, saiu fortalecido. A decisão, olhando-se na perspectiva atual, resulta numa emenda constitucional de fato. Demorou cinco horas para ser lida; e é só no seu fecho que se compreende o seu resultado¹⁴⁵. E só muito tempo depois se compreende seu impacto.

O presidencialismo norte-americano resgatou fórmulas de imaginário passado republicano romano. Aplicou-se para situações que necessitavam de enfrentamentos urgentes. Carregou o peso de eventual assimilação com o modelo do poder monárquico inglês¹⁴⁶. Rearticulou-se ao longo dos anos. Persiste na tentativa de manter aparência de apoio popular. Representa, no limite, a reforma política e a imaginação institucional, que tudo faz e reforma, para tudo conservar e manter¹⁴⁷.

3) Organização

O sistema presidencialista é tratado na Seção I do Artigo II da Constituição norte-americana¹⁴⁸. Nele se investe o Poder Executivo federal. O mandato do presidente é de quatro anos. Este é eleito com um vice-presidente, com quem toma posse.

O vice-presidente preside o Senado; de outro modo, motejam os norte-Americanos, o vice não teria um emprego¹⁴⁹. Quando necessário, apenas profere voto de desempate (*tie breaking vote*). Não há conjunto pormenorizado e amplo de competências para o vice-presidente. Por isso, uma anedota norte-americana, que consiste em se indagar: *Whatever became of Hubert?*, isto é, *Onde está Hubert?* Trata-se de jocosa referência a Hubert Humphrey, eleito vice-presidente dos Estados Unidos em 1965, e que devido ao pequeno número de afazeres, não se sabia exatamente de seu paradeiro¹⁵⁰. A referência é jocosa, ilustrando, no entanto, o papel do vice-presidente no conjunto da política presidencialista norte-americana.

¹⁴⁵ Goldstone, Lawrence, cit., p. 229.

¹⁴⁶ Cf. Howard, A. E. Dick (ed.), *The United States Constitution- Roots, Rights, and Responsibilities*, Washington and London: Smithsonian Institution Press, 1987, pp. 23 e ss.

¹⁴⁷ Cf., por todos, Corwin, Edward S., *El Poder Ejecutivo- Funcion y Poderes- 1787-1957*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, s.d. Tradução do inglês para o espanhol de Laura E. Pellegrino. No original, Corwin, E. S., *The President, Office and Powers, 1787-1957*. New York: New York University Press, 1957.

¹⁴⁸ Conferir, entre outros, Tushnet, Mark, *The Constitution of the United States of America- A Contextual Analysis*, Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 79 e ss.

¹⁴⁹ Cf. Walter, Berns, *Democracy and the Constitution*, Washington: The AEI Press, 2006, p. 102.

¹⁵⁰ Cf. Currie, David P., *The Constitution of the United States- A Primer for the People*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000, p. 5.

Com a posse o presidente deve cumprir sua primeira obrigação constitucional. Presta juramento, proferindo as seguintes palavras: “*Eu solenemente prometo que irei honestamente exercer o cargo de Presidente dos Estados Unidos, que irei fazer o melhor de minhas aptidões, preservarei, protegerei e defenderei a Constituição dos Estados Unidos*”¹⁵¹. É sua primeira obrigação oficial, se recusar, viola a Constituição¹⁵². Em seguida, cumpre sua segunda obrigação, isto é, forma seu gabinete¹⁵³.

Há limites para a atuação do presidente dos Estados Unidos, por exemplo, em relação a servidores civis. No caso Humphrey, que é de 1935, a Suprema Corte impediu que o presidente demitisse dirigente de agência reguladora (*Federal Trade Commission*), nomeado por presidente anterior, simplesmente porque alegara incompatibilidade política. Notificado a deixar o cargo, Humphrey ajuizou ação requerendo que seus salários continuassem a ser pagos. A Corte entendeu que o chefe de uma agência reguladora deveria ter plena liberdade de ação, pelo que não poderia o presidente demiti-lo a qualquer momento¹⁵⁴.

O presidente dos Estados Unidos pode vetar leis¹⁵⁵; o veto presidencial pode ser derrubado por dois terços dos votos do Senado e da Câmara¹⁵⁶. Denomina-se de “*a arma ancilar da liderança presidencial (ancillary weapon of presidential leadership)*”¹⁵⁷.

O presidente é ordinariamente escolhido por um Colégio Eleitoral que se pulveriza pelos vários estados norte-americanos. O número de eleitores é igual ao número dos congressistas do Estado, o que reflete, assim, a população estadual. O estado da Califórnia, por exemplo, possui o maior número de delegados, cerca de 55, o que reflete os seus mais de 55 milhões de eleitores.

O vencedor na unidade federativa leva todos os votos, inclusive os sufrágios do candidato vencido, isto é, para efeitos de cômputo final de votos. É o estado que puxou a eleição de Richard Nixon e de Ronald Reagan. Cada unidade federada organiza sua legislação e modelo eleitorais,

¹⁵¹ Constituição dos Estados Unidos, II, I, 8. Tradução livre minha. No original: “*I do solemnly swear that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States*”.

¹⁵² Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 59.

¹⁵³ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 69.

¹⁵⁴ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 92.

¹⁵⁵ Constituição dos Estados Unidos, I, 7, [2 e 3].

¹⁵⁶ Constituição dos Estados Unidos, I, 7, [3].

¹⁵⁷ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 277.

inclusive no que se refere às eleições presidenciais. Cada estado tem sua específica legislação eleitoral; não se trata de matéria de lei federal¹⁵⁸.

Há, inclusive, previsão para discussões e votos fechados, o que o jargão político norte-Americano denomina de *caucus*. Não há eleições diretas para presidente nos Estados Unidos. Primeiramente, os partidos escolhem seus candidatos, a partir de indicações e votos de seus membros; são as chamadas *primárias*, que se realizam nos atuais 50 estados da federação. Nas primárias os partidos escolhem seus candidatos. É a primeira etapa a ser vencida.

Os eleitores são os delegados partidários. Depois de indicados os candidatos, os delegados nacionais depositam seus votos. Concomitantemente, ao lado dos votos dos 540 delegados (o Colégio Eleitoral) há eleições populares. Aqueles, os votos do Colégio Eleitoral, contam mais que os votos populares. Al Gore venceu Bush com cerca de um milhão de votos populares a mais; perdeu, no entanto, no Colégio Eleitoral, por 271 votos a 266; a Suprema Corte garantiu a vitória de Bush¹⁵⁹.

Já se questionou se essa disputa revelou apenas um controvérsia política ou se representaria a quebra de uma segurança jurídica e institucional dificilmente conquistada¹⁶⁰. A discussão na Suprema Corte suscitou abordagens tautológicas; o então Juiz Antonin Scalia argumentou que uma nova contagem de votos traria novas dúvidas, que seriam resolvidas por nova contagem, de modo indefinido¹⁶¹. O Juiz Presidente da Corte da Florida, cuja decisão foi revista pela Suprema Corte em Washington, justificou a intervenção, observando que “*o papel final do Judiciário é resolver disputas (...) e é o que o Judiciário fez no caso Bush v. Gore (...) é pelo Judiciário que nos norte-americanos resolveram a transferência da titularidade da presidência dos Estados Unidos, sem nenhum medo de que as antenas de televisão nos caminhões da imprensa que estavam ao lado do*

¹⁵⁸ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 39.

¹⁵⁹ Cf. Dershowitz, Alan M., *Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000*, Oxford: Oxford University Press, 2001. Conferir também Powe Jr., Lucas A., *The Supreme Court and the American Elite- 1789-2008*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, pp. 336-339.

¹⁶⁰ Cf. Ackerman, Bruce (ed.), *Bush v. Gore, The Question of Legitimacy*, New Haven and London: Yale University Press, 2002, p. IX.

¹⁶¹ Cf. Gillman, Howard, *The Votes that Counted- How the Court Decided the 2000 Presidential Election*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, p. 125.

Tribunal fossem substituídas por armas¹⁶²”. No entanto, houve protestos, no sentido de que os Estados Unidos precisariam de uma reforma eleitoral¹⁶³.

Esse modelo, porém, não é originariamente previsto pelos costumes e pela Constituição. De acordo com Woodrow Wilson, que foi presidente dos Estados Unidos, além de reconhecido jurista:

“Tivemos que passar por diversos estágios de desenvolvimento até que o presente sistema de eleição por convenção fosse alcançado. Nas duas primeiras eleições presidenciais os eleitores podiam escolher livremente, de acordo com suas consciências porque a Constituição assim os permitia. E a Constituição permitia que votassem da forma que julgassem melhor, e não se exigia muita discricção para se votar no General Washington. Mas quando o General Washington não mais estava na disputa, e novos partidos começaram a dividir terreno com os federalistas, dirigentes partidários em nada ajudavam sentindo-se ansiosos em relação aos votos dos eleitores, e alguns daqueles que foram indicados para escolher o presidente eram aqueles que anteriormente já haviam se comprometido a votar de determinada maneira. Após a terceira eleição presidencial o Congresso começou a supervisionar o assunto. De 1800 a 1824 houve uma sucessão de reuniões fechadas (caucus) de membros republicanos do Congresso com o objetivo de dirigir a ação dos eleitores dos partidos; e indicações por reuniões fechadas desapareceram apenas quando o Partido Republicano tornou-se virtualmente o único partido no qual valia a pena confiar- o único partido para o qual uma indicação realmente valia a pena- e então a opinião pública começou a reclamar de tamanha monopólio de decisões secretas. Em 1796 os congressistas federalistas realizaram uma reunião secreta para convergir ideias, na medida em que as eleições se aproximavam; porém em seguida se recusaram a experimentar mais além, e se contentaram com reuniões eventuais até que não havia mais partido para reunir. Em 1828 houve indicações de legislaturas estaduais; e em 1832 houve a primeira grande convenção para indicação de candidato¹⁶⁴”.

¹⁶² Cf. Wells, Charley, *Inside Bush v. Gore*, Gainesville: University Press of Florida, 2013, p. 136. No original: “The ultimate role of courts is to resolve disputes. That is what the courts did accomplished in Bush v. Gore. Through the courts, Americans accomplished settling the transfer of the power of the presidency of the United States without any fear that the television antennas on the truck parked across from our court would be changed to guns”.

¹⁶³ Cf. Zelden, Charles L., *Bush v. Gore- Exposing the Hidden Crisis in American Democracy*, Lawrence: University Press of Kansas, 2010. No original: “There is no good reason why we cannot take up the cause and fight to save democracy by reforming our electoral system (...)”.

¹⁶⁴ Wilson, Woodrow, *Congressional Government- A Study on American Politics*, Minola: Dover Publications, INC., 2006, p. 166. Tradução livre minha. No original: “We had to pass through several stages of development before the present system of election by convention was reached. At the first two presidential elections the electors were left free to vote as their consciences and the Constitution bade them; for the Constitution bade them vote as they deemed best, and it did not require much discretion to vote for General Washington. But when General Washington was out of the race, and new parties began to dispute the field with the Federalists, party managers could not help feeling anxious about the votes of the electors, and some of those named to choose the second President were, accordingly, pledged beforehand to vote thus so. After the third presidential election there began to be congressional oversight of the matter. From 1800 to 1824 there was an unbroken succession of caucuses of the Republican members of Congress to direct the action of the party electors, and nomination by caucus died only when the Republican party became virtually the only party worth reckoning with, - and then public opinion began to cry out against such secret direction of the monopoly. In 1796 the Federalist congressmen had held an informal caucus to ascertain their minds as to the

Atualmente, não obstante a proliferação de muitos partidos menores, há duas agremiações principais: o Partido Republicano e o Partido Democrata. O Partido Republicano é conhecido como o *G.O.P.*, ou o *Grand Old Party*, isto é, o *Velho Grande Partido*. O partido foi fundado em 1854; fora formado por antiescravistas, a exemplo de Abraham Lincoln. Hoje identificado com setores mais conservadores da sociedade¹⁶⁵, o Partido Republicano defende agenda restritiva da atuação estatal; prega-se Estado mínimo, bem como a diminuição de Impostos¹⁶⁶.

Entre os mais expressivos representantes do Partido Republicano na presidência dos Estados Unidos, além de Lincoln, pode-se citar Theodore Roosevelt, Dwight David Eisenhower, Richard Nixon, Ronald Reagan e Bush, pai e filho. Nascido no sul dos Estados Unidos, e identificado com a causa antiescravista, o Partido Republicano afastou-se de seu ideário originário, representando setores mais conservadores da sociedade, especialmente na década de 1980¹⁶⁷.

O Partido Democrata remonta a 1792, quando então era denominado de *Democratic Republican Party*, isto é, Partido Democrata Republicano. O partido se apresenta como progressista, num contexto norte-americano, e identifica-se com minorias e sindicatos de trabalhadores. Entre seus principais expoentes à frente da presidência dos Estados Unidos, indica-se Thomas Jefferson, Woodrow Wilson, Franklyn Delano Roosevelt, Harry Truman, John Fitzgerald Kennedy, Jimmy Carter, Bill Clinton e Barack Obama¹⁶⁸.

Nos termos da Constituição norte-americana a idade mínima demandada do presidente é de 35 anos. Deve deter cidadania originária. Exigia-se 14 anos de residência nos Estados Unidos, quando da redação da Constituição. A dicção constitucional que determinava que o candidato fosse cidadão dos Estados Unidos, ao tempo da adoção da Constituição, tem hoje, evidentemente, apenas valor histórico¹⁶⁹.

approaching election; but after that they refrained from further experiment in the same direction, and contented themselves with now and then a sort of convention until they had no party to convene. In 1828 there was a sort of dropping fire of nominations from state legislatures; and in 1832 sat the first of the great national nominating government”.

¹⁶⁵ Entre outros, o pensador conservador republicano norte-americano é estudado por Dean, John W., *Conservatives Without Conscience*, New York: Viking, 2006.

¹⁶⁶ Conferir, por todos, Rutland, Robert Allen, *The Republicans- From Lincoln to Bush*, Columbia: University of Missouri Press, 1998.

¹⁶⁷ Cf., Rutland, Robert Allen, cit.

¹⁶⁸ Para a história do Partido Democrata, conferir, Rutland, Robert Allen, *The Democrats, From Jefferson to Clinton*, Columbia: University of Missouri Press, 2002.

¹⁶⁹ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 32.

A Emenda XXV presentemente regula os casos de vacância da presidência, por deposição, morte, renúncia ou inabilitação. Proposta em 6 de julho de 1965 e ratificada em 10 de fevereiro de 1967, a Emenda XXV dispõe que em caso de deposição, morte ou renúncia o presidente será substituído pelo vice-presidente. Na hipótese de vacância do cargo de vice-presidente, o presidente indicará um novo vice-presidente. O Congresso decidiria sobre os casos de vacância, na hipótese de afastamento do vice-presidente.

O presidente é o comandante do Exército, da Marinha e das forças militares estaduais, quando oficiadas a atuar em nome da União. Detém poderes, mediante autorização do Senado, para fazer tratados; é o tema da separação de poderes, em assuntos internacionais¹⁷⁰, que os norte-americanos resolveram com a doutrina da “*domesticação da política internacional*”¹⁷¹; isto é, tem-se como axiomático que o poder do presidente dos Estados Unidos em matéria internacional transcenda aos dos demais poderes¹⁷².

O presidente deve informar o Congresso sobre sua administração, fazendo-o regularmente, ato que os norte-americanos denominam de *State of the Union*. Como costume, o pronunciamento é anual, e dele o presidente se serve para oferecer um balanço periódico de seu governo.

A Emenda XX, proposta em 2 de março de 1932 e ratificada em 23 de janeiro de 1933, dispõe que o mandato do presidente se inicia e se encerra ao meio-dia do dia 20 de janeiro, devendo-se respeitar o prazo em anos do respectivo mandato, isto é, quatro anos. A Emenda XXII, proposta em 24 de março de 1947 e ratificada em 27 de fevereiro de 1951, limita em dois mandatos o exercício da presidência.

Alguns momentos e episódios da história norte-americana conferem à presidência daquele país sua característica atual. Exemplifico com a eleição de Thomas Jefferson e a disputa com o Judiciário por ocasião do caso Marbury v. Madison. Exemplifica-se também com a dramática expansão dos poderes presidenciais ao longo da Guerra Civil, durante a presidência de Abraham Lincoln. Lembra-se ainda a aprovação de uma lei reguladora do orçamento, datada de 1921, que levou a responsabilidade da confecção da lei orçamentária do Congresso para a presidência.

Há também exemplos também com a luta contra a depressão econômica na administração Franklyn Roosevelt, inclusive com ameaça de alteração do número de juízes da Suprema Corte

¹⁷⁰ Cf. Sheldon, Charles H., *Essentials of the American Constitution- The Supreme Court and the Fundamental Law*, Cambridge: Perseus Book, 2001, pp. 68 e ss.

¹⁷¹ Cf. Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press, 2000, p. 637.

¹⁷² Cf. Tribe, Laurence H., cit., loc.cit.

que se oponham às reformas do *New Deal*. Recorde-se também a ampliação das responsabilidades presidenciais por força da participação norte-americana na Segunda Guerra Mundial. Ilustre-se o papel do Presidente, ainda, com uma lei de empregos de 1946 que incumbiu ao Chefe do Executivo promover o crescimento econômico, o pleno emprego e a estabilização dos preços.

Em tempos mais recentes, exemplifica-se com o caso *Watergate* que levantou suspeitas em torno da amplitude dos poderes presidenciais¹⁷³. Lembra-se ainda as políticas neoliberais de Ronald Reagan, referentes ao corte de tributos, de gastos domésticos com programas sociais, bem como com a diminuição de gastos com armamentos e forças armadas. Por fim, e atualmente, com os grandes efeitos da crise internacional, que também abala aos Estados Unidos¹⁷⁴, além, evidentemente, do combate ao terrorismo.

Quanto aos poderes do presidente dos Estados Unidos, há compreensão geral de que não se esgotam no texto constitucional; haveria, assim, um resíduo indefinido de prerrogativas que o presidente mantém para si¹⁷⁵.

Por outro lado, discussões relativas às imunidades presidenciais são recorrentes. Exemplifico com o caso *Fitzgerald v. Nixon*. Durante o governo de Richard Nixon, o autor da ação, Fitzgerald, que trabalhava como agente civil na aeronáutica, foi despedido. Justificou-se a dispensa como resultante da necessidade da redução de pessoal. Fitzgerald não se conformou e judicializou a questão alegando que sua demissão fora um ato de perseguição política. Insistia que

¹⁷³ Nesse caso, registra-se a dramática renúncia de Richard Nixon, ao longo da crise. Segue excerto do discurso de renúncia: *“Todas as vezes em que tomei decisões em minha vida pública, sempre agi na tentativa de fazer o que melhor seria para a Nação. Durante esse longo e difícil período do caso Watergate, sempre achei que era minha obrigação persistir, fazer todos os esforços possíveis para encerrar o mandato para o qual vocês me elegeram. Nos últimos dias, porém, ficou evidente que eu não mais tenho base fortemente suficiente no Congresso para justificar a continuidade desse esforço (...) A continuidade dessa luta nos meses que seguem iria quase que absorver integralmente o tempo e a atenção de que disponho, como presidente, e a o do Congresso, em um período no qual nossa atenção integral deve ser dirigida para as grandes questões da paz internacional e da prosperidade interna, livre da inflação (...) Consequentemente, vou renunciar a presidência amanhã, ao meio-dia”*. No original: *“In all decisions I have made in my public life, I have always tried to do what was best for the Nation. Throughout the long and difficult period of Watergate, I shall felt it was my duty to persevere, to make every possible effort to complete the term of office to which you elected me. In the past few days, however, it has become evident to me that I no longer have a strong enough base in the Congress to justify continuing that effort (...) To continue to fight through the months ahead for my vindication would almost totally absorb the time and attention of both the President and Congress in a period when our entire focus should be on the great issues of peace abroad and prosperity without inflation at home. Therefore, I shall resign the Presidency effective at noon tomorrow”*, in White, Theodore H., *Breach of Faith- the Fall of Richard Nixon*, New York: Atheneum, 1975, p. 349.

¹⁷⁴ Nesse tema, conferir Krugman, Paul, *A Crise de 2008 e a Economia da Depressão*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 145-172. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra.

¹⁷⁵ Cf. Corwin, Edward S., cit., p. 3.

havia sido demitido porque testemunhou contra o governo. A defesa do presidente Nixon apegou-se em preliminar, dado que não se poderia levar o presidente à justiça para discussão de um ato dessa natureza. Nixon ganhou em primeira instância. Fitzgerald conseguiu alterar a decisão em tribunal superior. Os advogados do presidente conseguiram que a Suprema Corte revisse a questão.

O que se discutia, fundamentalmente, era se o presidente detinha imunidade absoluta por seus atos enquanto ainda estivesse no exercício do cargo. A Suprema Corte manteve a decisão de primeira instância, no sentido de que o presidente detinha imunidade absoluta em relação a atos dessa natureza. Houve um voto vencido no qual se consignou que a imunidade, naquele caso, não podia ser reconhecida, porque colocava o presidente acima de todos e da lei¹⁷⁶.

O caso William Jefferson Clinton v. Paula Corbin Jones¹⁷⁷ ilustra também a questão das imunidades presidenciais. Consta que o ex-presidente Bill Clinton teria estado com Paula Jones, funcionária pública, no Hotel Excelsior, em Little Rock, capital do Arkansas, em maio de 1991. O encontro teria ocorrido logo após um discurso de Clinton, então governador daquele estado. Paula trabalhava na recepção do hotel, e fora convidada por Clinton, para que se dirigisse a uma suíte daquele estabelecimento. Clinton teria assediado a jovem, que teria resistido. Em 1994 Paula acionou Clinton requerendo condenação por danos morais.

Requeréu também compensação por danos emocionais. Com base no já referido caso Nixon v. Fitzgerald, o então presidente Clinton protestou por imunidade. Ganhou em primeira instância. O processo deveria ser suspenso até o fim do mandato de seu mandato. A questão chegou à Suprema Corte. E porque o caso não era idêntico ao caso Fitzgerald - neste, o Estado pagaria pelos danos devidos, no caso Clinton, a responsabilidade era pessoal - a Corte deu ganho de causa a Paula Jones.

4) Ação legislativa

4.1) Memorandos presidenciais

Os memorandos presidenciais (*presidential memoranda*) tratam de matérias que são recorrentemente reguladas por *ordens presidenciais*; seriam, assim, *ordens presidenciais* com um

¹⁷⁶ U. S. Supreme Court, 457 U. S. 731 (1982).

¹⁷⁷ U. S. Supreme Court, 520 U. S. 681 (1991).

outro nome¹⁷⁸. O primeiro ato de Ronald Reagan, assim que assumiu o cargo, foi um memorando presidencial no qual se decretou um congelamento na contratação de servidores públicos federais, em cumprimento a promessa feita em campanha presidencial. O texto foi assinado logo após Reagan pronunciar seu discurso inaugural; mantinha o mote da campanha, afirmando que o governo não era a solução; o governo seria o problema a ser enfrentado¹⁷⁹.

Memorandos presidenciais são manifestações nominalmente dirigidas a servidores do Poder Executivo e simplesmente denominadas de memorandos pelo gabinete na Casa Branca; em tempos anteriores, eram denominadas de *cartas presidenciais*, na informação de autor norte-americano¹⁸⁰. Memorandos presidenciais não são indexados ou numerados, e também não precisam ser publicados no *Federal Register*, isto é, no jornal oficial do governo norte-americano¹⁸¹.

Memorandos presidenciais também são utilizados para a comunicação - - feita ao Congresso - - relativa a veto de lei levada a sanção do Presidente. Exemplifica-se com memorando presidencial assinado por George Bush, em 30 de novembro de 1989. Nessa ocasião o Presidente Bush vetava lei que dispunha sobre auxílio a imigração chinesa, no desdobramento dos eventos ocorridos em Pequim, na rebelião da Praça da Paz Celestial¹⁸². Memorandos presidenciais são dirigidos ao público em geral, e não a servidores públicos ou pessoas em particular¹⁸³.

Ao que consta, os presidentes norte-americanos utilizam-se de memorandos porque, a exemplo de algumas *ordens executivas*, geram publicidade favorável. Há também flexibilidade no contexto de situações emergenciais. De um modo um pouco pragmático, entende-se que os memorandos presidenciais tem alguma utilidade no enfrentamento junto ao Congresso.

São também importantes ferramentas para a revisão de linhas políticas adotadas por administrações anteriores, com especial ênfase e destaque em períodos de transição. Ainda, memorandos presidenciais também são úteis na condução de aspectos delicados de política externa, que exigem pronta intervenção governamental. Como se vê, esse conjunto de vantagens

¹⁷⁸ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

¹⁷⁹ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 82.

¹⁸⁰ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 83. No original: “In general, it is a pronouncement by the chief executive nominally directed at executive branch officials and labeled as a memorandum by the White House. In early times, it was sometimes known as a presidential letter”.

¹⁸¹ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 85.

¹⁸² Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

¹⁸³ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

são muito próximas (se não as mesmas) que prestigiam as *ordens executivas*, como se verá mais adiante. Além de absolutamente simples e informais (nem precisam ser publicadas, como se observou acima), enfrentam um problema específico e logo são esquecidas¹⁸⁴.

4.2) Proclamações presidenciais

Deve-se registrar também as proclamações presidenciais. A matéria foi regulamentada por uma *ordem executiva*, baixada pelo Presidente Kennedy¹⁸⁵. Devem ser publicadas no *Federal Register*. Catalogadas desde 1989, há hoje cerca de 7.000 *proclamações presidenciais*. São definidas como “*instrumentos que declaram uma condição, afirmam uma lei, bem como os requisitos para sua obediência, reconhecem um evento, ou dão início ao implemento de uma norma, reconhecendo que as circunstâncias para sua vigência foram realizadas*”¹⁸⁶.

Há proclamações presidenciais que são emblemáticas na tradição presidencialista norte-americana. Em 1793, George Washington proclamou a neutralidade dos Estados Unidos, em face de guerra que havia entre França e Inglaterra. O governo norte-americano estava dividido. Alexander Hamilton apoiava os ingleses. Thomas Jefferson tomou o lado dos franceses. Washington decidiu-se pela neutralidade, e revelou essa intenção à Nação por intermédio de uma *proclamação presidencial*¹⁸⁷.

Deve-se registrar também que muitas vezes não se tem exatamente a diferença entre uma *ordem executiva* e uma *proclamação presidencial*. Por exemplo, Abraham Lincoln determinou a libertação dos escravos por intermédio de uma *proclamação*, ainda que historicamente reconhecida como *ordem executiva*¹⁸⁸.

4.3) Diretivas presidenciais

¹⁸⁴ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 105.

¹⁸⁵ Trata-se da mesma ordem executiva que regulamenta ordens executivas, isto é, número 11030.

¹⁸⁶ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 118. No original: “*A proclamation is an instrument that states a condition, declares the law and requires obedience, recognizes an event, or triggers the implementation of a law, by recognizing that the circumstances in law have been realized*”.

¹⁸⁷ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

¹⁸⁸ Cf. Miller, Arthur S., cit., p. 86.

Os presidentes norte-americanos podem habilmente se esquivar de cumprimento de lei aprovada pelo Congresso (e por ele próprio presidente promulgada) medidante o uso de *diretivas presidenciais* denominadas de *presidential signing statements-PPS*¹⁸⁹. Afinal, e Ronald Reagan utilizou esse modelo com muita frequência, a interpretação de uma lei pode significar, efetivamente, uma outra lei¹⁹⁰. No entender desse estudioso norte-americano, o PPS é “*uma arma efetiva para obstaculizar a ação do legislativo, influenciando-se não apenas a implementação da lei, mas também sua necessária interpretação*”¹⁹¹.

Esse instrumento, o PPS, é definido como “*anúncios feitos pelo Presidente, via de regra preparados pelo Departamento de Justiça, que vão além de mera passagem de lei que identifica disposições legislativas com as quais o presidente se preocupa*”¹⁹². As possibilidades normativas e discursivas dos PPSs são muito amplas. De acordo com autor norte-americano aqui tantas vezes citado, os PPSs “*também propiciam a interpretação presidencial dos textos legais, anunciam limites constitucionais na interpretação de algumas disposições da lei que se trata, bem como indicam direções para servidores do Poder Executivo a propósito de como se administrar essa nova lei de uma maneira aceitável*”¹⁹³.

O uso dos PPSs foi desenvolvido por Edwin Meese III, que fora o Advogado-Geral (*Attorney-General*) do Presidente Reagan¹⁹⁴. Meese enfrentava o Judiciário, invocando que se o problema vinha dos juízes, era justamente com os juízes que algo que deveria ser feito; um modelo de interpretação prévia, por parte do Poder Executivo, teria essa função¹⁹⁵.

Absoluta falta de previsão constitucional e legal revela intensa tentativa de integrantes do poder executivo norte-americano no sentido de se justificar o uso dos PPSs. Essa fórmula é usada com frequência com o objetivo de se aproximar de aliados políticos, de se fixar alguns pontos

¹⁸⁹ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 199.

¹⁹⁰ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 200.

¹⁹¹ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 201. No original: “(...) *effective weapon to trump congressional action and to influence not only the implementation of law but also its legal interpretation*”.

¹⁹² Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit. No original: “*PPSs are announcements made by the President, usually prepared by the Justice Department, that go beyond merely landing passage of a statute to identify provisions of legislation with which the president has concerns*”.

¹⁹³ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 201. No original: “*They also provide the president’s interpretation of the language of the law, announce constitutional limits on the implementation of some of its provisions, ou indicate directions to executive branch officials as to how administer the new law in an acceptable manner*”.

¹⁹⁴ Estudo criterioso sobre o gabinete do Attorney-General no tempo de Meese e de Kmiec, Douglas W., *The Attorney’s General Lawyer- Inside the Meese Justice Department*, New York: Praeger, 1992.

¹⁹⁵ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 202.

estratégicos, de se influenciar preventivamente decisões do Judiciário, bem como de se enfrentar com medida firme um Congresso deliberadamente hostil¹⁹⁶.

Do ponto de vista metodológico, o que se tem é uma fórmula para se interpretar uma norma mandatória (lei) como se fosse um mero conselho¹⁹⁷. E nesse aspecto que os *PPSs* funcionam, efetivamente, como vetos parciais de lei, o que o direito norte-Americano denomina de *line item veto*, cuja constitucionalidade foi negada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em decisão do fim da década de 1990¹⁹⁸.

4.4) *Ordens Executivas*

O estudo das *ordens executivas* permite uma avaliação da autoridade presidencial, de um ponto de vista substancialmente pragmático; é o tema do poder unilateral do chefe do Executivo. Isto é, as *ordens executivas* qualificam a materialização do exercício formal da autoridade presidencial nos Estados Unidos da América¹⁹⁹. Por muito tempo se entendeu que as *ordens executivas* se prestavam tão somente para a realização de tarefas rotineiras da Administração; por isso, não chamam a atenção quando fixam ponto facultativo para servidores públicos no dia do Natal, tabelas de pagamentos de salários, uso de cinto de segurança por parte de servidores públicos, entre outras medidas²⁰⁰.

Alguma tentativa de classificação do conteúdo das *ordens executivas* poderia apontar que esse arranjo institucional propicia diretivas simbólicas, orientações de rotina, iniciativas de políticas públicas, ordens híbridas e, substancialmente, criação de direito novo. Como registrou especialista norte-americano, “*presidentes que encontram um ambiente político hostil a sua agenda política devem tentar baixar ordens executivas para melhorarem seus índices de ação política (...) assim, um aumento no número de ordens executivas pode ser um indicador de fraqueza presidencial*”²⁰¹. A ordem executiva desvenda a frequência da atuação administrativa normativa do presidentes norte-americanos.

¹⁹⁶ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 208.

¹⁹⁷ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

¹⁹⁸ Caso Clinton v. New York, 524 U.S. 417 (1998).

¹⁹⁹ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. p. 150.

²⁰⁰ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. loc.cit.

²⁰¹ Warber, Adam L., *Executive Orders and the Modern Presidency- Legislating from the Oval Office*, Boulder and London: Lynne Rienne Publishers, p. 149. No original: “*Presidents who encounter a political environment that is*

Presidentes usam *ordens executivas* para criar e modificar importantes programas e linhas de ação²⁰². Segundo observou um pesquisador brasileiro, em impressionante estudo publicado nos Estados Unidos sobre as *ordens executivas*, porque esse mecanismo tem força de lei, e ainda não exige aprovação do Congresso, tem o potencial de driblar completamente o processo legislativo, provendo os presidentes com ferramenta única com a qual podem buscar políticas públicas por caminhos independentes.

A atuação presidencial norte-americana, especialmente em tempos de crise, depende de um Poder Executivo atuante. Especialmente, presidentes como George Washington, Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abraham Lincoln, Franklyn Delano Roosevelt, Lyndon Johnson e George W. Bush, enfrentaram várias situações absolutamente dramáticas, valendo-se, entre outros, de *ordens executivas*²⁰³. Andrew Jackson, especialmente, notabilizou-se por ter enfrentado o Congresso, lutado tenazmente pela independência do Executivo, ao que consta, trazendo pessoas comuns diretamente para dentro do Governo²⁰⁴.

A compra da Louisiana, em 1803, quando era presidente Thomas Jefferson, o que dobrou o tamanho do território norte-Americano, fora realizada por intermédio de uma *ordem executiva*. Ao que consta, Thomas Jefferson não possuía autoridade para realizar a transação²⁰⁵. Em 1861 Abraham Lincoln utilizou instrumento semelhante para suspender o habeas corpus, determinar o fechamento dos portos do sul dos Estados Unidos, aumentar os contingentes do exército e da marinha, aumentando gastos sem autorização presidencial, objetivando combater os confederados

hostile to their policy agenda might have to rely on executive orders to accomplish some type of policy record. Thus, an increase in the number of executive orders might be an indicator of presidential weakness”.

²⁰² Cf. Meyer, Kenneth R., cit. loc.cit.

²⁰³ A atuação dos presidentes norte-americanos em tempo de crise é explorada por Yoo, John, *Crisis and Command-The History of Executive Power from George Washington to George W. Bush*, New York: Kaplan, 2009. O autor leciona na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley. Participou ativamente no primeiro governo George W. Bush, junto ao Departamento de Justiça, quando fora um dos articuladores das políticas de combate ao terrorismo então tracadas. Ao longo do presente trabalho utilizei edição de 2011, a mim presenteada pelo Professor John Yoo, em encontro em seu escritório, na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley, na manhã de 11 de fevereiro de 2014.

²⁰⁴ Cf. Bell, Jack, *The Presidency: Office of Power*, Boston: Allyn and Bacon, Inc, 1967, p. 61.

²⁰⁵ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. p. 152.

na Guerra de Secessão²⁰⁶. De igual modo, foi uma efetiva *ordem executiva* que instrumentalizou a abolição da escravidão²⁰⁷, na conjuntura da guerra civil²⁰⁸.

Franklyn Delano Roosevelt organizou o gabinete presidencial (o *Executive Office of the President*), órgão que efetivamente atuou na articulação presidencial ao longo da segunda guerra mundial, por meio de *ordem executiva*, baixada em maio de 1940²⁰⁹. Foi com o uso sucessivo de *ordens executivas* que Roosevelt enfrentou a grande depressão de 1929 e a segunda guerra mundial.

Harry Truman declarou guerra contra a Coreia do Norte²¹⁰, sem ouvir o Congresso, em junho de 1950, articulando sua ação por meio de *ordem executiva*, invocando que sua autoridade era derivada, naquele caso, de disposição da Carta das Nações Unidas²¹¹. Em 1952 Truman baixou aquela que é provavelmente a mais controvertida *ordem executiva* da história norte-americana, determinando intervenção governamental em siderurgias, especialmente em virtude de ameaça de greve²¹². Esse ordem foi questionada na Suprema Corte²¹³.

Truman acreditava que o conflito entre o Presidente e o Congresso era absolutamente inerente a forma de governo dos Estados Unidos²¹⁴. Lyndon Johnson deu início a programa de ações afirmativas, ao longo da guerra pelos direitos civis da década de 1960, por intermédio de *ordem executiva*; Lyndon Johnson também baixou *ordem executiva* para compor comissão para investigar o assassinato de Kennedy²¹⁵.

Logo em seguida aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 o presidente George W. Bush baixou *ordens executivas* autorizando a força aerea norte-americana a derrubar aeronaves

²⁰⁶ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. loc. cit.

²⁰⁷ Cf. Dodds, Graham G., *Executive Orders from Nixon to Now*, in Kelley, Cristopher S. (ed.), *Executing the Constitution-Putting the President back into the Constitution*, Albany: State University of New York Press, 2006, p. 53.

²⁰⁸ Cf. Paludan, Philip Shaw, *The Presidency of Abraham Lincoln*, Lawrence: University Press of Kansas, 1994, p. 185. Conferir também Anastaplo, George, *Abraham Lincoln- A Constitutional Biography*, New York: Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1999, p. 197.

²⁰⁹ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. p. 153.

²¹⁰ Cf. Mc Coy, Donald R., *The Presidency of Harry S. Truman*, Lawrence: University Press of Kansas, 1984, pp. 292-293.

²¹¹ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., loc. cit.

²¹² Cf. Bernstein, Barton J. e Matusow, Allen J., *The Truman Administration: a Documentary History*, New York and London: Harper and Row Publishers, 1966, pp. 158 e ss.

²¹³ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., loc. cit.

²¹⁴ Cf. Bell, Jack, *The Presidency: Office of Power*, Boston: Allyn and Bacon, Inc, 1967, p. 57.

²¹⁵ Cf. Johnson, Lyndon B., *Public Papers of the President of the United States- (1963-1964)*, p. 14. Ordem Executiva 11130, baixada em 20 de novembro de 1963.

comerciais que tivessem sido sequestradas²¹⁶. Concomitantemente, também por *ordem executiva*, estabeleceu o *Homeland Security*, o mais importante órgão de segurança nacional norte-americana, junto a seu gabinete, bem como criou todo um sistema penal militar para julgar suspeitos de terrorismo²¹⁷.

Remete-se ao tema do valor dos atos governamentais em tempos de guerra, à luz da declaração de direitos, cotejada com o assombroso assunto do estado de exceção²¹⁸. Bush valeu-se de *ordem executiva*²¹⁹ para conduzir a causa religiosa no ambiente da luta contra o terrorismo, estabelecendo relações entre o Departamento de Segurança Interna (*Homeland Security Office*) e comunidades formadas a partir de núcleos religiosos²²⁰.

O uso de *ordens executivas* passou a ser muito comum na segunda metade do século XX. Harry Truman (1945-1953) baixou 873 *ordens executivas*²²¹. Sua época foi marcada pela perseguição aos acusados de simpatia para com o comunismo²²², bem como por uma retomada de posições por parte do partido democrata, que elegeu Dwight Eisenhower. Este último, herói da Segunda Guerra Mundial, presidente de 1953 a 1961, baixou 522 *ordens executivas*²²³. Como chefe do Poder Executivo teve de executar políticas definidas pela Suprema Corte, em matéria de direitos civis²²⁴.

John F. Fitzgerald Kennedy (1961-1963) baixou 214 *ordens executivas*, enfrentando, corajosamente, resistências a políticas de realização de direitos civis²²⁵. Seu sucessor, Lyndon B.

²¹⁶ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. p. 154.

²¹⁷ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., loc. cit.

²¹⁸ Cf. Di Paolo, Amanda, *Zones of Twilight- Wartime Presidential Powers and Federal Court Decision Making*, New York: Lexington Books, 2010.

²¹⁹ Ordem Executiva 13937.

²²⁰ Cf. Blumenthal, Sidney, *How Bush Rules- Chronicles of a Radical Regime*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 376.

²²¹ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 151.

²²² Cf. Graubard, Stephen, *The Presidents- The Transformation of American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, London: Penguin Books, pp. 299-349.

²²³ Cf. Warber, Adam L., cit. p. 152.

²²⁴ Cf. Tushnet, Mark V., *Making Civil Rights Law- Thurgood Marshall and the Supreme Court- 1956-1961*, New York: Oxford University Press, 1994. Cf. Graubard, Stephen, cit., pp. 350-397. Halberstan, David, *The Fifties*, New York: Fawcett Books, 1993.

²²⁵ Schlesinger Jr., Arthur M., *A Thousand Days- John F. Kennedy in the White House*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1965. Cf. Graubard, Stephen, cit., pp. 398-435.

Johnson (1963-1969) baixou 325 *ordens executivas*²²⁶, num mesmo contexto de divisão política e social²²⁷, caracterizado pela expansão de movimentos de contracultura²²⁸.

Richard Nixon (1969-1974) baixou 346 *ordens executivas*²²⁹, num ambiente marcado pela Guerra do Vietnã²³⁰ e pelo Caso Watergate²³¹. Gerald Ford (1974-1977)²³² baixou 169 *ordens executivas*²³³. Jimmy Carter (1977-1981), reconhecido por sua compreensão da agenda dos direitos humanos²³⁴, baixou 320 *ordens executivas*²³⁵. Ronald Reagan (1981-1989)²³⁶, agente da expansão de modelo neoliberal²³⁷, marcado pela diminuição do Estado²³⁸, baixou 381 *ordens executivas*²³⁹.

George H. W. Bush (1989-1993) baixou 166 *ordens executivas*²⁴⁰, em momento absolutamente conturbado, especialmente por força da guerra no Iraque²⁴¹. Bill Clinton (1993-2001), cuja administração foi marcada também por escândalos pessoais²⁴², baixou 363 *ordens executivas*²⁴³. George W. Bush (dados de 2001 a 2004), em cuja presidência se intensificou a guerra contra o terrorismo²⁴⁴, havia baixado 171 *ordens executivas*.

Em principio, *ordens executivas* devem decorrer de autorização constitucional ou, no limite, de algum poder conferido ao presidente por lei²⁴⁵; afirmativa que se revela como óbvia do

²²⁶ Cf. Warber, Adam L., cit., loc. cit.

²²⁷ Cf. Isserman, Maurice e Kazin, Michael, *America Divided- The Civil War of the 1960s*, New York: Oxford University Press, 2000, pp. 187-204.

²²⁸ Cf. Kaiser, Charles, *1968 in America- Music, Politics, Chaos, Counterculture and Shaping of a Generation*, New York: Grove Press, 1988. Cf. Graubard, Stephen, cit., pp. 436-469.

²²⁹ Cf. Warber, Adam L., cit., loc. cit.

²³⁰ Cf. Schulman, Bruce J., *The Seventies- The Great Shift in American Culture, Society and Politics*, Cambridge: Perseus Book, 2002.

²³¹ Cf. Graubard, Stephen, cit., pp. 470-512.

²³² Graubard, Stephen, cit., pp. 513-526.

²³³ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 153.

²³⁴ Cf. Graubard, Stephen, cit., pp. 527-546.

²³⁵ Cf. Warber, Adam L., cit., loc. cit.

²³⁶ Graubard, Stephen, cit., pp. 547-587.

²³⁷ Cf. Harvey, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 73.

²³⁸ Ohmae, Kenich, *The End of the Nation State- The Rise of Regional Economies*, New York: Free Press, 1995. Poggi, Gianfranco, *The State, its Nature, Development and Prospects*, Stanford: Stanford University Press, 1999, pp. 145 e ss.

²³⁹ Cf. Warber, Adam L., cit., loc. cit.

²⁴⁰ Cf. Warber, Adam L., cit., loc. cit.

²⁴¹ Graubard, Stephen, cit., pp. 588-615.

²⁴² Graubard, Stephen, cit., pp. 616-663.

²⁴³ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 154.

²⁴⁴ Graubard, Stephen, cit., pp. 664-687.

²⁴⁵ Cf. Meyer, Kenneth R., cit. p. 155. No original: “A valid presidential order must be based on the president’s constitutional authority or on a power conferred or delegated by statute”.

ponto de vista essencialmente normativo. No entanto, a questão é envolvida por muita obscuridade interpretativa, o que colobra para que presidentes explorem essas lacunas²⁴⁶.

O que se observa, concretamente, é que os presidentes norte-americanos baixam as *ordens executivas* para realizar muitas de suas mais importantes iniciativas; segundo autor estadunidense, presidentes veem nas *ordens executivas* alguma combinação entre autoridade constitucional e legal, que se acredita possível²⁴⁷. E segundo pesquisador brasileiro acima já citado, a Constituição norte-americana é amplamente ambivalente ao fixar os limites dentro dos quais o sistema de freios e contrapesos deve operar; concluiu esse autor que, se por um lado, as funções e os poderes são definidos de um modo muito amplo, de outro lado, intromissões e renúncias não são absolutamente definidas²⁴⁸.

Trata-se do recorrente tema da interpretação do art. II da Constituição norte-americana. O texto constitucional dos Estados Unidos explicita com pormenor as áreas de atuação do legislativo e do judiciário, negligenciando, no entanto, quanto a uma fórmula mais direta de ação do poder executivo. O assunto fora recorrente na discussão dos *artigos federalistas*; Alexander Hamilton justificava a alocação de poderes em favor do presidente a partir de comparação com os poderes da monarquia inglesa. Os revolucionários de 1776 rebelaram-se contra o Rei George III da Inglaterra - - e o decorrente estado de opressão vivido pelas colônias - - mas disso não se pode extrair efetiva e comprovadamente que havia uma deliberada política de hostilidade a qualquer forma de poder executivo²⁴⁹.

O pensamento de Alexander Hamilton é crucial na formulação da autoridade presidencial norte-americana²⁵⁰. A relação entre o Presidente e o Congresso, a partir de Hamilton, foi explorada por Martin Fausold e Alan Shank, para quem o chefe do executivo deveria ser um líder forte, a quem compete proteger a Nação contra ataques externos, administrar as leis, assegurar a liberdade contra os perigos da ambição, facção ou anarquia.

²⁴⁶ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., loc. cit.

²⁴⁷ Cf. Shane, Peter M. e Bruff, Harold H., cit., p. 88. No original: “*Presidents use executive orders to implement many of their most important initiatives, having them on any combination of constitutional and statutory authority that is thought to be available*”.

²⁴⁸ Cf. Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., p. 1. No original: “*(...) The Constitution is amply ambivalent in setting the boundaries within which the system of ‘checks and balances’ is supposed to operate its will. If, on one hand, functions and powers are defined very broadly, on the other, intrusion and abdication are not defined at all*”.

²⁴⁹ Cf. Yoo, John, cit., p. 2.

²⁵⁰ Cf. Fausold, Martin, e Shank, Alan, *The Constitution and the American Presidency*, Albany: State University of New York Press, 1991.

Segundo esses autores, quase todos os presidentes fortes dos séculos XIX e XX defenderam as respectivas autoridades presidenciais, nos termos propostos por Alexander Hamilton. E ainda, acrescentam, na medida em que tenham ocorrido abusos do poder presidencial, o Congresso tem usualmente garantido o modelo madisoniano de equilíbrio e de freios e contrapesos²⁵¹.

Os federalistas defendiam um executivo forte; é o que se lê, especialmente, nos artigos 69 e 70 desse texto de proselitismo do constitucionalismo norte-americano. Os antifederalistas eram contrários a essa tese. Especialmente, Patrick Henry, que ao discorrer sobre a ratificação da Constituição que então se discutia, observava que o presidente poderia facilmente se tornar um rei²⁵².

Percebe-se que os vários presidentes norte-americanos expressam distintas visões relativas aos poderes e missões que detêm. George Washington procurou afirmar-se em contraposição ao Congresso²⁵³. Andrew Jackson, ao nulificar leis da Carolina do Sul, dimensionou o executivo federal em contexto de mais absoluto controle em relação às unidades federadas. Abraham Lincoln insistia que o presidente derivava sua autoridade do povo²⁵⁴.

Theodore Roosevelt advogou a teoria da delegação. O presidente teria não somente o direito de atuar; teria, principalmente, o dever de agir, atendendo demandas da Nação, a menos que houvesse explícita vedação constitucional ou legal para sua específica atuação²⁵⁵. Theodore Roosevelt notabilizou-se pelo uso de *ordens executivas* com o objetivo de criação de áreas de preservação natural²⁵⁶.

William Howard Taft, autor de importante monografia a respeito da atuação presidencial (que será mais a frente comentada) entendia que o presidente não poderia exercer nenhum poder que não pudesse ser justa e razoavelmente ligado a alguma específica delegação, tida como própria

²⁵¹ Cf. Fausold, Martin, e Shank, Alan, cit. No original: *'The Hamiltonian chief executive is a strong leader who protects the nation against foreign attacks, administer the laws, and secures liberty against the dangers of ambition, faction and anarchy. Nearly all the strong presidents of the XIX and XX centuries defended their constitutional authority in Hamiltonian terms. When abuses of presidential power occurred, Congress usually asserted the Madisonian model of equilibrium and checks and balances'*.

²⁵² Cf. Hirschfield, Robert S. (ed.), *The Power of the Presidency- Concepts and Controversy*, Chicago: Aldine Publishing, 1973. No original: *"Your president may easily become king!"*.

²⁵³ Cf. Yoo, John, cit., pp. 53 e ss.

²⁵⁴ É o que se lê em seu discurso de posse. No original: *"The Chief Magistrate derives all his authority from the people"*.

²⁵⁵ No original: *"My belief was that it was not only his right but his duty to do anything that he needs of the nation demands, unless such action was forbidden by the Constitution or by the laws"*.

²⁵⁶ Cf. Dodds, Graham, *Take up your pen- Unilateral presidential directives in American Politics*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013, p. 147.

e necessária para seu exercício²⁵⁷. Não haveria, prossegue esse presidente norte-americano, resíduo indefinido de poder que pudesse ser exercido, porque ao chefe do executivo simplesmente se constataria algum interesse público²⁵⁸.

Woodrow Wilson, presidente dos Estados Unidos ao longo da primeira guerra mundial, percebia que presidentes poderiam ser, legal e conscientemente, tão grandes homens quanto pudessem²⁵⁹. Woodrow Wilson foi o primeiro presidente norte-americano a admitir objetivamente que o chefe do executivo também detem um poder legislativo; istoé, o presidente eleito deveria aceitar a responsabilidade de atuar como um líder legislativo²⁶⁰

Franklyn Delano Roosevelt afirmava que agiria, no caso do Congresso falhar com suas obrigações²⁶¹. Harry Truman retomava os autores dos *artigos federalistas*, e entendia que uma boa administração é aquela que conta com um forte liderança presidencial; para esse presidente, que teve sua mais importante *ordem executiva* questionada na Suprema Corte, uma liderança frágil - - ou mesmo liderança nenhuma - - se desdobraria em fracasso, quando não constantemente em desastre²⁶². Kennedy afirmou que o presidente deve estar preparado para exercer plena e completamente seus poderes, ainda que alguns desses poderes fossem claros e específicos, enquanto que outros não o fossem²⁶³. Nixon repudiava um exercício presidencial passivo, que reputava como circunstância do passado²⁶⁴.

Edward S. Corwin, estudioso do presidencialismo norte-americano, de quem se extrai percepção de limitação da atuação presidencial, entendia, por outro lado, que o obrigação

²⁵⁷ Para visão geral da trajetória de William Howard Taft, consultar um clássico, Pringle, Henry F., *The Life and Times of William Howard Taft- a Biography*, New York and Toronto: s.e., 1939.

²⁵⁸ No original: "(...) the President can exercise no power which cannot be fairly and reasonably traced to some specific grant of power or justly implied and included within such express grant as proper and necessary to its exercise (...) there is no undefined residuum of power which he can exercise because it seems to him to be in public interest.

²⁵⁹ No original: "The President is at liberty, both in law and conscience, to be as big a man as he can".

²⁶⁰ Cf. Chamberlain, Lawrence Henry, *The President- Congress and Legislation*, New York: Columbia University Press, 1947, p. 17.

²⁶¹ No original: "(...) in the event that the Congress should fail to act, and act adequately, I shall accept the responsibility, and I will act".

²⁶² No original: " A succesful administration is one of strong presidential leadership. Weak leadership – or no leadership- produces failure, and often disaster".

²⁶³ No original: "He [the President] must be prepared to exercise the fullest powers of his office – some that are specified, and some thar are not".

²⁶⁴ No original: "The days of a passive Presidency belong to a simpler past".

primária de um presidente, dos pontos de vista logico e cronologico, seria a manutenção de uma administração que fielmente observasse a execução das leis²⁶⁵.

O presidente norte-Americano detem um conjunto de poderes formais, cujos limites são absolutamente ambíguos, arranjo institucional que exige muito habilidade política²⁶⁶. Não se pode afirmar, com certeza, se o presidente norte-americano deteria a prerrogativa de deixar de executar uma lei que reputasse inconstitucional²⁶⁷. O tema do veto presidencial parece enfrentar essa questão.

Ordens executivas de algum modo tem natureza efêmera. Isto é, em princípio, uma ordem presidencial não obrigaria um presidente que não a baixou. Este poderia, de um modo pragmático, simplesmente revogar a ordem que não tivesse necessidade (ou interesse) em cumprir²⁶⁸. Exemplo de trabalho intenso, nesse sentido, de revogação de legislação de administração anterior pode ser colhido ao longo da presidência de Bill Clinton, primeiro presidente democrata eleito após um interregno de doze anos de domínio do partido republicano²⁶⁹. É nesse sentido que se percebe também alguma preocupação no uso de *ordens executivas*, na medida em podem ser facilmente deixadas de lado por presidentes subsequentes, por intermédio de outras *ordens executivas*²⁷⁰.

Sigo com exemplo mais concreto. O Presidente Bush (pai) baixou *ordem executiva* determinando que as empresas que contratassem com o governo deveriam comunicar a seus empregados que estes não estavam obrigados a se filiar em sindicatos, e que se assim tivessem feito, poderiam pedir reembolso de contribuições sindicais eventualmente pagas. A ordem fora baixada em 1982. O presidente Clinton revogou essa disposição, por meio de outra *ordem executiva*. Em fevereiro de 2001 o presidente Bush (filho) revogou a ordem de Clinton, restaurando orientação de seu pai. Tem-se assim, na percepção de autor norte-americano, um *pingue-pongue* de diretivas unilaterais presidenciais²⁷¹.

²⁶⁵ Cf. Corwin, Edward S., *Presidential Power and the Constitution*, Ithaca and London: Cornell University Press, 1976, p. 72. No original: “*The President’s primary duty, logically if not chronologically, is to create an administration and maintain one for faithful execution of the laws*”.

²⁶⁶ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., p. 157.

²⁶⁷ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., p. 155.

²⁶⁸ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., p. 162.

²⁶⁹ Cf. Dodds, Graham G., cit., p. 62.

²⁷⁰ Cf. Waterman, Richard W., cit., p. 41. No original: “*The use of Executive Orders is constrained by the fact that future presidents can countermand the reorganization by issuing a new executive order*”.

²⁷¹ Cf. Meyer, Kenneth R., cit., p. 163.

Situação semelhante se deu na discussão sobre o alcance do federalismo norte-americano. Ronald Reagan defendia o federalismo na perspectiva de um maior poder para as unidades federadas, em detrimento de um poder central substancialmente mais forte. Posteriormente, Bill Clinton, para quem o modelo federalista deveria significar exatamente o contrário, isto é, uma maior fortalecimento da unidade central em desfavor das unidades locais, baixou *ordem executiva* fixando uma relação do poder central com os estados exatamente do modo como entendia o chamado federalismo vertical²⁷². Discussões que subjazem a esses problemas pertencem a um pequeno nicho de informações privilegiadas não reveladas, pendentes de discussão em torno das chamadas *gravações da Casa Branca*²⁷³.

O relacionamento entre o Governo federal e os Governos estaduais, no contexto do federalismo vertical, foi tema de *ordem executiva* baixada pelo Presidente Bill Clinton, em 1998²⁷⁴. Estruturada em sete seções, antecedidas por fundamentação constitucional, legal e conceitual, essa *ordem* exemplifica, de um ponto de vista empírico, o federalismo norte-americano.

A *ordem* foi baixada com apelo genérico à Constituição e às leis dos Estados Unidos. Declarou-se o objetivo de se garantir a divisão de responsabilidades governamentais, tal como corporificadas na Constituição e na intenção de seus criadores (*framers*), no que se referia à aplicação de tais princípios por órgãos e entes do Poder Executivo, na fórmulação e no implemento de políticas públicas²⁷⁵.

Na primeira seção tem-se definição de *Estado* ou *Estados*, de *políticas com implicações federativas*, bem como de *agência*. Essa última noção correspondente basicamente ao que entendemos no contexto do direito administrativo brasileiro por órgãos e entes.

²⁷² Cf. Dodds, Graham G., cit., p. 64.

²⁷³ Nesse tema, conferir, Doyle, William, *Inside the Oval Office- The White House Tapes from FDR to Clinton*, New York: Kodansha Internacional, 1999.

²⁷⁴ Ordem Executiva nº 13083, de 14 de maio de 1998.

²⁷⁵ “By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, and in order to guarantee the division of governmental responsibilities, embodied in the Constitution, between the Federal Government and the States that was intended by the Framers and application of those principles by the Executive departments and agencies in the formulation and implementation of policies (...).”

Na definição dessa *ordem executiva*, por agência se excluíram as agências independentes de regulação, de acordo com a legislação em vigor nos Estados Unidos²⁷⁶; ainda que essas agências sejam estimuladas a seguir as instruções dessa *ordem executiva*²⁷⁷.

No que se refere às *políticas com implicações federais*, a *ordem* as vinculou à regulamentação e legislação federais, bem como outras declarações ou ações políticas que substancialmente implicariam em efeitos diretos nas unidades federadas, bem como na relação ou na distribuição de poder e responsabilidades, entre o Governo federal e os Governos estaduais²⁷⁸.

Por *Estado* ou *Estados*, a *ordem* entende os *Estados Unidos da América*, individual ou coletivamente e, onde relevante, aos *Governos estaduais*, incluindo-se unidades de *Governo local* e quaisquer outras subdivisões políticas criadas pelas unidades federadas²⁷⁹.

Na segunda seção essa *ordem* enuncia e identifica um conjunto de *princípios federalistas fundamentais* (*fundamental federalism principles*), aos quais órgãos e entes devem se ater ao formularem e implementarem políticas públicas²⁸⁰. São esses os princípios indicados:

a. A estrutura do Governo foi desenhada pela Constituição na premissa de um sistema de freios e contrapesos²⁸¹;

b. A Constituição fixou um Governo federal com poderes supremos, porém limitados; poderes não outorgados explicitamente ao Governo federal são reservados ao povo ou aos Estados, a menos que a Constituição os proíba aos Estados²⁸²;

c. o Federalismo reflete princípio que dá conta de que a divisão de poderes entre o Governo federal e os Governos estaduais se presta para proteger as liberdades individuais; a preservação da

²⁷⁶ “(c) “Agency” means any authority of the United States that is an “agency” under 44 U.S.C. 3502(1), other than those considered to be independent regulatory agencies, as defined in 44 U.S.C. 3502(5).”

²⁷⁷ “Sec. 6. Independent Agencies. Independent regulatory agencies are encouraged to comply with the provisions of this order.”

²⁷⁸ “(b) “Policies that have federalism implications” refers to Federal regulations, proposed legislation, and other policy statements or actions that have substantial direct effects on the States or on the relationship, or the distribution of power and responsibilities, between the Federal Government and the States.”

²⁷⁹ “(a) “State” or “States” refer to the States of the United States of America, individually or collectively, and, where relevant, to State governments, including units of local government and other political subdivisions established by the States.”

²⁸⁰ “Sec. 2. Fundamental Federalism Principles. In formulating and implementing policies that have federalism implications, agencies shall be guided by the following fundamental federalism principles (...).”

²⁸¹ (a) The structure of government established by the Constitution is premised upon a system of checks and balances.

²⁸² “(b) The Constitution created a Federal Government of supreme, but limited, powers. The sovereign powers not granted to the Federal Government are reserved to the people or to the States, unless prohibited to the States by the Constitution.”

autoridade dos Estados propicia um balanço essencial ao poder do Governo federal, enquanto que a preservação da supremacia da lei federal suscita um balanço também essencial do poder dos Estados²⁸³;

d. O povo norte-americano é livre para definir as características morais, políticas e normativas de suas vidas, estando sujeito apenas às limitações da própria Constituição ou das leis federais²⁸⁴;

e. O sistema constitucional norte-americano estimula uma diversidade sadia de políticas públicas adotadas pelas pessoas nos vários Estados, de acordo com suas condições, necessidades e desejos. Os Estados e os Governos locais constantemente devem compreender os sentimentos do povo e governar de acordo com eles²⁸⁵;

f. Uma efetiva política pública é frequentemente alcançada quando há competição entre os vários Estados quando ao desenho de diversas abordagens das questões; a busca de uma política pública inteligente é frequentemente favorecida quando os Estados e os Governos locais são livres para experimentar várias formas de enfrentamento de seus problemas, em tema de políticas públicas²⁸⁶;

g. as políticas públicas do Governo federal devem reconhecer a responsabilidade dos Estados, fomentando oportunidades para eles, bem como dos Governos locais, associações privadas, vizinhanças, famílias e indivíduos, no sentido de que se alcancem metas pessoais, sociais, ambientais e econômicas, mediante um esforço cooperativo²⁸⁷.

²⁸³ "(c) Federalism reflects the principle that dividing power between the Federal Government and the States serves to protect individual liberty. Preserving State authority provides an essential balance to the power of the Federal Government, while preserving the supremacy of Federal law provides an essential balance to the power of the States."

²⁸⁴ "(d) The people of the States are at liberty, subject only to the limitations in the Constitution itself or in Federal law, to define the moral, political, and legal character of their lives."

²⁸⁵ "(e) Our constitutional system encourages a healthy diversity in the public policies adopted by the people of the several States according to their own conditions, needs, and desires. States and local governments are often uniquely situated to discern the sentiments of the people and to govern accordingly."

²⁸⁶ "(f) Effective public policy is often achieved when there is competition among the several States in the fashioning of different approaches to public policy issues. The search for enlightened public policy is often furthered when individual States and local governments are free to experiment with a variety of approaches to public issues (...)."

²⁸⁷ "(g) Policies of the Federal Government should recognize the responsibility of—and should encourage opportunities for—States, local governments, private associations, neighborhoods, families, and individuals to achieve personal, social, environmental, and economic objectives through cooperative effort."

Além desses princípios, a *ordem executiva* aqui estudada enunciou também critérios que órgão e entes do Governo federal deveriam seguir, em suas relações com as unidades federadas e instâncias locais²⁸⁸:

a. deve haver uma absoluta aderência aos princípios constitucionais; órgãos e entes deverão examinar criteriosamente as bases constitucionais e legais que substancializam a ação do Governo federal, no sentido de que se tenha algum limite para a discricionariedade dos Estados articularem a política pública estudada, bem como devem também criteriosamente avaliar a necessidade da ação²⁸⁹;

b. órgãos e entes podem limitar a discricionariedade dos Governos estaduais e locais para a formulação e implemento de uma política pública tão somente depois de confirmar se há autoridade constitucional e legal para tal ação²⁹⁰;

c. no que se refere a leis e regulamentos federais cujo cumprimento seja administrado pelos Governos estaduais e locais, o Governo federal deve garantir a essas entidades federadas a maior discricionariedade possível²⁹¹.

Essa *ordem executiva* concebe uma diferença entre matérias de interesse nacional e matérias de interesse interestadual; essas últimas também justificam a intervenção federal. São distintas das questões de interesse comum de vários Estados. Nesse último caso, os Estados, isolada ou conjuntamente, podem enfrentar o problema. A *ordem* enuncia uma lista de matérias de interesse nacional ou interestadual, que podem surgir em várias circunstâncias, nomeadamente²⁹²:

²⁸⁸ “**Sec. 3. Federalism Policymaking Criteria.** In addition to adhering to the fundamental federalism principles set forth in section 2 of this order, agencies shall adhere, to the extent permitted by law, to the following criteria when formulating and implementing policies that have federalism implications (...)”

²⁸⁹ “(a) There should be strict adherence to constitutional principles. Agencies should closely examine the constitutional and statutory authority supporting any Federal action that would limit the policymaking discretion of States and local governments, and should carefully assess the necessity for such action.”

²⁹⁰ “(b) Agencies may limit the policymaking discretion of States and local governments only after determining that there is constitutional and legal authority for the action.”

²⁹¹ “(c) With respect to Federal statutes and regulations administered by States and local governments, the Federal Government should grant States and local governments the maximum administrative discretion possible.”

²⁹² “(d) It is important to recognize the distinction between matters of national or multi-state scope (which may justify Federal action) and matters that are merely common to the States (which may not justify Federal action because individual States, acting individually or together, may effectively deal with them). Matters of national or multi-state scope that justify Federal action may arise in a variety of circumstances, including (...)”

- a. quando o assunto a ser enfrentado por ação federal seja de ocorrência interestadual, isto é, que não tenha ocorrido nos limites territoriais de um determinado Estado²⁹³;
- b. quando a origem do problema se dê em Estado distinto daquele no qual os resultados ocorram²⁹⁴;
- c. quando se tenha a necessidade de uniformização nacional da ação²⁹⁵;
- d. quando a descentralização aumente os custos do Governo, impondo, consequentemente, ônus adicionais aos contribuintes²⁹⁶;
- e. quando os Estados não estejam protegendo adequadamente os direitos e liberdades individuais²⁹⁷;
- f. quando os Estados relutem em impor regulamentação necessária, temerosos de que a regulamentação possa incentivar a empresas operarem em outros Estados²⁹⁸;
- g. quando a descentralização da autoridade regulatória em favor do Estado possa minar as metas de regulamentação por causa de altos custos ou pela demanda de conhecimento especializado, o que faz com a regulamentação esteja além dos recursos das autoridades estaduais²⁹⁹;
- h. quando a matéria seja relativa a propriedade, recurso natural, *trust*, ou obrigação internacional de titularidade federal³⁰⁰;
- i. quando a matéria a ser regulamentada signifique ou afete governos tribais das comunidades indígenas³⁰¹.

Determinou-se que nenhum órgão ou ente poderia promulgar medida regulatória que não fosse exigida por lei, que tivesse implicações em unidade federada e que impusesse substanciais

²⁹³ "(1) When the matter to be addressed by Federal action occurs interstate as opposed to being contained within one State's boundaries."

²⁹⁴ "(2) When the source of the matter to be addressed occurs in a State different from the State (or States) where a significant amount of the harm occurs."

²⁹⁵ "(3) When there is a need for uniform national standards."

²⁹⁶ "(4) When decentralization increases the costs of government thus imposing additional burdens on the taxpayer."

²⁹⁷ "(5) When States have not adequately protected individual rights and liberties."

²⁹⁸ "(6) When States would be reluctant to impose necessary regulations because of fears that regulated business activity will relocate to other States."

²⁹⁹ "(7) When placing regulatory authority at the State or local level would undermine regulatory goals because high costs or demands for specialized expertise will effectively place the regulatory matter beyond the resources of State authorities."

³⁰⁰ "(8) When the matter relates to federally owned or managed property or natural resources, trust obligations, or international obligations."

³⁰¹ "(9) When the matter to be regulated significantly or uniquely affects Indian tribal governments."

custos de aquiescência nos Governos locais. Excepcionalmente poderiam fazê-lo, se, entre outros, os recursos necessários para o cumprimento da regulação fossem supridos pelo Governo federal.

Três meses depois de baixada essa *ordem executiva* foi suspensa por outra *ordem*³⁰². O Presidente Clinton invocou necessidade de consultar os Estados e respectivos políticos eleitos, suas organizações representativas, bem como outros grupos interessados³⁰³.

No ano seguinte, 1999, após consultar os Estados, o Presidente Bill Clinton retomou a *ordem executiva* que tratava das relações federalistas, por intermédio de outra *ordem executiva*³⁰⁴. Foram mantidas algumas das linhas gerais da *ordem executiva* original que cuidava do federalismo, ao que se incorporaram várias linhas conceituais que revelam limitações ao Governo federal, em favor dos Estados. Essa nova *ordem executiva* indubitavelmente fortalece as unidades federadas, suscitando um federalismo vertical mais equilibrado.

Há o reconhecimento de que o federalismo tem raízes na crença de que questões que não sejam nacionais em abrangência e significado devem ser mais apropriadamente enfrentadas por um nível governamental que esteja o mais próximo possível da pessoa que se afetará³⁰⁵. Com fundamento na história constitucional norte-americana se afirmou que o povo dos Estados criou o Governo federal delegando a este um conjunto enumerado de poderes governamentais³⁰⁶.

Lembrou-se que a relação constitucional entre governos soberanos, em âmbito federal ou estadual, é inerente ao núcleo central da Constituição, situação formalizada e protegida pela 10ª Emenda à Constituição norte-americana³⁰⁷. Também se mencionou que os criadores da Constituição reconheceram que os Estados possuíam autoridade, qualidade e habilidades para atender às necessidades das pessoas, devendo funcionar como laboratórios da democracia³⁰⁸.

³⁰² Ordem Executiva 13095, de 5 de agosto de 1998.

³⁰³ “By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America and in order to enable full and adequate consultation with State and local elected officials, their representative organizations, and other interested parties, it is hereby ordered that Executive Order 13083, entitled “Federalism,” is suspended.”

³⁰⁴ Ordem Executiva nº 13132, de 4 de agosto de 1999.

³⁰⁵ “(a) Federalism is rooted in the belief that issues that are not national in scope or significance are most appropriately addressed by the level of government closest to the people.”

³⁰⁶ “(b) The people of the States created the national government and delegated to it enumerated governmental powers (...).”

³⁰⁷ “(c) The constitutional relationship among sovereign governments, State and national, is inherent in the very structure of the Constitution and is formalized in and protected by the Tenth Amendment to the Constitution.”

³⁰⁸ “(e) The Framers recognized that the States possess unique authorities, qualities, and abilities to meet the needs of the people and should function as laboratories of democracy.”

Fortaleceu-se a noção de federalismo que outorga e reconhece os poderes estaduais. Proclamou-se que os atos praticados pelo Governo federal, fossem eles por natureza legislativos, executivos ou judiciais, que excedessem aos poderes que a Constituição dispõe, violariam o princípio federalista fixado pelos pais da pátria norte-americana³⁰⁹.

Reconheceu-se o poder das unidades federadas, em oposição a um poder federal. Assim, no que se refere a leis e regulamentos federais administrados pelos Estados, dispôs-se que o Governo federal deveria garantir aos Estados a máxima discricionariedade administrativa possível³¹⁰.

Limitou-se a área de abrangência de atuação federal, isto é, órgãos e entes devem observar alguns princípios na medida em que formulam e implementam políticas públicas que contenham implicações federativas. Ordena-se que estimulem as unidades federadas a desenvolverem políticas próprias para que atinjam as metas dos vários programas.

Espera-se que trabalhem com os agentes públicos dos outros Estados. Onde possível, diz a *ordem*, deve-se permitir que os Estados formulem seus modelos próprios. Na determinação da necessidade de se formular um modelo nacional e uniforme, devem os órgãos e agentes federais consultar agentes locais a propósito da necessidade de modelos federais, bem como alternativas que limitem o alcance desses modelos nacionais, ou que de algum modo preservem prerrogativas e autoridades dos Estados³¹¹.

O fortalecimento do poder dos Estados parece nítido quando a *ordem* determina que na hipótese do órgão ou ente federal prever a possibilidade de conflito entre a lei estadual e os interesses federais dentro de uma mesma área de responsabilidade regulatória, deve-se consultar as autoridades locais, de modo que se evite esse tipo de conflito³¹².

³⁰⁹ "(g) Acts of the national government—whether legislative, executive, or judicial in nature—that exceed the enumerated powers of that government under the Constitution violate the principle of federalism established by the Framers."

³¹⁰ "(c) With respect to Federal statutes and regulations administered by the States, the national government shall grant the States the maximum administrative discretion possible (...)."

³¹¹ "(d) When undertaking to formulate and implement policies that have federalism implications, agencies shall:" "(1) encourage States to develop their own policies to achieve program objectives and to work with appropriate officials in other States;" "(2) where possible, defer to the States to establish standards;" "(3) in determining whether to establish uniform national standards, consult with appropriate State and local officials as to the need for national standards and any alternatives that would limit the scope of national standards or otherwise preserve State prerogatives and authority (...)"

³¹² "(d) When an agency foresees the possibility of a conflict between State law and federally protected interests within its area of regulatory responsibility, the agency shall consult, to the extent practicable, with appropriate State and local officials in an effort to avoid such a conflict."

No mesmo sentido, dispõe a *ordem*, propostas de resolução de conflitos ou de regulação que se sobreponham à legislação estadual, devem ser precedidas de notificação a agentes locais, aos quais deve se disponibilizar participação nos procedimentos³¹³.

Ordens executivas também são baixadas por governadores e prefeitos. Jeb Bush (Flórida), Mario Cuomo (Nova Iorque), Pete Wilson (Califórnia), Richard Dailey (Chicago), Ed Koch e Rudolph Giuliani (Nova Iorque) ilustram a afirmação³¹⁴. Por exemplo, em Nova Iorque, Mario Cuomo baixou *ordem executiva* estadual com o objetivo de combater o assédio sexual no serviço público.

Em Chicago, Richard Dailey regulou, por *ordem executiva*, padrões de comportamento ético de servidores públicos que atuassem em contratações. Na Califórnia, Pete Wilson usou de *ordem executiva* para limitar o uso de ações afirmativas em contratações; de igual modo, Jeb Bush na Flórida. Em Illinois, o Governador James Thompson, por meio de *ordem executiva*, regulamentou a contratação de pessoas ligadas a seu partido³¹⁵.

Por definição, “*ordens executivas são diretivas baixadas pelo Presidente a servidores do poder executivo, exigindo deles que tomem determinadas ações, que impeçam algum atividade, alterando uma determinada política, mudando práticas de gerenciamento, ou aceitando uma delegação de autoridade sob a qual o Presidente sera a partir de então responsável pela implementação de uma determinada lei*”³¹⁶. À luz dessa definição, *ordens executivas* teriam como destinatários servidores públicos, dos vários órgãos e entes da Administração norte-americana. Nesse sentido, seriam diferentes das *proclamações*, porquanto estas teriam como destinatários os indivíduos em geral. Tal diferenciação peca pela simplicidade. A questão pode revelar mais complexidade.

³¹³ “(e) When an agency proposes to act through adjudication or rulemaking to preempt State law, the agency shall provide all affected State and local officials notice and an opportunity for appropriate participation in the proceedings.”

³¹⁴ Cf. Cooper, Philip J., *By order of the President- The Use and Abuse of Executive Direct Action*, Lawrence: University Press of Kansas, 2002, p. 16.

³¹⁵ Cooper, Philip J., cit., p. 33.

³¹⁶ Cooper, Philip J., cit., loc. cit. No original: “Executive orders are directives issued by the President to officers of the executive branch, requiring them to take an action, stop a certain type of activity, alter policy, change management practices, or accept a delegation of authority under which they will henceforth be responsible for the implementation of law”.

Na origem, as *ordens executivas* não eram baixadas de um modo exato e regular³¹⁷. Em 1873 o Presidente Ulisses S. Grant impôs um estilo. Em 1929 o Presidente Herbert Hoover fixou um procedimento. Essa procedimento é hoje regulado por uma *ordem executiva* do Presidente Kennedy³¹⁸, posteriormente alterada por *ordens executivas* dos presidentes Lyndon Johnson³¹⁹, Jimmy Carter³²⁰ e Ronald Reagan³²¹, que lhe deu a forma que hoje se aplica, e que, na essência, não diverge das fórmulas praticadas desde fins do século XIX.

Ordens executivas - - quando propostas por setores da Administração fora da Casa Branca - - são primeiramente encaminhadas a setor de orçamento (*Office of Management and Budget-OMB*). Seguem então para o Advogado-Geral (*Attorney-General*) a quem incumbe se pronunciar sobre a legalidade da medida que se pretende adotar. O texto é encaminhado ao setor de registros dos atos governamentais (*Office of Federal Register*) para que se apure forma e redação final³²². Há exigência que a *ordem executiva* seja publicada em jornal do governo, o que equivale a nosso diário oficial (nos Estados Unidos, *Federal Register*)³²³.

Os registros históricos são de algum modo precários. Há muita dificuldade em se saber quais *ordens executivas* estariam hoje efetivamente vigentes³²⁴. *Ordens executivas* devem veicular pronunciamentos que sejam juridicamente exigíveis, em todos os sentidos³²⁵. Segundo o mesmo autor aqui estudado, devem ser autoritárias e duradoras³²⁶.

Questões laterais, mas não menos substanciais, são recorrentes. Por exemplo, quando um presidente invoca determinada lei como fundamento para baixar *ordem executiva*, deve-se verificar se a lei está vigente, e se o Congresso dispunha de poder para delegar competência³²⁷. A Suprema Corte norte-americana definiu que o presidente não pode baixar *ordem executiva* na hipótese de invocar delegação que o Congresso não tinha competência para deferir³²⁸.

³¹⁷ Há informação dando conta de que a *ordem executiva* que leva o número 1 foi baixada pelo Presidente Abraham Lincoln criando tribunais militares na Louisiana. Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 21.

³¹⁸ Ordem Executiva 11030.

³¹⁹ Ordem Executiva 11354.

³²⁰ Ordem Executiva 12080.

³²¹ Ordem Executiva 12608.

³²² Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 17.

³²³ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 18.

³²⁴ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 21.

³²⁵ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.. No original: *Make legally binding pronouncements*.

³²⁶ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

³²⁷ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 22.

³²⁸ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit. Trata-se do caso *Yakus v. Estados Unidos*, a propósito da *ordem executiva* 9250, baixada por Franklyn Delano Roosevelt, em 1942, medida que tinha por objetivo o controle de preços.

Ordens executivas geralmente transitam em *zona de crepúsculo (twilight zone)*; eventualmente, tratam de matérias de ampla repercussão econômica. Trata-se do caso de *ordem executiva* baixada pelo Presidente Richard Nixon, em 1971³²⁹, relativa a congelamento de salários, preços e aluguéis, por noventa dias; cuidou-se de um amplo plano de estabilização econômica, que se prolongou até 1º de maio de 1972³³⁰.

O uso de *ordens executivas* atende a um conjunto de estratégias, táticas e realidades políticas que variam ao longo do tempo e das circunstâncias³³¹. Na maioria das vezes, *ordens executivas* são baixadas como respostas a situações emergenciais, a exemplo da guerra e do combate às crises econômicas. A multiplicação de emergências e, por consequência, de ordens que as enfrentam, suscitou situação caótica; como solução, o Congresso aprovou em 1974 uma lei (*National Emergency Act*) que dispôs que toda ordem de emergência perde a validade dois anos depois de sua publicação³³². No entanto, especialmente após os fatos ocorridos em 2001, com a ameaça concreta de forte atividade terrorista nos Estados Unidos, essa lei foi virtualmente revogada.

Franklyn Delano Roosevelt é o mais impressionante exemplo do uso de *ordens executivas* em situações emergenciais. Anunciou que trataria a crise econômica de 1929 do mesmo modo como enfrentaria um exército inimigo; e proclamou que se o Congresso não tomasse as providências que o momento exigia, ele mesmo as tomaria, e por elas se responsabilizaria³³³. Franklyn Delano Roosevelt tinha como modelo Woodrow Wilson, em cuja administração trabalhou. Wilson baixou 1.791 *ordens executivas*.

Roosevelt, de 1933 a 1945, baixou o expressivo número de 3.723 das referidas *ordens executivas*³³⁴. E apenas de 1936 a 1945 baixou 1768 *ordens executivas*³³⁵. Roosevelt enfrentou a grande crise de 1929, com amplo plano de reconstrução nacional, o *New Deal*, por intermédio do qual aproximou Estado e sindicatos na luta contra a grande depressão³³⁶. Questionou-se

³²⁹ Ordem Executiva 11615.

³³⁰ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 28.

³³¹ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 39.

³³² Cf. Cooper, Philip J., cit. loc. cit.

³³³ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 41.

³³⁴ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

³³⁵ Cf. Warber, Adam L., *Executive Orders and the Modern Presidency- Legislating from the Oval Office*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006, p. 151.

³³⁶ Cf. Limonic, Flávio, *Os Inventores do New Deal*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

frequentemente em juízo as políticas de Roosevelt³³⁷; uma geração juristas saiu em socorro das políticas governamentais³³⁸, a exemplo de Louis Brandeis³³⁹, Jerome Frank³⁴⁰, Felix Frankfurter³⁴¹ e Thurman Arnold³⁴², todos ligados ao realismo jurídico norte-americano³⁴³.

Com objetivo de reverter decisões da Suprema Corte, que afetavam substancialmente seu programa de governo, Roosevelt - profeta de uma nova era³⁴⁴ -pretendeu alterar a composição

³³⁷ Cf. White, G. Edward, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

³³⁸ Cf. White, G. Edward, *Intervention and Detachment, Essays in Legal History and Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1994, especialmente, pp. 132 e ss.

³³⁹ Louis Dembitz Brandeis nasceu em 1856 e faleceu em 1941. Brandeis aproximou-se de sindicatos. Desenvolveu uma série de tarefas pelas quais nada cobrava, defendendo trabalhadores, concebendo sistemas populares de poupança, adiantando-se na proteção de recursos naturais e enfrentando judicialmente o monopólio do transporte. Cf. Newman, Roger K. (Ed.), *The Yale Biographical Dictionary of American Law*, New Haven & London: Yale University Press, 2009, pp. 69 e ss. Conferir também Murphy, Bruce Allen, *The Brandeis/Frankfurter Connection-The Secret Activities of Two Supreme Court Justices*, Oxford University Press, 1982. Strum, Philippa, *Louis D. Brandeis- Justice for People*, New York: Schocken Books, 1984.

³⁴⁰ Jerome Frank nasceu em Nova Iorque em 1889 e faleceu de ataque cardíaco em New Haven, em 1957. Advogou, trabalhou para o governo norte-americano, exerceu a magistratura e deixou importante obra doutrinária. Junto ao governo de Roosevelt, trabalhou em setores de supervisão de atividades de agricultura e de abastecimento. Colaborou também intensamente na reorganização do sistema ferroviário no oeste norte-americano. Chefiou a *Securities and Exchange Commission*, uma das mais importantes agências reguladoras norte-americanas. Cf. Newman, Roger K. (Ed.), cit., pp. 201 e ss. Conferir também, Frank, Jerome, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, New Jersey: Princeton University Press, 1973. Rosenberg, *Jerome Frank: Jurist and Philosopher*, New York: Philosophical Library, 1970. Glennon, Robert Jerome, *The Iconoclast as Reformer- Jerome's Frank Impact on American Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1985. Frank, Jerome, *Law and Modern Mind*, Garden City: Anchor Books, 1963.

³⁴¹ Felix Frankfurter nasceu em Viena, na Áustria, em 1882, e faleceu em 1965. Chegou aos Estados Unidos com seus pais, aos 12 anos de idade. Lecionou na *Harvard Law School*. Participou intensamente do movimento sionista, que lutava pela criação do Estado de Israel. Defendeu intensamente pela imprensa a Sacco e Vanzetti, anarquistas italianos que foram condenados à pena de morte. Colaborou intensamente com Roosevelt, que o indicou para a Suprema Corte. Cf. Newman, Roger K. (Ed.), cit., pp. 204 e ss. Conferir também Hirsch, H. N., *The Enigma of Felix Frankfurter*, New York: Basic Books, 1981.

³⁴² Thurman Arnold nasceu em Laramie, no estado de Wyoming, em 1891 e faleceu em 1969. De comportamento irreverente para com autoridades, Trabalhou intensamente na procuradoria-geral da divisão anti-truste do Ministério da Justiça. Posteriormente, exerceu a magistratura federal. Cf. Newman, Roger K. (Ed.), cit., pp. 17 e ss. Conferir também Arnold, Thurman W., *The Folklore of Capitalism*, Washington: BeardBooks, 2000.

³⁴³ O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam em Johns Hopkins, Columbia e Yale. Os realistas colaboram com o governo de Franklyn Delano Roosevelt, matizando o plano governamental, o *New Deal*, perdendo fôlego durante os anos mais problemáticos da luta contra o *perigo vermelho*, na década de 1950. Karl Llewellyn, Thurman Arnold e Felix Cohen estavam entre esses professores revolucionários. Cf. Fisher III, William W., Horwitz, Morton e Reed, Thomas A., *American Legal Realism*, New York: Oxford University Press, 1993. Been, Wouter de, *Legal Realism Regained- Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford: Stanford Law Books, 2008.

³⁴⁴ A expressão é de Arthur Schlesinger, Jr., historiador norte-americano. Cf. Schlesinger Jr., Arthur, *The Age of Roosevelt- Vol. I- 1919-1933- The Crisis of the Old Order*, Boston: Mariner Book, 1985, p. 77.

daquele tribunal³⁴⁵. Porém, sem que tal medida fosse necessária, o tribunal passou a chancelar as políticas de Roosevelt³⁴⁶.

Ampliando a ação estatal como forma de enfrentamento à crise de 1929³⁴⁷, contando inclusive com conselho e ajuda de John Maynard Keynes³⁴⁸, Roosevelt comandou os norte-americanos na segunda guerra mundial³⁴⁹, elegendo-se presidente por três vezes, fato único na história do presidencialismo norte-americano³⁵⁰.

A par de responder a situações de emergência, *ordens executivas* também se prestam para outros fins. São utilizadas no trânsito de situações de guerra para épocas de paz, ou de situações de paz para épocas de guerra. Revelam-se como instrumentos úteis no enfrentamento, com rapidez, de questões delicadas de política internacional. São eficientes na solução de disputas privadas que tenham algum impacto público. Geram publicidade favorável, a exemplo de *ordem executiva* baixada por Bill Clinton que dispôs sobre a eliminação de 100 mil empregos no serviço público norte-americano. Servem ainda para premiar aliados políticos. São importantes instrumentos de resposta aos céticos³⁵¹.

Emitem sinais e posições governamentais. Respondem a situações concretas, acenando que o problema será estudado pela administração; é o caso da recorrente criação de comissões ou de grupos de trabalho. Exemplifica-se esse último caso com comissão criada pelo Presidente Ronald Reagan para se investigar as causas do desastre do foguete *Challenger*³⁵². Sinal governamental importante, no contexto da luta pelos direitos civis que os norte-americanos viveram ao longo da década de 1960, deu-se com *ordem executiva* baixada pelo Presidente Lyndon Johnson, dando início a ambicioso programa de ações afirmativas³⁵³, criando-se modelo que prestigiará a igualdade oportunidades na obtenção de empregos públicos (*Equal Employment Opportunity*)³⁵⁴.

³⁴⁵ Cf. Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale- 1927-1960*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 272.

³⁴⁶ Cf. McCloskey, Robert G., *The American Supreme Court*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 2000, pp. 117-119.

³⁴⁷ Para pormenores, conferir, Leuchtenburg, William, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York: Harper & Row, 1963.

³⁴⁸ Cf. Schlesinger Jr., Arthur M., *The Coming of New Deal*, New York: Mariner Book, 1986, pp. 225 e ss.

³⁴⁹ Cf. Smith, Jean Edward, *FDR*, New York: Random House, 2007, pp. 540 e ss.

³⁵⁰ Cf. Burns, James MacGregor, *Roosevelt: The Lion and the Fox*, New York: Harvest Book, 1956.

³⁵¹ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

³⁵² Ordem Executiva 12546.

³⁵³ Ordem Executiva 11246.

³⁵⁴ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc.cit.

Observa-se que *ordens executivas* propiciam meios rápidos, convenientes e relativamente fáceis de implemento iniciativas políticas significativas. Veiculam propostas simbólicas, mas que definem linha de ação governamental. *Ordens executivas* qualificam-se como meios também eficazes para gerenciar tensões intragovernamentais. Propiciam condições para que se altere, com alguma margem de legalidade, práticas e rotinas da administração anterior. São muito comuns em assuntos de contratação governamental, dado o notório reconhecimento de que o governo norte-americano seja o mais importante empregador e comprador do país. Efetivamente, *ordens executivas* podem garantir ao presidente um amplo campo de controle do poder executivo³⁵⁵.

A literatura registra, assim, conjunto de vantagens que apoiam o uso das *ordens executivas*. Tempo, impacto, facilidade de medidas para transição entre governos, possibilidade de adoção de políticas em relação a problemas críticos, revisão de ordens anteriores, fortalecimento de uma simbologia administrativa, enfrentamento de situações temporárias (nesse caso, quando não se tem tempo hábil para o processo legislativo convencional), são exemplos que qualificam esse conjunto de vantagens³⁵⁶. Uma ordem do início do século XX, datada de 1908³⁵⁷, comprova a assertiva. Essa *ordem executiva* permitia que surdos e mudos pudessem participar de disputas por cargos na administração pública, o que não deixa de substancializar uma forma de ação afirmativa.

Por outro lado, a experimentação histórica das *ordens executivas* pode revelar que há perigos que rondam a utilização desse instrumento. É inegável a existência de conflito com o Congresso, levando-se em conta que o modelo pode resultar em invasão de competência legislativa, por parte do chefe do poder executivo³⁵⁸.

Há um exemplo que dimensiona esse problema. Ao longo da segunda guerra mundial o Presidente Franklyn Delano Roosevelt baixou *ordem executiva*³⁵⁹ que redundou no encarceramento de cerca de 117.000 japoneses em campos de concentração, ainda que a época esse nome não tivesse sido utilizado pelas autoridades norte-americanas. Do ponto de vista formal, essa ordem somente foi rescindida em 1976. E o Congresso, ao reconhecer o erro (que em rigor era do Executivo), autorizou que se indenizasse alguns sobreviventes dessa experiência triste da história norte-americana³⁶⁰.

³⁵⁵ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

³⁵⁶ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 68.

³⁵⁷ Ordem Executiva 984.

³⁵⁸ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

³⁵⁹ Ordem Executiva 9066.

³⁶⁰ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

De igual modo, e também simbolicamente, o primeiro ato de Bill Clinton foi uma *ordem executiva*, baixada dois dias depois de sua posse, em janeiro de 1993. Determinou, por intermédio de *ordem executiva*, que sua Secretária da Saúde (o que equivaleria a nosso Ministro da Saúde) suspendesse uma regra de Bush que dificultava a obtenção de apoio e recursos federais para a prática do aborto. Deveriam também as autoridades que atuavam na área da saúde levantar uma moratória no financiamento de pesquisas com tecidos fetais. No mesmo contexto, Clinton determinou que o Secretário da Defesa (equivalente a nosso Ministro da Defesa) desse fim à proibição do aborto em clínicas militares, desde que essas intervenções não fossem financiadas com recursos do exército³⁶¹.

Ordens executivas chamam a atenção para circunstância interessante do contexto político norte-americano. Como observado por um estudioso do assunto, as expectativas dos norte-americanos em relação a liderança presidencial são sempre quanto ao desempenho dos chefes do executivo quanto a atuação legislativa. Presidentes não são escolhidos por suas habilidades como administradores. São eleitos principalmente por força de suas propostas legislativas. Não são julgados pela capacidade de aplicar as leis vigentes; são avaliados pelas propostas que conseguiram transformar em lei³⁶².

Ordens executivas também revelam um dilema de fundo substancialmente histórico. No entender de dois constitucionalistas norte-americanos, *‘originalmente, ordens executivas eram destinadas para tratar de matérias de menor importância administrativa, bem como para atender funções regulatórias, com o objetivo de se permitir que o gabinete mais importante do poder executivo implementasse as leis com mais eficiência e efetividade (...) com o tempo, no entanto, tornaram-se importantes e as vezes controversas ferramenta para que o presidente realizasse políticas sem a necessidade de obter o consentimento do Congresso, tal como exigido pela Constituição’*³⁶³. Houve uma notória ampliação do uso desse arranjo institucional.

³⁶¹ Cf. Cooper, Philip J., cit.

³⁶² Cf. Cavalli, Carl D., *Presidential Legislative Activity-Using Quantifiable Measures to Explore Leadership in the American System*, Dallas: University Press of America, 2006, p. 1. No original: *‘Our expectations of contemporary presidential leadership are always legislative in nature. We choose presidents not for their executive abilities, but rather for their legislation proposals. We judge them not by their ability to implement the laws of the land, but by their proposals enacted into law’*.

³⁶³ Cronin, Thomas E. e Genovese, Michael A., *The Paradoxes of the American Presidency*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 274. No original: *‘Originally, the executive order was intended for rather minor administrative and rule making functions, to help the nation’s chief administrative office administer the laws more efficiently and effectively. Over time, however, the executive order has become an important and sometimes controversial tool for a president to make policy without obtaining the consent of Congress as required by the Constitution’*.

E ainda do ponto de vista histórico, *ordens executivas*, quando estudadas retrospectivamente, permitem que se possa efetivamente mapear os problemas enfrentados pelos vários governos. Richard Nixon, por exemplo, baixou muitas *ordens executivas* com o objetivo de tratar de questões ambientais.

É o caso, entre vários outros, de *ordem executiva* relativa a criação do *Environmental Protection Agency-EPA*. Centrou-se na ideia da redução da poluição em repartições públicas federais, bem como na proibição de contratos governamentais com empresas que violassem leis de proteção à água e ao ar³⁶⁴.

Ao que consta, registrou um pesquisador brasileiro, “*a prova histórica tem inequivocadamente fixado dois fatos sobre a agenda ambiental de Richard Nixon no fim dos anos sessenta e início dos anos setenta (...) em primeiro lugar, Nixon não estava pessoalmente interessado na questão e também não havia percebido que se tratava de uma importantíssima agenda de política pública que poderia abraçar (...) em segundo lugar, os registros da atuação ambiental de Nixon são simplesmente excelentes, revelando-se, de acordo com várias análises, superior a de seus sucessores (...) Nixon ignorava questões ambientais antes de ser eleito presidente e depois de ter renunciado (...) paradoxalmente, não obstante seu desinteresse por questões ambientais, Nixon deve ser reconhecido por ter realizado uma lista longa de ações nessa área*”³⁶⁵.

O fato é que, na medida em que eventualmente desprovidos de controle do Congresso, os presidentes utilizam as *ordens executivas* com o objetivo de controle da burocracia³⁶⁶. A tendência parece ser o uso da *ordem executiva* com o propósito de se controlar a administração³⁶⁷. Na impressão de especialista no assunto, “*(...) ordens executivas permitem que os presidentes implementem preferências políticas próprias por intermédio de uma mera canetada; podem responder imediatamente a ação do Congresso, podem neutralizá-la, bem como podem*

³⁶⁴ Cf. Dodds, Graham G., *Executive Orders from Nixon to Now*, in Kelley, Cristopher S. (ed.), *Executing the Constitution-Putting the President Back into the Constitution*, Albany: State University of New York Press, 2006.

³⁶⁵ Cf. Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., pp. 181-182. No original: “*The historical evidence has unarguably established two facts about Richard Nixon’s pursuit of an environmental policy agenda in the late sixties and early seventies. First, he was neither personally interested in the issue nor did he perceive it as an important policy area to embrace. Secondly, Nixon’s environmental record was simply outstanding, remaining, according to several analysis, unsurpassed by his successors. Richard Nixon ignored environmental matters both prior to being elected president and after his fall from power (...) Paradoxically, despite his disregard for environmental issues, Nixon is credited with a long list of policy accomplishments in this area*”.

³⁶⁶ Cf. Dodds, Graham G., cit., p. 54.

³⁶⁷ Cf. Dodds, Graham G., cit., loc. cit.

tergirvesar em face de um Congresso recalcitrante”³⁶⁸. Ao que consta, o único presidente norte-americano que não teria baixado *ordens executivas* fora William Harrison, talvez justamente porque faleceu um mês depois de tomar posse³⁶⁹.

Há notícia de caso interessante, ocorrido na presidência Bush (pai) que comprova os calculos de custos e benefícios que antecedem a concepção e a divulgação de uma *ordem executiva*. Ao longo das discussões em torno da nomeação de Clarence Thomas para exercer a judicatura na Suprema Corte norte-americana, o Congresso e a Casa Branca teriam concordado em preparar e aprovar uma lei de ampliação a proteção de direitos civis.

Exatamente um dia antes de enviar a lei para o Congresso, o Presidente Bush (pai) baixou uma *ordem executiva* determinando que órgãos e entes da administração federal encerrassem os respectivos programas que envolvessem o uso de quotas. Como a ação se revelava como contraditória, isto é, uma *ordem executiva* negava o que viria em seguida por lei, optou-se pela desistência da *ordem executiva* que então se preparava³⁷⁰.

A *ordem executiva* é, na prática, um arranjo institucional por intermédio do qual o presidente norte-americano protagoniza efetiva atuação legislativa. É uma forma comum e usual de atividade legislativa presidencial. O modelo é usado de modo mais recorrente e sistemático desde a presidência de Franklyn Delano Roosevelt. O judiciário sustenta que *ordens executivas* tem força de lei somente quando justificadas pela constituição ou quando há poderes delegados ao presidente pelo Congresso. Porém, e opinião de autor norte-Americano, a maioria das *ordens executivas* são mantidas pelo Poder Judiciário ou nem mesmo judicializadas³⁷¹.

Ao contrário das medidas provisórias do modelo constitucional brasileiro, as *ordens executivas* não são enviadas ao Congresso para que as aprove (ou não). A mera assinatura do presidente norte-americano e a subsequente publicação tornam a *ordem executiva* imediatamente

³⁶⁸ Dodds, Graham G., cit., p. 53. No original: ‘(...) executive orders enable presidents to enact their own policy preferences by a mere stroke of a pen because they can serve to prompt congressional action, to preclude it, or to circumvent a recalcitrant Congress’.

³⁶⁹ Cf. Dodds, Graham G., cit., loc. cit.

³⁷⁰ Cf. Dodds, Graham G., cit., p. 62.

³⁷¹ Cf. Mc Donald, Forrest, *The American Presidency- An Intellectual History*, Lawrence: University Press of Kansas, 1994, p. 296. No original: “A more common form of presidential legislation, especially since Franklyn Roosevelt, has been executive orders. The courts holds that these have the force of law only when they are justified by the Constitution, or when the power has been delegated by Congress, but in practice most executive orders are either upheld or unchallenged”.

diretiva governamental a ser seguida, dotada de conteúdo legal³⁷². *Ordens executivas* revelam-se como importantíssimo mecanismo de comando presidencial, especialmente desde a criação e desenvolvimento de um *Estado administrativo*, o que se deu com a presidência de Franklyn Delano Roosevelt a partir de 1930³⁷³.

Agilidade, flexibilidade e instrumentalidade para enfrentamento do Congresso são características que justificam o uso recorrente de *ordens executivas* por parte dos presidentes norte-americanos. Segundo especialista na matéria, *ordens executivas* são importantes ferramentas políticas para se derrubar restrições do Congresso. A maior vantagem no seu uso decorre do fato de que possibilita que os presidentes possam realizar políticas em período de tempo relativamente curto, concomitantemente a possibilidade de evitar delicado e difícil processo que se desdobra na discussão no legislativo³⁷⁴.

As práticas administrativas, legislativas e judiciais norte-americanas entendem as *ordens executivas* efetivamente como normas jurídicas que vinculam. E porque como lei são entendidas, prossegue professor norte-americano, seus impactos persistem mesmo depois que os presidentes que as baixaram deixaram o governo. É comum que o Judiciário se refira a *ordens executivas* na fundamentação de suas decisões³⁷⁵.

No entanto, ainda que o Judiciário norte-Americano tenha majoritariamente sustentado a autoridade presidencial para baixar *ordens executivas*, verifica-se que presidentes estrategicamente trabalham na linguagem de suas diretivas, com o objetivo de minimizar possíveis confrontos em face do Judiciário e do Congresso³⁷⁶. Como regra, percebe-se tendência de presidentes citarem um maior número possível de fontes (constitucionais e legais) com o objetivo de garantir maior credibilidade as *ordens executivas* que baixam³⁷⁷.

³⁷² Cf. Warber, Adam L., cit., p. 4. No original: “Presidents do not send executive orders to Congress for a vote. Instead, an executive order merely becomes law after the president sign his name to a specific directive”.

³⁷³ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 11.

³⁷⁴ Cf. Warber, Adam L., cit., pp. 14-15. No original: “Executive orders are an efficient policy tool for overcoming these restriction [Congress]. The major advantage of these directives is that they allow presidents to establish policy in a relatively short period of time while circumventing the cumbersome policy process that occurs in Congress”.

³⁷⁵ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 15. No original: “Since executive orders are law, their impact continues long after presidents leave offices; courts have been known to refer to past executive orders when deciding cases”.

³⁷⁶ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 18. No original: “Although the Supreme Court has overwhelmingly upheld the president’s authority to issue executive orders, chief executives must strategically craft the language of a directive in order to minimize possible confrontations with the courts and Congress”.

³⁷⁷ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 89.

Presidentes também frequentemente monitoram a reação de seus subordinados administrativos em relação ao cumprimento exato das *ordens executivas* que baixam. Isto é, na impressão de professor norte-americano, a burocracia federal revela-se como mais uma outra instituição que tem poder para limitar a efetividade de uma *ordem executiva*. Não há, prossegue o professor aqui citado, garantia de que o corpo burocrático irá completamente aderir a uma *ordem executiva*, de acordo com a vontade presidencial³⁷⁸.

Há *ordens executivas* que proíbem negócios com quem apoie os terroristas do Oriente Médio. Há determinação para bloqueio de propriedades de pessoas ligadas ao Talibã. Permite-se, por *ordem executiva*, a naturalização daqueles que lutaram contra o terrorismo. Medalhas são conferidas com esse mesmo objetivo, e também por determinação de *ordem executiva*. Medidas de atenção e de cuidado em favor de *heróis de guerra* que enfrentaram o terrorismo são objeto de *ordem executiva*. Várias *ordens executivas* tratam do problema da prisão de Guantánamo.

Há *ordens executivas* que cuidaram do problema das minorias nos Estados Unidos. Há também conjunto de *ordens executivas* que buscaram excelência educacional para afro-americanos e para hispânicos, que se preocuparam com a educação de povos indígenas que vivem no Alaska, com consultas a governos tribais. Há *ordem executiva* que promoveu o acesso a serviços por parte de pessoas com limitado conhecimento de língua inglesa. Há também *ordem executiva* que fixou política de favorecimento à empregabilidade de hispânicos no governo federal norte-americano.

Questões de gênero também são tratadas por *ordens executivas*. Nesse sentido, criou-se uma Comissão Presidencial para a celebração da mulher na história norte-americana. Mediou-se um programa de prevenção de violência contra a mulher. Fixou-se um plano nacional de ação com base em triângulo em cujos ângulos se indicam mulheres, paz e segurança.

São vários temas, que transitam entre a implementação de tratados de direitos humanos, a proibição de compras de produtos que resultaram de trabalhos forçados de crianças, a não discriminação nos programas federais de educação. Há amplo conjunto de *ordens executivas* em tema de direitos humanos que suscitam desdobramento internacional.

Assim, há implicações com o congelamento de propriedades do Zimbabwe, da Líbia, da Síria, de Burma. Há medida para o combate ao desrespeito aos direitos humanos na Síria. Há *ordem*

³⁷⁸ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 21. No original: “*The federal bureaucracy is another institution that can limit the effectiveness of executive orders. There is no guarantee that bureaucrats will fully comply with implementary executive orders according to a president’s wishes*”.

executiva que tem por objetivo desenvolver ações para o fortalecimento do combate ao tráfico de pessoas. Há *ordem executiva* que merece análise detida, referente à proteção da propriedade do povo americano.

Há também *ordens executivas* que tratam de temas de bioética. Criou-se um Comitê Nacional de Bioética e proteção de pesquisa com seres humanos. De igual modo, tratou-se de pesquisas com células tronco. Foi por intermédio de uma *ordem executiva* que se criou um conselho presidencial em matéria de bioética.

Um amplo conjunto de políticas públicas é regido por determinações contidas em *ordens executivas*. Há *ordens executivas* que cuidam de planos federais para a questão dos *sem-teto*, de comitê sobre experimentos em radiação, de programa nacional de habitação, de princípios para investimentos em infraestrutura, de tecnologia educacional para crianças no século XXI.

A Casa Branca articulou por meio de *ordem executiva* um conselho para atender aos trabalhadores da indústria automotiva, ameaçados pela crise pela qual os norte-americanos passavam em 2009. Há também, do mesmo modo, um conselho criado na Casa Branca com o objetivo de desenvolver ações comunitárias. No mesmo contexto da crise definiu-se um comitê sobre a capacidade financeira dos norte-americanos. O combate aos efeitos do furacão *Sandy*, por meio de uma força tarefa, foi atividade articulada por *ordem executiva*.

Há uma *ordem executiva* que dispunha sobre incentivos ao turismo nos Estados Unidos, e que visava basicamente turistas chineses e brasileiros. Restrições ao aborto, trabalho e exportação, emprego de veteranos no governo federal, melhora nos programas de educação para os adultos, parcerias entre o Governo e as universidades, também são políticas públicas veiculadas por *ordens executivas*.

Quanto a reação do Congresso, em relação a aceitação ou conformação com *ordens executivas*, ao que consta, não haveria estudos ou literatura que tenha se aprofundado no assunto³⁷⁹. De igual modo, prossegue especialista na matéria, há necessidade de estudos que também avaliem a efetiva resposta do Judiciário as *ordens executivas*³⁸⁰. O sistema jurídico dos Estados Unidos

³⁷⁹ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 24. No original: “Few studies have analysed congressional response to executive orders”.

³⁸⁰ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 130.

confere as *ordens executivas* o mesmo status legal que se dá a legislação produzida pelo Congresso³⁸¹.

Ordens executivas desempenham conjunto importante de funções. Comunicam formalmente as decisões políticas do presidente. Determinam ações, funções e responsabilidades de agentes de órgãos e entes da administração, no que se refere ao cumprimento das leis em geral e das orientações presidenciais em particular. Instrumentalizam documentos que permitem a responsabilização da burocracia no sentido de que se deve agir de forma determinada pelo presidente.

Propiciam mecanismos de controle sobre setores burocráticos que tendem a se afastar das linhas gerais da agenda presidencial. Qualificam importante instrumento para que os presidentes possam fixar com clareza suas linhas políticas e ideológicas. Porém, o que provavelmente mais importante, *ordens executivas* permitem que os presidentes desconsiderem, nulifiquem ou deixem de aplicar determinadas leis, em favor de suposto e imaginário interesse geral da Nação³⁸².

Não se pode menosprezar o efeito simbólico que as *ordens executivas* permitem manipulação e utilização. Na expressão de professor norte-americano aqui estudado, “*os presidentes podem baixar ordens executivas alcançando alguns grupos na sociedade, a exemplo de mulheres, povos indígenas, afrodescendentes, veteranos de guerra, com o objetivo de obter apoio político desses grupos. Essa estratégia pode ser muito útil no período eleitoral, quando o presidente esta tentando vinculo com uma variedade de grupos e respectivos votos*”³⁸³. O efeito midiático do uso de *ordens executivas* é explorado positivamente pelos presidentes norte-americanos.

Deve-se realçar também o controle total que o presidente detem em relação a *ordens executivas* baixadas por seus antecessores; pode revogá-las, vetá-las, desprezá-las, desconsiderando-as na prática³⁸⁴. Assim, e em seus respectivos contextos, *ordens executivas*

³⁸¹ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 31. No original: “*The US political system accords executive orders the same legal status as legislation passed by Congress*”.

³⁸² Cf. Warber, Adam L., cit., p. 33.

³⁸³ Warber, Adam L., cit. p. 44. No original: “*Presidents can issue symbolic executive orders to reach out to certain groups in society, such as women, Native Americans, African Americans, and veterans, to obtain greater political support from them. This type of strategy might be useful during an election year, when the president is attempting to connect with a variety of groups for their votes*”.

³⁸⁴ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 46.

podem ser revogadas, suspensas e emendadas; neste último caso, alguns de dispositivos anteriores não alcançados pela emenda permanecem em pleno vigor³⁸⁵.

A estrutura de redação das *ordens executivas* é muito simples. Principiam pela indicação da fonte que as autoriza. Ainda que haja esforço para qualificá-las, essas introduções são muito lacônicas. Recorrentemente os presidentes que se referem a autoridade que a Constituição e as leis dos Estados Unidos os conferem.

Segue geralmente um preâmbulo, no qual são declinados os argumentos teóricos que justificam as razões da *ordem executiva* que se baixa. Por exemplo, pode-se referir a segurança nacional ou a estabilidade econômica. Fixa-se então um núcleo de diretivas e prescrições, que identificam o conteúdo normativo da *ordem*. Encerra-se com uma cláusula de exclusão, cujo objetivo é de se evitar que disposições da *ordem* sejam invocadas em juízo, em desfavor da administração, mediante a fixação de obrigações que a *ordem* não cogitou³⁸⁶.

Há curioso debate que questiona a necessidade do presidente norte-americano indicar nas *ordens executivas* que baixa a fonte da qual emana sua autoridade. Não se construiu jurisprudência sobre o assunto, ainda que se compreenda que a prática de indicação de fonte constitucional e legal seja desejável, tanto do ponto de vista da ação administrativa quanto de uma atitude de lisura e justiça com as pessoas que são afetadas por essas medidas³⁸⁷.

Nesse mesmo contexto, ainda que em meados da década de 1950, informou-se que o judiciário norte-Americano jamais declarou inválida uma *ordem executiva* por mero defeito de forma, porque crente que o sistema reconhece autoridade presidencial para tomar a medida. Tem-se como quase que certo que se consideraria absolutamente inconsequente uma referência equivocada, quanto a fonte justificativa da ordem, do ponto de vista da indicação de lei específica³⁸⁸.

Há quem defenda a tese de que o chefe do Executivo nos Estados Unidos não teria competência para baixar *ordens executivas* com força de lei. O presidente deveria tão somente

³⁸⁵ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 48.

³⁸⁶ Cf. Warber, Adam L., cit., p. 139.

³⁸⁷ Cf. Schubert Jr., Glendon, *The Presidency in the Courts*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1957, p. 304. No original: “Although the practice of including in executive regulations specific reference to their constitutional and statutory authority is undoubtedly desirable from the point of view of both executive administration and fairness to the affected public there is no judicial requirement to the effect”.

³⁸⁸ Cf. Schubert Jr., Glendon, cit., p. 305. No original: “The courts have never invalidated a presidential order where authority has in fact existed because of a mere defect in form; in fact, it is almost certain that they would also consider inconsequential a mistaken reference to the wrong statute as a source of authority”.

zelar pelo cumprimento das leis que são produzidas no Congresso, não detendo prerrogativa para baixar ordem que tenha os mesmos efeitos das normas jurídicas produzidas pelo Poder Legislativo. Afirmou-se que “*sob o modelo estrito da teoria da separação dos poderes o Executivo não teria poder para legislar diretamente*”³⁸⁹; ainda que se reconheça, efetivamente, que o poder normativo do Executivo seja um fato, e que essa situação vige desde o início da república norte-americana³⁹⁰.

Pode-se compreender, do ponto de vista histórico, que toda determinação presidencial, com efeitos normativos concretos, possa qualificar uma *ordem executiva*, ainda que essa denominação não prevaleça em todos os atos eventualmente analisados. Por exemplo, foi uma *ordem executiva* a determinação de Thomas Jefferson para que James Madison não empossasse William Marbury como juiz, no contexto do famoso caso que deu início ao tema do controle de constitucionalidade³⁹¹.

Não há estatísticas que informem objetivamente a respeito de todas as *ordens executivas* baixadas pelos presidentes norte-americanos. Como registrado, não se sabe exatamente quantas *ordens* foram baixadas até hoje; a obrigatoriedade da publicação desses textos normativos presidenciais data de 1935, por determinação do *Federal Register Act*³⁹².

De fato, não há nenhuma provisão constitucional que autorize o presidente norte-americano a baixar *ordens executivas*; e também, registre-se, não há legislação no Congresso nesse tema, proibindo ou autorizando³⁹³. Concretamente, já se chamou a atenção para o fato de que a Constituição norte-americana se inicia com a afirmação de que todo o poder legislativo é do Congresso; à luz dessa percepção, o máximo que o presidente poderia fazer, seria tentar influenciar o Legislativo³⁹⁴; trata-se, obviamente, de concepção pouco realista.

Especialmente, deve-se acentuar as prerrogativas presidenciais em tempos de crise, nomeadamente, nas catástrofes econômicas, nos desastres naturais e na manutenção da segurança

³⁸⁹ Cf. Miller, Arthur S., *Presidential Power in a Nutshell*, St. Paul: West Publishing Co., 1997, p. 84. No original: “*Under strict separation of powers theory the Executive has no direct legislative power*”.

³⁹⁰ Cf. Miller, Arthur S., cit., p. 85. No original: “*The Executive does have a law-making power – and in fact has had it since the beginning of the republic*”.

³⁹¹ Cf. Miller, Arthur S., cit., loc. cit.

³⁹² Cf. Miller, Arthur S., cit., p. 86.

³⁹³ Cf. Miller, Arthur S., cit., p. 87.

³⁹⁴ Cf. Aderbach, Joel D. e Peterson, Mark A. (ed.), *The Executive Branch*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 420.

nacional³⁹⁵. Há momentos nos quais não se tem critérios objetivos para a flexibilização da atuação do Executivo em face do Congresso³⁹⁶.

Deve-se esclarecer, afinal, se *ordens executivas* qualificam-se (ou não) como lei. O exemplo que segue, ainda que formatado no contexto metodológico dos autores norte-americanos, permite alguma avaliação. Reporto-me a um caso julgado em 1890³⁹⁷. Um policial federal, chamado David Neagle, fora designado para servir como guarda-costas de um juiz da Suprema Corte norte-americana, que atuaria temporariamente na Califórnia. O nome do juiz era Stephen Field. A designação fora determinada pelo Advogado-Geral (*Attorney General*), que o fizera com base em *ordem executiva*.

O juiz Stephen Field foi atacado por um sujeito chamado David Terry. Defendendo o juiz, o policial federal matou o agressor. Em seguida, o policial foi preso e subsequentemente acusado de assassinato. A discussão chegou a Suprema Corte. Neagle requereu um habeas corpus. No entanto, o deferimento do pedido dependia que a ação ou omissão que redundou na prisão do paciente decorresse de cumprimento de *lei dos Estados Unidos*.

Neagle agiu de acordo com uma determinação do Advogado-Geral. Este cumprira uma *ordem executiva* baixada ordinariamente pelo Presidente da República. Por seis votos a dois a Suprema Corte entendeu que a sequência de providências e de atos normativos qualificava, de fato, um encadeamento indicativo de *lei dos Estados Unidos*, para efeitos de deferimento do writ. Ao presidente compete *zelar pelo cumprimento das leis nos Estados Unidos*, medida que a doutrina norte-americana denomina de *take care clause*³⁹⁸.

É de comum entendimento entre os constitucionalistas norte-americanos que as *ordens executivas* qualificam-se, de fato, como leis. Segundo autor daquele país, “*parece uma questão menor a indagação sobre a natureza jurídica das ordens executivas: a legislação executiva é lei (...) permite-se a cobrança de tributos de quem seja responsável pelo pagamento, pode-se prender alguém, pode-se causar inclusive que alguém receba um tiro (...) e quem não compreende esses*

³⁹⁵ Cf. Smith, J. Malcolm e Cotter, Cornelius P., *Powers of the President during crises*, New York: Da Capo Press, 1972, p. 15.

³⁹⁶ Cf. Fisher, Louis, *Presidential Spending Power*, Princeton: Princeton University Press, 1975.

³⁹⁷ In re Neagle, 135 U.S. 1 (1890).

³⁹⁸ Cf. Miller, Arthur S., cit., pp. 88-89.

*atos, acomodando-se a eles, persiste em posição inútil*³⁹⁹. O que se tem, na prática, é um cumprimento generalizado e inconstante dessas *ordens executivas*.

Há outra situação interessante e intrigante que ilustra essa discussão. Quando Gerald Ford perdoou a Richard Nixon, emitiu pronunciamento em forma de *ordem*, fundamentando a decisão com base no poder de perdoar, que a Constituição confere aos presidentes norte-americanos⁴⁰⁰. Ford deixou de mencionar, acredita-se que propositamente, uma *ordem executiva* de John F. Kennedy que fixava alguns procedimentos para o perdão presidencial.

Nos termos dessa mencionada *ordem executiva* o perdão somente poderia ser dado contados três anos depois do interessado ter deixado a prisão. Ou ainda, caso não tivesse ainda havido a prisão do interessado, deveria o condenado aguardar três anos para encaminhar um pedido de perdão ao chefe do Executivo. Efetivamente, Ford descumpriu decisão de antecessor, ainda que esta tenha fixado algumas condições que a Constituição não previa⁴⁰¹. É o caso, portanto, de *ordem executiva* que restringiu direito constitucionalmente previsto, e que Gerald Ford desconsiderou.

Em famoso livro de ex-presidente norte-americano (que também foi Presidente da Suprema Corte) colhem-se considerações importantes para a compreensão do papel legislativo do chefe do Poder Executivo estadunidense⁴⁰². A edição original dessa obra é de 1916. Segundo esse conhecedor da vida política norte-americana, “*os autores da Constituição foram muito influenciados pelo apego que Montesquieu tinha pela Constituição inglesa e sua insistência para com a divisão do Governo em poderes Legislativo, Executivo e Judicial, separados uns dos outros, como melhor garantia para a liberdade civil*”⁴⁰³. Há argumento histórico para compreensão das *ordens executivas*.

Para William Taft, o presidente dos Estados Unidos detém simultaneamente poderes legislativos e executivos. Entre as funções executivas há tarefas puramente administrativas, bem

³⁹⁹ Cf. Schubert Jr., Glendon, cit., p. 311. No original: “*There would be seen to be little question of the judicial rule today: executive legislation is law. It can collect money from those who would be liable under a statute; it can cause people to be put in jail; it can cause some people to be shot. Any theory that cannot accommodate these facts has, on this grounds alone, outlived its usefulness*”.

⁴⁰⁰ Constituição norte-americana, art. II, sec. 2.

⁴⁰¹ Cf. Miller, Arthur S., cit. pp. 94-95.

⁴⁰² Trata-se de William Howard Taft, que foi Presidente da República de 1909 a 1913 e posteriormente Presidente da Suprema Corte norte-americana de 1921 a 1930.

⁴⁰³ Taft, William Howard, *Our Chief Magistrate and his Powers*, Durham: Carolina Academic Press, 2002. No original: “*The framers of our Constitution were much affected by Montesquieu’s appreciation of the English Constitution and his insistence upon a division of the government into Legislative, Executive and Judicial branches and a separation of one from the other, as the best security for civil liberty*”.

como há também prerrogativas e obrigações *quase-legislativas* e *quase-judiciais*⁴⁰⁴. É justamente nessa área de imprecisão que os chefes do Poder Executivo nos Estados Unidos exercem imenso poder de fundo legislativo, por intermédio de *ordens executivas*.

Percebe-se que a Suprema Corte, em princípio, mostra-se amistosa para com o uso presidencial das *ordens executivas*. Além do que, o exercício do controle judicial sobre atos do presidente é fato relativamente recente⁴⁰⁵, que tem início em 1952, com o caso *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*⁴⁰⁶, como se verá mais adiante. Observa-se, no entanto, que há *obiter dictum* no caso acima mencionado, que sugere que o poder de legislar seja prerrogativa do Congresso⁴⁰⁷.

Via de regra, o que se tem, efetivamente, é uma jurisprudência defensiva, no sentido de que se evita apreciar o mérito de questões alusivas a *ordens executivas* que são levadas a Suprema Corte. Há uma certa relutância em se julgar assuntos decorrentes de *ordens executivas*. Decide-se geralmente que quem contexta *ordens executivas* não teria interesse de agir. Insiste-se na tese de que *ordens executivas* se referem a questões fundamentalmente políticas, e que por essa razão não devem ser julgadas. E quando as questões são apreciadas, quanto ao mérito, verifica-se de tendência de sustentação da diretiva presidencial⁴⁰⁸.

O *leading case* que nos remete a uma compreensão da apreciação da Suprema Corte norte-americana se dá no famoso caso *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, como acima anunciado. É do que se trata agora⁴⁰⁹. Os fatos se passaram em momento angustiante da guerra fria. Com a morte de Roosevelt, um pouco antes do término da segunda guerra mundial, o vice, Harry Truman, assumiu a presidência. Nas eleições de 1950, ainda que pesquisas eleitorais

⁴⁰⁴ Taft, William Howard, cit., p. 14. No original: “*The President has both legislative and executive power. Among his executives functions we shall find those which are purely executive and those which are quasi-legislative and area quasi-judicial*”.

⁴⁰⁵ Cf. Hay, Peter, *An Introduction to American Law*, s.l. Butterworth, 1991, p. 24.

⁴⁰⁶ 343 US 579 (1952).

⁴⁰⁷ Cf. Mehren, Arthur T. von e Murray, Peter L., *Law in the United States*, New York: Cambridge University Press, 2007, p. 150. No original: “*The founders of this Nation entrusted the lawmaking power to the Congress alone in both good and bad times*”.

⁴⁰⁸ Cf. Crenson, Matthew, e Ginsberg, Benjamin, *Presidential Power: Unchecked and Unbalanced*, New York and London: W.W. Norton and Company, 2007, p. 350. No original: “*For the most part, the courts have been reluctant to examine executive orders, often ruling that the plaintiff lacked standing or that the dispute involved a political question. And when they have heard the case, they have almost always upheld the presidentials directive*”.

⁴⁰⁹ Por todos, Hart, Henry M. e Sacks, Albert M., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York: Westbury, 1994, pp. 1023 e ss.

publicadas em jornais dessem como certa derrota de Truman, verificou-se a vitória deste candidato do partido democrata.

Em 1952 os norte-americanos guerreavam na Coreia, apoiando a Coreia do Sul, ameaçada pela Coreia do Norte, então política, econômica e ideologicamente próxima a União Soviética. Noticiou-se nos Estados Unidos que uma greve paralizaria a indústria do aço. As unidades militares norte-americanas dependiam do suprimento desse material, utilizado na construção de tanques de guerra e de vários outros tipos de armas. Eventual greve em área tão essencial a economia teria como resultado uma ameaça real as possibilidades de sucesso na atuação do exército norte-americano que combatia na Ásia.

Nesse contexto, o Presidente Harry Truman baixou uma *ordem executiva* determinando a intervenção federal nas siderurgias, com o objetivo de se estabilizar a produção de aço, e consequentemente se garantir a presença do exército norte-americano na guerra da Coreia.

Essa *ordem executiva*⁴¹⁰ foi questionada na Suprema Corte norte-americana⁴¹¹. Trata-se do mais importante caso até hoje julgado em tema de *ordens executivas*. De um lado, as empresas ligadas a produção de aço e, como réu, o governo federal. As requerentes predendiam ordem judicial (*declaratory and injunctive relief*) que as desobrigasse do cumprimento da ordem presidencial. A greve ainda não havia começado. A medida do Presidente Truman tinha natureza preventiva.

Questionava-se se o Presidente, como chefe do Executivo, estaria obrigado a executar as leis nos exatos limites que a Constituição dos Estados Unidos expressamente previa. Os requerentes protestavam, no sentido de que a *ordem executiva* questionada era arbitrária e que o requerido não poderia usurpar o poder normativo do Congresso mediante a mera afirmação de que detinha poderes não específicos e inerentes, exercendo-os mediante a ordem que se discutia na Suprema Corte.

Do ponto de vista fático a questão se desdobrava ao longo de uma difícil relação entre o Presidente Truman e as áreas interessadas, inclusive sindicais. O sindicato que conduzia as discussões, *United Steelworkers of América* havia notificado ao governo que entrariam em greve no mês de abril daquele ano de 1952.

⁴¹⁰ Ordem Executiva 10340.

⁴¹¹ Conferir, entre outros, Choper, Jesse H., *Constitutional Law- Cases, Comments, Questions*, St. Paul: West, 2006.

O Presidente Truman teria envidado todos os esforços possíveis para evitar a greve que se anunciava. O próprio Congresso havia intervindo nas discussões, revelando intensa preocupação com a situação. Porém, não teria enfrentado concretamente o problema, substancialmente porque não se produziu nenhuma legislação que poderia resultar num desfecho imediato e seguro para a questão. Em 10 de junho de 1952 o Presidente Truman enviou uma mensagem ao Congresso norte-americano chamando a atenção par ao problema das greves na siderúrgicas, protestando, no sentido de que o Congresso não estava tomando providências⁴¹².

A *ordem executiva* de Truman determinava que seu Secretário do Comércio (equivalente a nosso Ministro) interviesse nas siderurgias, todas, de modo que não se teria uma interrupção na produção de aço. As empresas interessadas ajuizaram ações na justiça federal norte-americana requerendo que se decidisse que essa *ordem executiva* era inválida, por absoluta falta de previsão constitucional e legal.

O governo se defendeu invocando que o presidente detinha poderes inerentes, que havia fundamentação constitucional e que um amplo conjunto de precedentes sustentava o argumento de que *ordens executivas* eram historicamente aceitas pelo constitucionalismo norte-americano. Além do que, Truman buscava demonstrar a mais absoluta boa-fé na medida em que comprovou que enviou para o Congresso comunicação referente a *ordem executiva* questionada, e que não recebeu resposta. De alguma maneira, insuava, a reticência e o silêncio do Congresso indicavam que havia autorização para atuação do presidente nessa dramática questão.

As requerentes ganharam em primeira instância. No mesmo dia a questão foi levada para grau superior, onde se reverteu a decisão original, pelo que, como imediata consequência, a discussão subiu para a Suprema Corte. Esta decidiu que, efetivamente, a prerrogativa para a confecção de lei é do Congresso, e não do Executivo.

Uma importante questão jurídica animou a discussão. Poderia o presidente, com base na tese dos poderes inerentes, bem como na sua condição de Comandante-em-Chefe do Exército, baixar uma ordem por intermédio da qual usurparia a autoridade normativa do Congresso, substancialmente porque o fazia com o objetivo de proteger a segurança nacional? A Suprema Corte norte-americana decidiu que o presidente não detinha essa competência. Porém, há muitas

⁴¹² Cf. Truman, Harry, *Public Papers of the Presidents of the United States (1952-1953)*, Washington: United States Government Printing Office, 1966, p. 410.

passagens e manifestações não centrais na discussão que suscitariam, mais tarde, uma compreensão de que alguma margem para atuação discricionária haveria.

O relator, Juiz Hugo Black, argumentou que a decisão do presidente no sentido de intervir nas indústrias de aço equivaleria ao exercício do poder de fazer leis. E esse poder, normativo, em seu sentido originário, insistia o juiz Black, o presidente não detinha, ainda que em defesa da ordem questionada invocasse que pretendia evitar uma catástrofe nacional, que teria um imediato e negativo resultado na guerra que se disputava na Coreia.

O juiz Felix Frankfurter, concordando com o relator, observou que a Constituição é uma espécie de moldura para o governo. E assim, o modo como essa moldura tem consistentemente operado de forma justa e que exige que o governo deva operar de acordo com sua verdadeira natureza. Acrescentou que fórmulas tradicionais de exercício de poder político não podem desrespeitar a Constituição e a legislação; na verdade, dão sentido as palavras dos textos legais⁴¹³.

Também concordando com Black e Frankfurter, o juiz Jackson observou que quando o presidente age na ausência de permissão do Congresso ou de efetiva proibição de autoridade, ele pode tão somente se basear nos poderes que possui, independentemente das limitações que o Congresso lhe imporia.

Porém, afirmou, há uma *zona de crepúsculo* na qual o presidente e o Congresso podem exercer uma autoridade concorrente, ou na qual a distribuição de prerrogativas é de algum modo incerta⁴¹⁴. Essa expressão, *zona de crepúsculo*, que revela um campo abstramente possível de atuação presidencial, e que será o indicador de que o presidente deteria prerrogativas para legislar, ainda que essa excerto de decisão seja contrário a essa pretensão.

O juiz Douglas decidiu de um modo mais direto, sem necessariamente discutir a prerrogativa presidencial de fazer leis. Definiu que o único poder competente para autorizar intervenção na indústrias seja justamente aquele que deve autorizar compensação financeira a ser paga a indústria na qual houve a intervenção, isto é, o Congresso⁴¹⁵.

⁴¹³ Voto do Juiz Frankfurter. No original: “*The Constitution is a framework for government. Therefore the way the framework has consistently operated fairly establishes that it has operated according to its true nature. Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text*”.

⁴¹⁴ Voto do Juiz Jackson. No original: “*When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain*”.

⁴¹⁵ Voto do Juiz Douglas. No original: “*The only branch of government which may authorize seizures is the branch that must authorize compensation, i.e., the Congress*”.

Os juízes Vinson, Reel e Minton não seguiram a decisão do relator. Entenderam que compromissos internacionais assumidos pelos Estados Unidos, país que se definia como responsável pela preservação de um mundo livre, justificavam a *ordem executiva* do Presidente Truman. A demanda de aço, expressiva no contexto da guerra da Coreia, era também importante elemento que deveria de ser levado em consideração na decisão da Suprema Corte, afirmaram os juízes dissidentes.

Por fim, insistiram, deve-se garantir ao presidente algum poder para o enfrentamento de situações difíceis, como aquela que causara toda a discussão. Devia-se levar em conta cláusula constitucional que impõe ao presidente o dever de *tomar cuidado para que todas as leis sejam fielmente executadas (take care the laws be faithfully executed)*. E a situação absolutamente emergencial justificaria a *ordem executiva* questionada na Suprema Corte.

Essas ordens executivas se prestam, basicamente, para fixação de normas em treze categorias básicas: comércio exterior, auxílio ao estrangeiro, defesa, bem-estar social, intervenção governamental na economia, recursos naturais, agricultura, medalhas e reconhecimentos públicos, delegações de poder, artes e humanidades, empregos públicos federais, tributos e custódia de propriedade de estrangeiros⁴¹⁶.

Em matéria de comércio internacional as *ordens executivas* do presidente norte-americano definem relações de comércio com algumas nações, tarifas comerciais, sanções, embargos, comissões de supervisão comercial (a exemplo de uma comissão presidencial de comércio), alterações na fixação de sistemas de preferência, questões afetas a operações norte-americanas no Canal do Panamá, criação de comitês de relações internacionais (a exemplo de um Comitê que cuidou de questões do Holocausto), seleção e definição de poderes de embaixadores e cônsules, relações financeiras com países estrangeiros, especialmente em matéria de empréstimos, quotas de imigração e entrega de passaportes⁴¹⁷.

Em assuntos relativos a ajuda externa as *ordens executivas* têm tratado de assistência especial a países, de ajuda militar, de desenvolvimento de programas militares em países nos quais há intervenção norte-americana. *Ordens executivas* também definem listas de países

⁴¹⁶ Cf. Howell, William G., *Power Without Persuasion- The Politics of Direct Presidential Action*, New Jersey: Princeton University Press, 2003, pp. 189 e ss.

⁴¹⁷ Cf. Howell, William G., cit., p. 189.

econômicamente menos desenvolvidos, bem como relações financeiras com bancos internacionais⁴¹⁸.

Defesa nacional, matéria sensível, especialmente no contexto da guerra dos norte-Americanos contra o terrorismo, também tem sido recorrentemente tratada por *ordens executivas*. Assim, há *ordens executivas* sobre a NASA, sobre programas de emergência, sobre desenvolvimento de propulsão nuclear naval, sobre a desclassificação de informações sigilosas, sobre distúrbios urbanos (*city riots*), sobre restauração de ordem doméstica, sobre salários de militares, sobre recrutamento, sobre militares na reserva, sobre compra e produção de armamento militar, sobre ameaças à segurança nacional, sobre zonas de combate⁴¹⁹.

Em tema de bem-estar social o presidente dos Estados Unidos tem baixado ordens sobre sistema educacional, sobre projetos de colaboração entre o Governo e sociedade civil, sobre segurança de trabalho, aposentadoria, seguro de trabalhadores, programas federais de combate às drogas, sobre *food stamps* (selos que podem ser trocados por comida), sobre reservas indígenas, sobre questões de gênero e de minorias (especialmente sobre regras de acesso ao emprego).

O presidente também dirige ordens para o Poder Judiciário federal. E o faz em matéria de organização de jurisdição civil, de designação de juízes federais, de conselhos de justiça e de formação de comitês, a exemplo de um importantíssimo comitê de controle que há para supervisionar a justiça federal norte-americana⁴²⁰.

É muito intensa a atuação legislativa do presidente dos Estados Unidos por intermédio de *ordens executivas*. Há intervenção direta na economia, mediante a resolução de disputas trabalhistas, de controle de inflação, de alterações em índices deficitários do orçamento. Também trata de formação de fundos governamentais. Controla por meio de *ordens executivas* comitês de aconselhamento ao Governo⁴²¹.

Também há farta produção de *ordens executivas* presidenciais em questões ambientais, de energia e de utilização e destinação de terras publicas. Assim, há *ordens* que tratam de poluição, de reciclagem de materiais, de eficiência energética, de programas de uso comum de automóveis (*caronas*, ou *ride-sharing programs*), de proteção de pântanos, de preservação de animais.

⁴¹⁸ Cf. Howell, William G., cit., loc. cit.

⁴¹⁹ Cf. Howell, William G., cit., loc. cit.

⁴²⁰ Cf. Howell, William G., cit., p. 190.

⁴²¹ Cf. Howell, William G., cit., loc. cit.

Quanto aos parques nacionais, no que se refere à classificação das várias áreas, há também expressiva produção legislativa da presidência da república norte-americana. Tem-se também *ordens executivas* que cuidam da transferência de áreas militares para o Ministério do Interior (*Department of Interior*)⁴²². O presidente também legisla por meio de *ordens executivas* sobre questões de agricultura. Refiro-me a organização de comitês e a programas federais, a exemplo de incentivos para plantação e comercialização de determinados produtos⁴²³.

Há *ordens executivas* que reconhecem o patriotismo e o esforço dos que morreram pela causa do Estado, que criam símbolos, selos, flâmulas, a exemplo de *ordem executiva* que fixou um selo para a Corte Superior de Apelação da Justiça Militar⁴²⁴. O presidente também se vale de *ordens executivas* para reorganizar o funcionamento de conselhos governamentais⁴²⁵. *Ordens executivas* ainda afetam sítios e monumentos históricos⁴²⁶.

Em matéria de servidores civis, são *ordens executivas* que definem aposentadorias, salários, promoções, feriados e despedidas. Cuidam também de veteranos do exército e de cortes-marciais⁴²⁷. *Ordens executivas* alcançam também questões tributárias, especialmente quanto à determinação para fiscalização de empresas ou de indivíduos, a par de relevantes investigações quanto a pedidos de devolução de Imposto de renda; de igual modo, cuidam também da organização e divisão dos distritos fiscais⁴²⁸. Em matéria de custódia de propriedade de estrangeiros, há regras vinculadas ao *Trading with the Enemy Act* (uma lei que cuida do comércio norte-americano com nações inimigas), e que fixam fórmulas para apreensão e custódia de bens propriedade de estrangeiros em tempos de guerra⁴²⁹.

Ordens executivas também são judicialmente questionadas. Um dos primeiros questionamentos que se tem notícia deu-se com a *Executive Order 9066*, em 21 de junho de 1943, junto à Suprema Corte. Trata-se do *Hirabayashi Case*, quando se manteve a decisão presidencial então questionada⁴³⁰. Estatísticas dos anos de 1943 a 1997, dão conta de 83 ações judiciais com o

⁴²² Cf. Howell, William G., cit., loc. cit.

⁴²³ Cf. Howell, William G., cit., pp. 190-191.

⁴²⁴ Cf. Howell, William G., cit. p. 191.

⁴²⁵ Cf. Howell, William G., cit. p. 191.

⁴²⁶ Cf. Howell, William G., cit. loc. cit.

⁴²⁷ Cf. Howell, William G., cit. loc. cit.

⁴²⁸ Cf. Howell, William G., cit. loc. cit.

⁴²⁹ Cf. Howell, William G., cit. loc. cit.

⁴³⁰ U. S. Supreme Court, 320 U. S. 81.

objetivo de desconstituir *ordens executivas*. O presidente perdeu 22 delas⁴³¹. Por outro lado, são impressionantes os números de *ordens executivas* baixadas pelos presidentes dos Estados Unidos, ainda que boa parcela delas seja de matéria rotineira ou de mera simbologia.

Mas há muitas *ordens executivas* que tratam de questões também graves⁴³². Exemplifico com as principais. *Ordens executivas* trataram de confecção e entrega de passaportes⁴³³, de declaração de neutralidade no início do segundo grande conflito europeu⁴³⁴, de posse e controle de uma ferrovia norte-americana em Porto Rico⁴³⁵, de controle de empresas de exploração de carvão⁴³⁶, de expropriação de uma companhia exploradora de borrachá⁴³⁷. Foi uma *ordem executiva* que revogou a exigência de mínimo de 48 horas de trabalho por semana⁴³⁸.

Ordens executivas cuidaram também de expropriação de companhias de petróleo⁴³⁹, da criação de um comitê presidencial sobre direitos civis⁴⁴⁰, de concessão de privilégios diplomáticos a organizações internacionais⁴⁴¹, de adicional de periculosidade no trabalho⁴⁴², da criação de *Corpos de Paz* no Departamento de Estado⁴⁴³, da formação de um comitê presidencial para enfrentar o tráfico de entorpecentes e o uso de drogas⁴⁴⁴.

O referido modelo normativo presidencial também foi utilizado para organizar políticas públicas contra a discriminação por idade⁴⁴⁵. *Ordens executivas* também foram utilizadas para declarar intervenção federal para restauração de ordem no Estado de Illinois, em represália a motins populares⁴⁴⁶, para fixar condutas de preservação ambiental em relação a patrimônio

⁴³¹ Cf. Howell, William G., cit. pp. 198 e ss.

⁴³² Para um levantamento e estudo das *ordens executivas* de grande impacto nos Estados Unidos consultar Mayer, Kenneth R., *With the Stroke of a Pen- Executive Orders and Presidential Power*, Princeton: Princeton University Press, 2002. Os exemplos e referências aqui indicados, quanto às ordens de maior impacto, foram colhidos na obra de Kenneth Mayer.

⁴³³ *Ordem Executiva* nº 7856, de 31 de maio de 1938.

⁴³⁴ *Ordem Executiva* nº 8233, de 5 de setembro de 1939.

⁴³⁵ *Ordem Executiva* nº 9341, de 14 de junho de 1943.

⁴³⁶ *Ordem Executiva* nº 9476, de 3 de setembro de 1944.

⁴³⁷ *Ordem Executiva* nº 9595, de 30 de julho de 1945.

⁴³⁸ *Ordem Executiva* nº 9607, de 30 de agosto de 1945.

⁴³⁹ *Ordem Executiva* nº 9639, de 29 de setembro de 1945.

⁴⁴⁰ *Ordem Executiva* nº 9608, de 5 de dezembro de 1946.

⁴⁴¹ *Ordem Executiva* nº 9863, de 31 de maio de 1946.

⁴⁴² *Ordem Executiva* nº 10152, de 17 de agosto de 1950.

⁴⁴³ *Ordem Executiva* nº 10924, de 1º de maio de 1961.

⁴⁴⁴ *Ordem Executiva* nº 11076, de 15 de janeiro de 1963.

⁴⁴⁵ *Ordem Executiva* nº 11141, de 12 de fevereiro de 1964.

⁴⁴⁶ *Ordem Executiva* nº 11404, de 7 de abril de 1968.

cultural⁴⁴⁷, para regulamentar exportações⁴⁴⁸, para estabelecer regras de proteção a espécies ameaçadas⁴⁴⁹.

Comprovando a variedade de matérias tratadas por essa espécie normativa, há também *ordens executivas* sobre gerenciamento de áreas federais⁴⁵⁰, sobre o comprometimento do Executivo Federal com controle de poluição⁴⁵¹, sobre revogação de sanções à Rodésia⁴⁵², sobre tarifas de estradas de ferro no Alaska⁴⁵³, sobre o tratado de livre-comércio com o Canadá⁴⁵⁴, sobre bloqueio de bens do governo do Háiiti⁴⁵⁵, sobre classificação de dados relativos à segurança nacional⁴⁵⁶, sobre pirataria em programas de computador⁴⁵⁷, entre tantos outros assuntos.

Uma boa parte das *ordens executivas* baixadas pelos presidentes norte-americanos dispõe sobre medidas para melhorias na eficiência da Administração. Há recorrente preocupação com a qualidade do gasto público. Há registro de *ordem executiva* de 1993 (e, portanto, da administração Clinton) focada no controle do déficit público e na melhora da produtividade junto à administração federal norte-americana⁴⁵⁸.

A referida *ordem* foi baixada com base, inclusive, numa lei orçamentária de 1921. O objetivo era o controle do déficit federal, bem como a melhora da administração. Na essência, essa ordem refletiu natureza orçamentária.

Ministérios (*executive departments*) e agências governamentais (autarquias e agências reguladoras) deveriam incluir categorias separadas relativas a despesas administrativas, quando da submissão de proposta orçamentária para o órgão responsável pelo orçamento (*Office of Management and Budget*) ao longo dos anos de 1994 a 1997. O diretor do aludido órgão, mediante consulta aos demais órgãos e entes da administração, fixaria e revisaria as despesas administrativas

⁴⁴⁷ *Ordem Executiva* nº 11593, de 13 de maio de 1971.

⁴⁴⁸ *Ordem Executiva* nº 11796, de 30 de julho de 1974.

⁴⁴⁹ *Ordem Executiva* nº 11911, de 13 de abril de 1976.

⁴⁵⁰ *Ordem Executiva* nº 12072, de 16 de agosto de 1978.

⁴⁵¹ *Ordem Executiva* nº 12088, de 13 de outubro de 1978.

⁴⁵² *Ordem Executiva* nº 12183, de 16 de dezembro de 1979.

⁴⁵³ *Ordem Executiva* nº 12434, de 19 de julho de 1984.

⁴⁵⁴ *Ordem Executiva* nº 12262, de 31 de dezembro de 1988.

⁴⁵⁵ *Ordem Executiva* nº 12853, de 30 de junho de 1993.

⁴⁵⁶ *Ordem Executiva* nº 12958, de 17 de abril de 1995.

⁴⁵⁷ *Ordem Executiva* nº 13103, de 30 de setembro de 1998.

⁴⁵⁸ *Ordem Executiva* nº 12837, de 10 de fevereiro de 1993.

de cada um dos interessados. A essa autoridade também caberia decidir sobre todas as questões relativas a despesas administrativas⁴⁵⁹.

Essa *ordem executiva* fixou algumas metas para os vários órgãos e entes da administração federal norte-americana. Por exemplo, para o ano fiscal de 1994, as propostas orçamentárias deveriam ser 3% inferiores aos valores da proposta do ano de 1993, levando-se em conta também os ajustes necessários de inflação⁴⁶⁰. Fixou-se uma ampliação dessa margem de economia, isto é, 6% para 1995, 9% para 1996, 14% para 1997, sempre tendo-se como referência o ano de 1993⁴⁶¹. Ao fim da *ordem*, instou-se a todas as agências regulatórias independentes para o cumprimento das metas então fixadas⁴⁶².

Nesse ambiente de contenção de despesas o Presidente Clinton baixou uma *ordem executiva*⁴⁶³ determinando que todos os órgãos e entes da administração federal que contassem com mais de 100 empregados deveriam diminuir cerca de 4% do total de trabalhadores nos três anos subsequentes; esse número seria calculado a partir de funcionários de tempo integral (*full time*)⁴⁶⁴.

Essas reduções deveriam ser ampliativas, isto é, de 25% no ano de 1993 a 100% no ano de 1995⁴⁶⁵. Ao diretor do setor de gestão e orçamento a *ordem* incumbiu baixar instruções

⁴⁵⁹ “**Section 1.** All executive departments and agencies shall include a separate category for “administrative expenses” when submitting their appropriation requests to the Office of Management and Budget (OMB) for fiscal years 1994 through 1997. The Director of OMB (Director), in consultation with the agencies, shall establish and revise as necessary a definition of administrative expenses for the agencies. All questions regarding the definition of administrative expenses shall be resolved by the Director.”

⁴⁶⁰ “**Sec. 2.** The purpose of this order is to achieve real reductions in the administrative costs of Federal agencies. In order to accomplish that goal, agencies shall submit budgets that reflect the following reductions from the fiscal year 1993 baseline: (a) For fiscal year 1994, all agencies shall submit budget requests that reflect no less than a 3 percent reduction in administrative expenses from the amount made available for fiscal year 1993 adjusted for inflation;”

⁴⁶¹ “(b) For fiscal year 1995, all agencies shall submit budget requests that reflect no less than a 6 percent reduction in administrative expenses from the amounts made available for fiscal year 1993 adjusted for inflation; (c) For fiscal year 1996, all agencies shall submit budget requests that reflect no less than a 9 percent reduction in administrative expenses from the amounts made available for fiscal year 1993 adjusted for inflation; (d) For fiscal year 1997, all agencies shall submit budget requests that reflect no less than a 14 percent reduction in administrative expenses from the amounts made available for fiscal year 1993 adjusted for inflation.”

⁴⁶² “**Sec. 4** All independent regulatory commissions and agencies are requested to comply with the provisions of this order.”

⁴⁶³ Ordem Executiva nº 12939, de 10 de fevereiro de 1993.

⁴⁶⁴ “**Section 1.** Limits on Hiring Civilian Personnel. Each executive department or agency with over 100 employees shall eliminate not less than 4 percent of its civilian personnel positions (measured on a full-time equivalent (FTE) basis) over the next 3 fiscal years.”

⁴⁶⁵ “**Sec. 3.** Target Dates. Each department and agency shall achieve 25 percent of its total reductions by the end of fiscal year 1993, 62.5 percent by the end of fiscal year 1994, and 100 percent by the end of fiscal year 1995.”

pormenorizadas, com respeito à sua aplicação, incluindo-se exceções decorrentes de serviços essenciais e de cumprimento das disposições legais aplicáveis⁴⁶⁶.

As compras governamentais (*procurement*) também foram regulamentadas por intermédio de *ordem executiva*. O Presidente Clinton baixou *ordem*⁴⁶⁷ com o objetivo de garantir o bom gasto do dinheiro público por intermédio de reformas fundamentais no sistema de compras governamentais.

A *ordem* era dirigida a todos os responsáveis pelos órgãos e entes da Administração. Os destinatários deveriam rever todas as regras e procedimentos dos respectivos órgãos e entes, bem como os procedimentos fixados por lei e, onde possível, substituí-los por princípios gerais que estimulassem e premiassem a inovação⁴⁶⁸. Todo o planejamento do órgão ou ente deveria ser revisto de modo que se confirmasse se os programas em andamento atendiam as necessidades e a missão dos órgãos aos quais a ordem se dirija⁴⁶⁹.

Deveriam os agentes públicos também prestar a atenção aos utentes dos serviços prestados. A *ordem* determinava que se aumentasse o uso de itens comercialmente disponíveis, que se colocasse uma maior ênfase no histórico de quem a Administração contratasse e, especialmente, que se buscasse qualidade do produto ou do serviço, ao invés de se procurar produtos ou serviços mais baratos⁴⁷⁰, isto é, exatamente o contrário que se faz no Brasil. Aqui, prestigia-se mais o melhor preço do que a melhor qualidade.

Ao agente público também se determinou que se certificasse que modos mais simples para aquisição de produtos e serviços, com o objetivo de se reduzir os custos administrativos, bem como

⁴⁶⁶ “**Sec. 4.** *Implementation.* The Director of the Office of Management and Budget shall issue detailed instructions regarding the implementation of this order, including exemptions necessary for the delivery of essential services and compliance with applicable law.”

⁴⁶⁷ Ordem Executiva nº 12931, de 13 de outubro de 1994.

⁴⁶⁸ “**Section 1.** *To make procurement more effective in support of mission accomplishment and consistent with recommendations of the National Performance Review, heads of executive agencies engaged in the procurement of supplies and services shall: (a) Review agency procurement rules, reporting requirements, contractual requirements, certification procedures, and other administrative procedures over and above those required by statute, and, where practicable, replace them with guiding principles that encourage and reward innovation;*”

⁴⁶⁹ “*(b) Review existing and planned agency programs to assure that such programs meet agency mission needs; (c) Ensure that procurement organizations focus on measurable results and on increased attention to understanding and meeting customer needs;*”

⁴⁷⁰ “*(d) Increase the use of commercially available items where practicable, place more emphasis on past contractor performance, and promote best value rather than simply low cost in selecting sources for supplies and services;*”

se alcançar efetivamente a missão institucional do órgão ou ente⁴⁷¹. Há também alguma preocupação de ordem pedagógica, na medida em que a *ordem* determina a criação de programas de treinamento para profissionais de compras governamentais, condicionando promoções à frequência e aproveitamento desses programas⁴⁷².

A busca da eficiência nas compras governamentais, por intermédio da *ordem executiva* aqui estudada, suscitou também revisão de todos os contratos de aquisição de tecnologia, com o objetivo de se confirmar que o órgão ou ente obteve preço bom e tecnologia adequada, com determinação também para que se indicassem alternativas para casos eventuais nos quais boas aquisições não tivessem sido obtidas⁴⁷³. Do ponto de vista mais preventivo, a *ordem* aqui estudada determinou que identificassem consistências nas normas e nas políticas de compras, que eventualmente impusessem ônus desnecessários sobre o setor privado, bem como sobre servidores públicos federais, o que seria seguido por indicação de iniciativas para o setor de Gerenciamento e Orçamento, inclusive legislativas, com o objetivo da resolução dos problemas encontrados⁴⁷⁴.

Em 1995 o Presidente Bill Clinton baixou *ordem executiva* com o objetivo de garantir uma administração econômica e eficiente na execução de contratos assinados pelo Governo federal⁴⁷⁵. Esse texto normativo é precedido de *considerando* pelo qual se afirma que uma performance governamental econômica e produtiva é ligada a uma relação de existência cooperativa entre patrões e empregados. Reconhece-se que na medida em que empresas que prestam serviços para o governo litigam incessantemente com seus empregados, afeta-se diretamente a economia, a eficiência e o custo operacional do próprio governo⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ “ (e) Ensure that simplified acquisition procedures are used, to the maximum extent practicable, for procurements under the simplified acquisition threshold in order to reduce administrative burdens and more effectively support the accomplishment of agency missions;”

⁴⁷² “ (h) Establish career education programs for procurement professionals, including requirements for successful completion of educational requirements or mandatory training for entry level positions and for promotion to higher level positions, in order to ensure a highly qualified procurement work force;”

⁴⁷³ “ (j) Review existing and planned information technology acquisitions and contracts to ensure that the agency receives the best value with regard to price and technology, and consider alternatives in cases where best value is not being obtained.”

⁴⁷⁴ “ (d) Identifying major inconsistencies in law and policies relating to procurement that impose unnecessary burdens on the private sector and Federal procurement officials, and, following coordination with executive agencies, submitting necessary legislative initiatives to the Office of Management and Budget for the resolution of such inconsistencies.”

⁴⁷⁵ Ordem Executiva nº 12594, de 8 de março de 1995.

⁴⁷⁶ “Efficient economic performance and productivity are directly related to the existence of cooperative working relationships between employers and employees. When Federal contractors become involved in prolonged labor

E ainda de acordo com os termos da parte inicial dessa *ordem executiva* o Presidente afirma que o Governo deve assistir as empresas com as quais contrata no sentido de que essas mantenham relações laborais mais estáveis com seus empregados. É assim que o Governo percebia que poderia operar com mais qualidade, na medida em que receberia os produtos contratados com maior velocidade e qualidade⁴⁷⁷.

O pragmatismo da Administração federal norte-americana fica demonstrado na sequência das considerações que antecedem a parte dispositiva da *ordem executiva*. Registou-se que, na hipótese de greve, deveria haver um balanço entre a possibilidade de se autorizar a empresa contratada em permanecer funcionando, que devem ser cotejados com os direitos dos trabalhadores dessas empresas contratadas.

Quebra-se esse equilíbrio quando a empresa que presta serviços para o Governo contrata de modo permanente trabalhadores que substituirão aqueles que estão em greve. Reconheceu-se que é menor a duração de greves nas quais trabalhadores são contratados para substituir os grevistas. Além do que, a substituição de trabalhadores grevistas, continua a *ordem*, pode ampliar os pontos que originalmente levaram uma determinada categoria à declaração de greve⁴⁷⁸.

Percebe-se intensa sensibilidade política e econômica nessa *ordem executiva*, na medida em que se declara que a recorrente substituição de trabalhadores grevistas contribui para a perda de conhecimento, experiência, habilidades e *expertise* dos empregados que foram substituídos porque estavam em greve. Com isso, afeta-se negativamente aos negócios, bem como as entidades em geral, a exemplo do Governo Federal, que depende dessa empresa contratada para oferecer produtos e serviços confiáveis⁴⁷⁹.

disputes with their employees, the Federal Government's economy, efficiency, and cost of operations are adversely affected."

⁴⁷⁷ "In order to operate as effectively as possible, by receiving timely goods and quality services, the Federal Government must assist the entities with which it has contractual relation to develop stable relationships with their employees."

⁴⁷⁸ "An important aspect of a stable collective bargaining relationship is the balance between allowing businesses to operate during a strike and preserving worker rights. This balance is disrupted when permanent replacement employees are hired. It has been found that strikes involving permanent replacement workers are longer in duration than other strikes. In addition, the use of permanent replacements can change a limited dispute into a broader, more contentious struggle, thereby exacerbating the problems that initially led to the strike."

⁴⁷⁹ "By permanently replacing its workers, an employer loses the accumulated knowledge, experience, skill, and expertise of its incumbent employees. These circumstances then adversely affect the businesses and entities, such as the Federal Government, which rely on that employer to provide high quality and reliable goods or services."

Com base nesse conjunto de considerações é que essa *ordem executiva* prescreveu algumas ações. Outorgou-se discricionariedade para que a Administração pudesse selecionar as empresas que contrata, vedando-se a contratação de empresas que frequentemente substituem trabalhadores que legalmente exerceram o direito de greve. Definiu-se essa diretiva como uma política a ser seguida pelo Poder Executivo⁴⁸⁰.

Dispôs-se que o Ministro do Trabalho (*Secretary of Labor*) poderia investigar a empresa contratada, de modo a se assegurar se esta mantinha a prática de substituir trabalhadores grevistas. Ao Secretário caberia fixar o procedimento; deve também investigar na hipótese de reclamação de empregado substituído ao longo de uma greve⁴⁸¹. Convencido de que a empresa contratada de fato substituiu empregados grevistas pode propor que se extinga o contrato, por conveniência administrativa. Deve, então, informar o responsável pelo órgão ou entidade sobre a decisão que tomou⁴⁸².

O responsável pelo órgão ou entidade não é obrigado a extinguir o contrato. Se assim decidir, deve justificar e fundamentar a decisão, encaminhando-a ao Ministro do Trabalho; deverá também comunicar os contratos que rescindiu, com base na determinação do Ministro, e no contexto dos problemas alcançados por essa *ordem executiva*⁴⁸³.

No entanto, a determinação do Ministro, no sentido de que a Administração não contrate com empresa que substitua trabalhadores grevistas, é medida suficiente para tornar essa empresa

⁴⁸⁰ **"Section 1.** It is the policy of the executive branch in procuring goods and services that, to ensure the economical and efficient administration and completion of Federal Government contracts, contracting agencies shall not contract with employers that permanently replace lawfully striking employees. All discretion under this Executive order shall be exercised consistent with this policy."

⁴⁸¹ **"Sec. 2.** (a) The Secretary of Labor ("Secretary") may investigate an organizational unit of a Federal contractor to determine whether the unit has permanently replaced lawfully striking workers. Such investigation shall be conducted in accordance with procedures established by the Secretary. (b) The Secretary shall receive and may investigate complaints by employees of any entity covered under section 2(a) of this order where such complaints allege lawfully striking employees have been permanently replaced. (c) The Secretary may hold such hearings, public or private, as he or she deems advisable, to determine whether an entity covered under section 2(a) has permanently replaced lawfully striking employees."

⁴⁸² **"Sec. 3.** (a) When the Secretary determines that a contractor has permanently replaced lawfully striking employees, the Secretary may make a finding that it is appropriate to terminate the contract for convenience. The Secretary shall transmit that finding to the head of any department or agency that contracts with the contractor."

⁴⁸³ " (b) The head of the contracting department or agency may object to the termination for convenience of a contract or contracts of a contractor determined to have permanently replaced legally striking employees. If the head of the agency so objects, he or she shall set forth the reasons for not terminating the contract or contracts in a response in writing to the Secretary. In such case, the termination for convenience shall not be issued. The head of the contracting agency or department shall report to the Secretary those contracts that have been terminated for convenience under this section."

inelegível para futuros contratos com o Governo. Assim, notifica o centro das unidades contratantes, isto é, o responsável pelo setor de Administração e Serviços Gerais. Depois da notificação não pode a Administração solicitar serviços dessas empresas, não podendo com elas contratar ou subcontratar, a menos que, em algum caso específico, haja uma razão justificativa para a manutenção do contrato, de acordo com o regulamento aplicável⁴⁸⁴.

O período de inabilitação da empresa não pode ultrapassar o tempo de resolução do problema da contratação de empregados ao longo da greve, período que será fixado pelo Secretário⁴⁸⁵. Este publicará no Diário Oficial (*Federal Register*) os nomes das empresas e foram inabilitadas pelas razões dessa *ordem executiva*⁴⁸⁶. Há um apelo para colaboração de todos órgãos e entes, no sentido de quem apoiem o Secretário do Trabalho com informações e assistência⁴⁸⁷.

A fixação de princípios orientadores de investimentos federais em infraestrutura é matéria de *ordem executiva* do Presidente Bill Clinton⁴⁸⁸, que impacta a eficiência administrativa. É questão afeta a investimentos federais, com implicações em vários campos da vida norte-americana. Observou-se na justificativa dessa *ordem executiva* que o bom funcionamento da infraestrutura é vital para o crescimento econômico sustentável, para a qualidade de vida das pessoas, bem como para a proteção dos recursos naturais. E porque há uma dependência muito grande em relação aos gastos governamentais em infraestrutura é que o Governo deve gastar com

⁴⁸⁴ “**Sec. 4.** (a) When the Secretary determines that a contractor has permanently replaced lawfully striking employees, the Secretary may debar the contractor, thereby making the contractor ineligible to receive government contracts. The Secretary shall notify the Administrator of the General Services Administration of the debarment, and the Administrator shall include the contractor on the consolidated list of debarred contractors. Departments and agencies shall not solicit offers from, award contracts to, or consent to subcontracts with these contractors unless the head of the agency or his or her designee determines, in writing, that there is a compelling reason for such action, in accordance with the Federal Acquisition Regulation.”

⁴⁸⁵ “(c) The period of the debarment may not extend beyond the date when the labor dispute precipitating the permanent replacement of lawfully striking workers has been resolved, as determined by the Secretary.”

⁴⁸⁶ “**Sec. 5.** The Secretary shall publish or cause to be published, in the **Federal Register**, the names of contractors that have, in the judgment of the Secretary, permanently replaced lawfully striking employees and have been the subject of debarment.”

⁴⁸⁷ “**Sec. 7.** Each contracting department and agency shall cooperate with the Secretary and provide such information and assistance as the Secretary may require in the performance of the Secretary’s functions under this order.”

⁴⁸⁸ Ordem Executiva nº 12893, de 26 de janeiro de 1994.

sabedoria⁴⁸⁹. Essa *ordem*, efetivamente, era dirigida apenas a gastos federais, incluindo despesas com transporte, recursos hídricos energia e proteção ambiental⁴⁹⁰.

Alguns princípios básicos informam essa *ordem executiva*. Deve o agente público, em primeiro lugar, proceder a uma sistemática análise de custo e benefício que se espera, com medidas quantitativas e qualitativas (*systematic analysis of expected benefits and costs*). Valores devem ser quantificados, expressos em moeda, com identificação de benefícios de mercado, e fora do mercado.

Deve-se inclusive levar em conta custos não monetários com os quais o cidadão deve aquiescer. Na incerteza, prossegue a *ordem*, deve-se reconhecer esse estado, tomando-se medidas de enfrentamento. Essas análises devem comparar várias opções, que incluam demandas gerenciais, manutenção e conservação de instalações, bem como a expansão dessas últimas⁴⁹¹.

Essa *ordem executiva* também dispõe sobre gerenciamento eficiente (*efficient management*) em tema de infraestrutura. O modelo pressupõe não apenas as características físicas das instalações; alcança também práticas operacionais. Com o objetivo de se melhorar essas práticas os órgãos e entes da administração devem rever periodicamente as instalações existentes.

Devem rever e considerar uma variedade de práticas gerenciais que melhorem o retorno com investimentos em infraestrutura. Devem premiar a qualidade e a inovação, fixando modelos que incorporem novas tecnologias e técnicas de construção⁴⁹².

⁴⁸⁹ “A well-functioning infrastructure is vital to sustained economic growth, to the quality of life in our communities, and to the protection of our environment and natural resources. To develop and maintain its infrastructure facilities, our Nation relies heavily on investments by the Federal Government. Our Nation will achieve the greatest benefits from its infrastructure facilities if it invests wisely and continually improves the quality and performance of its infrastructure programs.”

⁴⁹⁰ “**Section 1. Scope.** The principles and plans referred to in this order shall apply to Federal spending for infrastructure programs. For the purposes of this order, Federal spending for infrastructure programs shall include direct spending and grants for transportation, water resources, energy, and environmental protection.”

⁴⁹¹ “(a) **Systematic Analysis of Expected Benefits and Costs.** Infrastructure investments shall be based on systematic analysis of expected benefits and costs, including both quantitative and qualitative measures, in accordance with the following: (1) Benefits and costs should be quantified and monetized to the maximum extent practicable. All types of benefits and costs, both market and nonmarket, should be considered. To the extent that environmental and other nonmarket benefits and costs can be quantified, they shall be given the same weight as quantifiable market benefits and costs. (2) Benefits and costs should be measured and appropriately discounted over the full life cycle of each project. Such analysis will enable informed tradeoffs among capital outlays, operating and maintenance costs, and nonmonetary costs borne by the public. (3) When the amount and timing of important benefits and costs are uncertain, analyses shall recognize the uncertainty and address it through appropriate quantitative and qualitative assessments. (4) Analyses shall compare a comprehensive set of options that include, among other things, managing demand, repairing facilities, and expanding facilities. (5) Analyses should consider not only quantifiable measures of benefits and costs, but also qualitative measures reflecting values that are not readily quantified. “

⁴⁹² “(b) **Efficient Management.** Infrastructure shall be managed efficiently in accordance with the following:

Incentiva-se a participação da iniciativa privada (*private sector participation*), no sentido de que órgão e entes devem buscar essa participação, tanto no investimento, quanto no gerenciamento. Reconhece-se que práticas inovadoras do setor privado possam ampliar essa participação na infraestrutura do país, em todos os aspectos, que variam da propriedade das instalações a operações, financiamento e construção. Indica-se uma relação com o interesse público, no sentido de que órgãos e entes devam trabalhar conjuntamente com as autoridades locais, com o objetivo de se diminuïrem as barreiras regulatórias que limitam a participação da iniciativa privada no setor de infraestrutura⁴⁹³.

Essa *ordem executiva* também fomenta a participação de autoridades locais (*encouragement of more effective state and local programs*), com o objetivo de se promover o uso eficiente de recursos federais em matéria de infraestrutura. No núcleo dessa diretiva a defesa de um sistema eficiente de troca de informações, especialmente quanto à utilização, por parte do Governo federal, de informações de autoridades locais, com as quais determinará as linhas gerais de ação⁴⁹⁴.

Também nesse contexto de busca de eficiência administrativa por intermédio do uso de *ordens executivas*, cogitou-se de iniciativa com o objetivo de se melhorar as operações governamentais em contínuo processo que beneficiaria a atuação entre órgãos e entes da administração⁴⁹⁵. Criou-se um conselho que atuaria na coordenação das relações entre os vários órgãos e entes, em matéria de gerenciamento administrativo (*Interagency Council on Administrative Management*).

(1) *The efficient use of infrastructure depends not only on physical design features, but also on operational practices. To improve these practices, agencies should conduct periodic reviews of the operation and maintenance of existing facilities. (2) Agencies should use these reviews to consider a variety of management practices that can improve the return from infrastructure investments. Examples include contracting practices that reward quality and innovation, and design standards that incorporate new technologies and construction techniques.*"

⁴⁹³ "(c) *Private Sector Participation. Agencies shall seek private sector participation in infrastructure investment and management. Innovative public-private initiatives can bring about greater private sector participation in the ownership, financing, construction, and operation of the infrastructure programs referred to in section 1 of this order. Consistent with the public interest, agencies should work with State and local entities to minimize legal and regulatory barriers to private sector participation in the provision of infrastructure facilities and services.*"

⁴⁹⁴ "(d) *Encouragement of More Effective State and Local Programs. To promote the efficient use of Federal infrastructure funds, agencies should encourage the State and local recipients of Federal grants to implement planning and information management systems that support the principles set forth in section 2(a) through (c) of this order. In turn, the Federal Government should use the information from the State and local recipients' management systems to conduct the system-level reviews of the Federal Government's infrastructure programs that are required by this order.*"

⁴⁹⁵ Ordem Executiva nº 13048, de 10 de junho de 1997.

O modelo envolvia os vários ministérios (Departamento de Estado, Tesouro, Defesa, Justiça, Interior, Agricultura, Comércio, Trabalho, Saúde e Serviços Humanos, Moradia e Desenvolvimento Urbano, Transporte, Energia, Educação, Questões de Veteranos de Guerra), bem como agências e unidades que nos Estados Unidos são menores (Meio Ambiente, Inteligência, Pequenos Negócios, Exército, Força Aérea, NASA, Desenvolvimento Internacional, Serviços Gerais da Administração, Ciência, Gerenciamento de Pessoal)⁴⁹⁶.

Esse conselho teria como missão planejar, promover e recomendar melhorias na administração. Assim, estaria incumbido de explorar oportunidades para o uso mais efetivo dos recursos governamentais, bem como de identificar boas práticas, incluindo a qualidade no gerenciamento, propiciando sua disseminação por todo o governo⁴⁹⁷.

A busca da eficiência na administração também suscitou *ordem executiva* que objetivava ampliar o uso da tecnologia no treinamento de servidores federais⁴⁹⁸. O ponto de partida é o reconhecimento de que avanços em tecnologia e a necessidade de habilidades transformam intensamente os locais de trabalho.

Entendeu-se que se deveria assegurar treinamento para servidores públicos federais, buscando-se tirar vantagens dos avanços tecnológicos, no sentido de se alcançar as habilidades exigidas nos locais de trabalho. Compreendeu-se que a coordenação de esforços federais seria necessária para propiciar oportunidades flexíveis de treinamento, bem como se deveria explorar o

⁴⁹⁶ “**Section 1. Interagency Council on Administrative Management.**(a) *Purpose and Membership. An Interagency Council on Administrative Management (“Council”) is established as an interagency coordination mechanism. The Council shall be composed of the Deputy Director for Management of the Office of Management and Budget, who shall serve as Chair, and one senior administrative management official from each of the following agencies: 1. Department of State; 2. Department of the Treasury; 3. Department of Defense; 4. Department of Justice; 5. Department of the Interior; 6. Department of Agriculture; 7. Department of Commerce; 8. Department of Labor; 9. Department of Health and Human Services; 10. Department of Housing and Urban Development; 11. Department of Transportation; 12. Department of Energy; 13. Department of Education; 14. Department of Veterans Affairs; 15. Environmental Protection Agency; 16. Federal Emergency Management Agency; 17. Central Intelligence Agency; 18. Small Business Administration; 19. Department of the Army; 20. Department of the Navy; 21. Department of the Air Force; 22. National Aeronautics and Space Administration; 23. Agency for International Development; 24. General Services Administration; 25. National Science Foundation; and 26. Office of Personnel Management.*”

⁴⁹⁷ “(b) *The Council shall plan, promote, and recommend improvements in Government administration and operations and provide advice to the Chair on matters pertaining to the administrative management of the Federal Government. The Council shall: (1) explore opportunities for more effective use of Government resources; (...) and (3) identify successful administrative management practices, including quality management practices, and assist in their Government wide dissemination and implementation.*”

⁴⁹⁸ Ordem Executiva nº 13111, de 12 de janeiro de 1999.

modo como esses programas de treinamento, iniciativas e políticas poderiam melhor apoiar a aprendizagem a longo prazo por intermédio do uso da tecnologia de ensino⁴⁹⁹.

Com esse objetivo essa *ordem executiva* criou uma *força-tarefa* (*task force*) em treinamento tecnológico, determinando que órgãos e entes tomassem algumas atitudes com o objetivo de melhorar oportunidades de treinamento. Um conselho iria explorar opções para financiamento e treinamento educacional necessário para ampliar as habilidades, bem como o conhecimento dos servidores envolvidos⁵⁰⁰.

Órgãos e entes indicariam representantes para a composição dessa força tarefa em 30 dias contados da *ordem*. Quanto às obrigações dessa *força-tarefa*, dispôs-se que em 18 meses deveria se preparar recomendação ao Presidente, por intermédio de alguns de seus assistentes, uma política que tornasse efetivo o uso da tecnologia para uma melhora de oportunidades no treinamento de servidores federais.

Essa política deveria se prestar para promover e integrar o efetivo uso de tecnologias, de modo a se criar formas não muito caras e convenientes de treinamento. À essa *força-tarefa* se determinou que buscasse as opiniões de especialistas na indústria, na academia, nos governos estaduais e locais⁵⁰¹.

Para isso, à essa *força-tarefa* foi determinado, entre outros, o desenvolvimento de estratégias para melhorar a eficiência e disponibilidade de oportunidades de treinamento para empregados do Governo federal; a formação de parcerias com as principais agências

⁴⁹⁹ “Advances in technology and increased skills needs are changing the workplace at an ever increasing rate. These advances can make Federal employees more productive and provide improved service to our customers, the American taxpayers. We need to ensure that we continue to train Federal employees to take full advantage of these technological advances and to acquire the skills and learning needed to succeed in a changing workplace. A coordinated Federal effort is needed to provide flexible training opportunities to employees and to explore how Federal training programs, initiatives, and policies can better support lifelong learning through the use of learning technology.”

⁵⁰⁰ “To help us meet these goals, I am creating a task force on Federal training technology, directing Federal agencies to take certain steps to enhance employees’ training opportunities through the use of training technology, and an advisory committee on the use of training technology, which also will explore options for financing the training and post-secondary education needed to upgrade skills and gain new knowledge.”

⁵⁰¹ “**Sec. 2. Duties of the Task Force.** (a) Within 18 months of the date of this order, the Task Force shall develop and recommend to the President, through the Assistant to the President for Economic Policy and the Assistant to the President for Science and Technology, a policy to make effective use of technology to improve training opportunities for Federal Government employees. The policy should promote and integrate the effective use of training technologies to create affordable and convenient training opportunities to improve Federal employee performance. The Task Force shall seek the views of experts from industry, academia, and State and local governments as the Task Force proceeds, as appropriate.”

governamentais, federais, estaduais e locais, bem como com empresas, universidades ou qualquer outras entidades, de forma a se promover oportunidades de treinamento de alta qualidade; a análise do uso da tecnologia nos programas de treinamento então existentes, para que se determinasse mudanças e inovações que seriam necessárias para a melhora nas oportunidades de treinamento⁵⁰².

Por outro lado, uma série de obrigações foram impostas a órgãos e entes da administração, com o objetivo que se alcançasse grande nível de colaboração com essa *força-tarefa* e com os propósitos dessa *ordem executiva*. Assim, assinalou-se dever de incluir na proposta orçamentária um conjunto de objetivo para se alcançar a mais alta qualidade e a maior eficiência nas ofertas de treinamento.

Essas medidas, prossegue a *ordem*, quando apropriadas, deveriam focar mais nos resultados do que na alocação de tempo⁵⁰³. Há disposição interessante, no sentido de órgãos e entes poderiam, dentro de limites legais, utilizar os valores economizados com reinvestimento em treinamento para servidores públicos⁵⁰⁴.

O comprometimento com a melhora do desempenho governamental é verificada no contexto de *ordem executiva* baixada pelo Presidente George W. Bush, em 2007⁵⁰⁵. Fixou-se como política a ser seguida pela Administração o gasto eficiente do dinheiro do contribuinte. O Governo estaria comprometido em aplicar recursos de modo eficiente, de modo a maximizar a efetividade de programas governamentais a serviço do povo norte-americano⁵⁰⁶.

Entre outros, determinou-se que é obrigação de responsável por órgão ou ente garantir que o sítio eletrônico disponível à população inclua informação regularmente atualizada e acurada, no

⁵⁰² “Specifically, the Task Force shall: (1) develop strategies to improve the efficiency and availability of training opportunities for Federal Government employees; (2) form partnerships among key Federal agencies, State and local governments, businesses, universities, and other appropriate entities to promote the development and use of high-quality training opportunities; (3) analyze the use of technology in existing training programs and policies of the Task Force member agencies to determine what changes, modifications, and innovations may be necessary to advance training opportunities (...)”

⁵⁰³ “Sec. 3. Duties of All Federal Agencies. (a) Each Federal agency shall, to the extent permitted by law: (1) include as part of its annual budget process a set of goals to provide the highest quality and most efficient training opportunities possible to its employees, and a set of performance measures of the quality and availability of training opportunities possible to its employees. Such measures should be, where appropriate, based on outcomes related to performance rather than time allocation; “

⁵⁰⁴ “(b) Each Federal agency, to the extent permitted by law, is encouraged to consider how savings achieved through the efficient use of training technology can be reinvested in improved training for their employees.”

⁵⁰⁵ Ordem Executiva nº 13450, de 13 de novembro de 2007.

⁵⁰⁶ “Section 1. Policy. It is the policy of the Federal Government to spend taxpayer dollars effectively, and more effectively each year. Agencies shall apply taxpayer resources efficiently in a manner that maximizes the effectiveness of Government programs in serving the American people.”

que se refere ao desempenho do órgão e ente, bem como dos programas que desenvolve. As informações devem ser acessíveis, indicando progressos, falhas e desafios dos vários programas governamentais, descrevendo-se os esforços do órgão ou ente para melhoria de desempenho⁵⁰⁷.

Há também *ordem executiva* datada de 2008, isto é, do segundo mandato do Presidente George W. Bush, com o objetivo de proteger o contribuinte norte-americano de gastos governamentais com débitos previamente determinados pelo Congresso (*earmarked*), mas que se revelam como ineficientes (*protecting American taxpayers from government spending on wasteful remarks*)⁵⁰⁸.

Apresenta-se como política governamental o gasto judicioso dos recursos do contribuinte. Ainda que se tenha indicação legislativa para determinado gasto, essa *ordem executiva* dispõe que os agentes públicos devem efetivamente checar a ordem para o gasto. Isto é, deve-se atender a específica determinação legal, e não a mera recomendação ou orientação do Congresso⁵⁰⁹.

Logo nos primeiros dias de seu mandato o Presidente Barack Obama baixou *ordem executiva* que revela grande comprometimento com a economia nos contratos do Governo⁵¹⁰. O documento inicia-se com a afirmação de que com o objetivo de se promover a economia e a eficiência das contratações governamentais não seriam permitidos gastos que não fossem diretamente relacionados com a entrega de bens e serviços para o Governo.

Tal medida, lê-se na *ordem*, reduziria os gastos governamentais. E ainda, dispôs-se que a *ordem* guardava coerência com a política governamental de imparcialidade em relação a problemas laborais das empresas que prestam serviços para o Governo. A *ordem* não restringiria o modo como recebedores de fundos governamentais aplicassem esses recursos⁵¹¹. Mais

⁵⁰⁷ “ (c) ensure that agency Internet websites available to the public include regularly updated and accurate information on the performance of the agency and its programs, in a readily useable and searchable form, that sets forth the successes, shortfalls, and challenges of each program and describes the agency’s efforts to improve the performance of the program.”

⁵⁰⁸ Ordem Executiva nº 13547, de 29 de janeiro de 2008.

⁵⁰⁹ “ **Sec. 2. Duties of Agency Heads.** (a) With respect to all appropriations laws and other legislation enacted after the date of this order, the head of each agency shall take all necessary steps to ensure that: (i) agency decisions to commit, obligate, or expend funds for any earmark are based on the text of laws, and in particular, are not based on language in any report of a committee of Congress, joint explanatory statement of a committee of conference of the Congress, statement of managers concerning a bill in the Congress, or any other non-statutory statement or indication of views of the Congress, or a House, committee, Member, officer, or staff thereof;”

⁵¹⁰ Ordem Executiva nº 13494, de 30 de janeiro de 2009.

⁵¹¹ “ **Section 1.** To promote economy and efficiency in Government contracting, certain costs that are not directly related to the contractors’ provision of goods and services to the Government shall be unallowable for payment, thereby directly reducing Government expenditures. This order is also consistent with the policy of the United States

especificamente, a *ordem* tinha por objetivo não permitir que os custos de disputas laborais de empresas contratadas com seus empregados fossem, de algum modo, transferidos para os preços que o Governo pagaria por bens e serviços.

Barack Obama também baixou *ordem* relativa à busca de eficiência nas construções federais, mediante previsão de controle e de monitoramento de acordos trabalhistas⁵¹². Na parte introdutória lê-se a justificativa para a medida tomada. Lembrou-se que projetos de construção de larga escala suscitam desafios para a Administração, no que se refere à eficiência e ao tempo da entrega do contratado.

Afirmou-se que empresas de construção não contam com força de trabalho permanente, o que torna difícil uma previsão dos custos laborais, quando da assinatura dos contratos. Não se consegue garantir uma força de trabalho permanente que atuará nos contratos que empresas assinam com a Administração⁵¹³.

Observou-se também que esses desafios também se dão porque construções envolvem tipicamente um volume grande de trabalhadores em local único de trabalho. E assim, uma discussão atinja um empregado pode resultar na paralisação de toda a obra. Observou-se que a falta de coordenação entre vários empregadores e a incerteza sobre termos e condições de emprego entre os vários grupos de trabalhadores gera disputas, na inexistência de um mecanismo de resolução de conflitos previamente acordado.

Prescreve a *ordem* que esses problemas ameaçam a eficiência e o tempo gasto na conclusão de projetos de construção que o Governo federal contrata. Em projetos de duração mais longa esse problema, no entender da *ordem*, parece ser mais intenso⁵¹⁴.

to remain impartial concerning any labor-management dispute involving Government contractors. This order does not restrict the manner in which recipients of Federal funds may expend those funds."

⁵¹² Ordem Executiva nº 13502, de 6 de fevereiro de 2009.

⁵¹³ **"Section 1. Policy.** (a) Large-scale construction projects pose special challenges to efficient and timely procurement by the Federal Government. Construction employers typically do not have a permanent workforce, which makes it difficult for them to predict labor costs when bidding on contracts and to ensure a steady supply of labor on contracts being performed."

⁵¹⁴ "Challenges also arise due to the fact that construction projects typically involve multiple employers at a single location. A labor dispute involving one employer can delay the entire project. A lack of coordination among various employers, or uncertainty about the terms and conditions of employment of various groups of workers, can create frictions and disputes in the absence of an agreed-upon resolution mechanism. These problems threaten the efficient and timely completion of construction projects undertaken by Federal contractors. On larger projects, which are generally more complex and of longer duration, these problems tend to be more pronounced."

De um ponto de vista mais específico essa *ordem executiva* determina que os contratos contenham garantias contra greves, *lock-outs*, bem como quaisquer outras formas de interrupção de contratos de trabalho. Devem ainda conter a previsão de procedimentos de resolução de disputas trabalhistas que sejam efetivos, rápidos e mutualmente vinculantes.

Esses acordos devem conter também mecanismos alternativos para mecanismos de cooperação de gerenciamento de trabalho em matérias de interesse mútuo, incluindo-se produtividade, qualidade de trabalho, segurança e proteção à saúde. Devem ainda estar de acordo com as leis e regulamentos, bem como com outras *ordens executivas*⁵¹⁵.

Preocupação com o gasto público, e com a consequente eficiência administrativa, foi também objeto de *ordem executiva* de 2009, cujo mote era a redução de pagamentos impróprios (*reducing improper payments*), na tradução literal da epígrafe da *ordem*. Esse texto normativo é dividido em seis seções.

Apresenta-se o propósito (*purpose*) da norma, trata-se em seguida da transparência e da participação pública (*transparency and public participation*), da *accountability* dos órgãos e entes, da melhoria da observação e controle de empresas que trabalham com intervenientes estaduais e locais (*enhanced focus on contractors and working with state and local stakeholders*), dos objetivos dessa política pública (*policy proposals*), encerrando-se com disposições gerais (*general proposals*).

Determinou-se que o diretor do órgão orçamentário, após consultar demais órgãos e entes do Governo, deveria fixar recomendações, a exemplo de propostas legislativas com objetivo de reduzir pagamentos decorrentes de erro, desperdício, fraude e abuso⁵¹⁶. A seção introdutória, indicativa dos propósitos da medida, esclarece a dimensão das preocupações e dos objetivos dessa *ordem executiva*. Afirmou-se que é obrigação do Governo esforçar-se para confirmar que todos os pagamentos que efetua sejam exatos, quanto aos valores, razões e tempo.

⁵¹⁵ "(b) allow all contractors and subcontractors to compete for contracts and subcontracts without regard to whether they are otherwise parties to collective bargaining agreements; (c) contain guarantees against strikes, lockouts, and similar job disruptions; (d) set forth effective, prompt, and mutually binding procedures for resolving labor disputes arising during the project labor agreement; (e) provide other mechanisms for labor-management cooperation on matters of mutual interest and concern, including productivity, quality of work, safety, and health; and (f) fully conform to all statutes, regulations, and Executive Orders."

⁵¹⁶ "Sec. 5. Policy Proposals. The Director of OMB, in consultation with the appropriate agencies and the CIGIE, shall develop policy recommendations, including potential legislative proposals, designed to reduce improper payments, including those caused by error, waste, fraud, and abuse, across Federal programs without compromising program access, to be included, as appropriate, in the Budget of the United States Government for Fiscal Year 2011 and future years, or other Administration proposals."

Isto é, deve-se pagar a quantia correta, por um motivo certo e no momento também efetivamente correto, sem atrasos ou adiantamentos. Objetivava-se a redução de pagamentos inadequados, mediante esforço concentrado com vistas ao enfrentamento do erro, do desperdício, da fraude ou de qualquer outra forma de mal uso do dinheiro público. Reconhecendo-se que medidas isoladas não alcançariam esse propósito, o Presidente Obama então adotava conjunto de ações que incluíam a busca da transparência e o escrutínio público dos gastos governamentais.

Focava-se na identificação e na eliminação de pagamentos inadequados, na exigência de prestação de contas por parte de servidores públicos ordenadores de despesa, bem como na coordenação de ações entre o Governo central e as administrações estaduais e locais. Buscava-se também a proteção ao acesso a fundos federais, por parte de seus legítimos beneficiários⁵¹⁷.

Contados 180 dias após a vigência dessa *ordem executiva* deveriam o Ministro da Fazenda (*Secretary of Treasury*), o Advogado-Geral (*General Attorney*) e o diretor do setor de orçamento (*Director of the Office of Management and Budget*) divulgar via *internet* os nomes dos agentes públicos responsáveis para prestar informações sobre despesas públicas efetuadas; a lista de quantias indevidamente pagas e, onde possível, os motivos pelos quais tais pagamentos foram efetuados; os pagamentos indevidos que foram restituídos; as metas para redução de pagamentos indevidos, bem como para a obtenção da restituição de pagamentos indevidos já realizados; a lista de entidades que receberam a maior parte de pagamentos indevidos⁵¹⁸.

⁵¹⁷ **“Section 1. Purpose.** When the Federal Government makes payments to individuals and businesses as program beneficiaries, grantees, or contractors, or on behalf of program beneficiaries, it must make every effort to confirm that the right recipient is receiving the right payment for the right reason at the right time. The purpose of this order is to reduce improper payments by intensifying efforts to eliminate payment error, waste, fraud, and abuse in the major programs administered by the Federal Government, while continuing to ensure that Federal programs serve and provide access to their intended beneficiaries. No single step will fully achieve these goals. Therefore, this order adopts a comprehensive set of policies, including transparency and public scrutiny of significant payment errors throughout the Federal Government; a focus on identifying and eliminating the highest improper payments; accountability for reducing improper payments among executive branch agencies and officials; and coordinated Federal, State, and local government action in identifying and eliminating improper payments. Because this order targets error, waste, fraud, and abuse—not legitimate use of Government services—efforts to reduce improper payments under this order must protect access to Federal programs by their intended beneficiaries.”

⁵¹⁸ **“(b)** Within 180 days of the date of this order, the Secretary of the Treasury in coordination with the Attorney General and the Director of OMB, shall publish on the Internet information about improper payments under high priority programs. The information shall include, subject to Federal privacy policies and to the extent permitted by law: (i) the names of the accountable officials designated under section 3 of this order; (ii) current and historical rates and amounts of improper payments, including, where known and appropriate, causes of the improper payments; (iii) current and historical rates and amounts of recovery of improper payments, where appropriate (or, where improper payments are identified solely on the basis of a sample, recovery rates and amounts estimated on the basis of the applicable sample); (iv) targets for reducing as well as recovering improper payments, where appropriate; and (v) the entities that have received the greatest amount of outstanding improper payments (or, where improper

O Governo norte-americano entende que a busca de um bom relacionamento com os servidores (e respectivos sindicatos) é providência que tem como resultado uma maior qualidade de serviços que são prestados à população. Além das várias instâncias que há para a composição e solução de problemas trabalhistas que envolvam a Administração e seus empregados, fixou-se um fórum para a discussão desse tipo de problema por meio de *ordem executiva* baixada pelo Presidente Barack Obama⁵¹⁹.

Essa *ordem* foi baixada com o propósito de estabelecer gerenciamento de relações trabalhistas, junto ao Poder Executivo, estabelecendo-se um modelo de colaboração. Para o Presidente Obama, os servidores federais e respectivos sindicatos (*unions*) representam fonte essencial de ideias e informações a respeito da realidade das prestação de serviços públicos nos Estados Unidos.

Um fórum de colaboração (e não de disputa) que reunisse diretores, empregados e representantes sindicais para a discussão das operações governamentais promoveria uma satisfatória relação laboral e representaria um esforço para melhorar a produtividade e a efetividade do Governo federal. Um fórum para o gerenciamento das relações de trabalho, continua a *ordem*, como um complemento para os já existentes arranjos para a solução de conflitos, permitiria que diretores e servidores pudessem colaborar para a oferta de excelentes serviços públicos para o população norte-americana⁵²⁰.

De composição ampla, chefiado pelo diretor de Gerenciamento e Orçamento, com membros representativos do Governo de sindicatos, ao conselho então criado competia também aconselhar o Presidente em matéria que envolvesse o gerenciamento de trabalho no Poder

payments are identified solely on the basis of a sample, the entities that have received the greatest amount of outstanding improper payments in the applicable sample). “

⁵¹⁹ Ordem Executiva nº 13522, de 9 de dezembro de 2009.

⁵²⁰ “**Section 1.** Policy. Federal employees and their union representatives are an essential source of front-line ideas and information about the realities of delivering Government services to the American people. A non-adversarial forum for managers, employees, and employees’ union representatives to discuss Government operations will promote satisfactory labor relations and improve the productivity and effectiveness of the Federal Government. Labor management forums, as complements to the existing collective bargaining process, will allow managers and employees to collaborate in continuing to deliver the highest quality services to the American people.”

Executivo⁵²¹. A *ordem* também dispunha sobre a possibilidade de acordos trabalhistas, mediante a criação de vários projetos-piloto, com algumas limitações de ordem legal⁵²².

A administração de Barack Obama parece absolutamente comprometida com o tema da eficiência, da efetividade e da transparência governamental. Esse comprometimento revela-se com *ordem executiva* baixada em 2011, que precisamente trata desses valores⁵²³. O objetivo era cortar o desperdício e aumentar a eficácia das operações governamentais, potencializando-se ganhos que Barack Obama afirmava ter obtido em seu governo⁵²⁴.

A seção que identifica a política pública que a *ordem* persegue qualifica orientação governamental centrada na boa oferta de serviços públicos, a partir do corte de desperdícios. Segue esse excerto, em tradução direta e livre minha

“Minha administração está comprometida em garantir que o Governo federal sirva ao povo americano com a mais absoluta efetividade e eficiência. Nos últimos dois anos fizemos grandes progressos e economizamos o dinheiro do contribuinte mediante o corte do desperdício e o aumento da eficiência governamental, controlando o crescimento dos gastos nas contratações, dando fim a projetos de tecnologia e informação que eram precários, instalando ferramentas para detecção do estado da arte das fraudes, mantendo linha dura com o desperdício, focando os agentes públicos na obtenção de melhoras substanciais em áreas de alta prioridade, abrindo o Governo para o público, aumentando a transparência e acelerando a inovação. O povo americano pode confiar que seu Governo está fazendo tudo que está em seu poder para acabar com práticas que levam ao desperdício, obtendo um bom retorno com cada dólar que é gasto. Para fortalecer essa confiança e atingir um Governo eficiente, minha administração irá reforçar os ganhos obtidos com as reformas de desempenho e gerenciamento até agora atingidos; irá identificar sistematicamente reformas adicionais que sejam necessárias para eliminar programas que levam o desperdício, pela duplicidade de ações, bem como tornar públicas essas reformas, de modo que sirvam de modelo para todo o Governo federal”⁵²⁵.

⁵²¹ “(b) **Responsibilities and Functions.** The Council shall advise the President on matters involving labor-management relations in the executive branch.”

⁵²² “**Sec. 4.** Negotiation over Permissive Subjects of Bargaining. (a) In order to evaluate the impact of bargaining over permissive subjects, several pilot projects of specified duration shall be established in which some executive departments or agencies elect to bargain over some or all of the subjects set forth in 5 U.S.C. 7106 (...)”

⁵²³ Ordem Executiva nº 13576, de 13 de junho de 2011.

⁵²⁴ “By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, and in order to cut waste, streamline Government operations, and reinforce the performance and management reform gains my Administration has achieved, it is hereby ordered as follows (...)”

⁵²⁵ “**Section 1.** Policy. My Administration is committed to ensuring that the Federal Government serves the American people with the utmost effectiveness and efficiency. Over the last 2 years, we have made good progress and have saved taxpayer dollars by cutting waste and increasing the efficiency of Government operations by curbing uncontrolled growth in contract spending, terminating poorly performing information technology projects, deploying state of the art fraud detection tools to crack down on waste, focusing agency leaders on achieving ambitious improvements in high priority areas, and opening Government up to the public to increase accountability and accelerate innovation. The American people must be able to trust that their Government is doing everything in its

Algumas estratégias foram definidas com o objetivo de se obter uma economia de cerca de dois bilhões de dólares para o orçamento de 2012. Despesas administrativas, gastos com viagens e pagamentos de consultores são três fontes de possível desperdício que essa *ordem executiva* se propôs a enfrentar.

A busca da eficiência do gasto também foi objeto de uma *ordem executiva* baixada pelo Presidente Barack Obama em 2011⁵²⁶. Inicia-se essa *ordem* com uma declaração de propósitos, na qual se insiste no comprometimento com a qualidade do gasto público e com o bom trato para com os recursos dos contribuintes. É o que segue, também em tradução livre minha:

“Minha administração está comprometida em cortar o desperdício nas despesas Governo federal mediante a identificação de oportunidades para promover um gasto eficiente e efetivo. O Governo federal atua em funções complexas que dão base à proteção com as quais os norte-Americanos vem contando por décadas. E como servem aos contribuintes, órgão e entes também devem agir de um maneira fiscalmente responsável, o que inclui a diminuição de seus custos, de modo a se protagonizar funções e missões complexas, com eficiência e custo efetivo. Assim, desde que tomei posse, tenho perseguido uma agenda agressiva com o objetivo de diminuir os custos administrativos, e mais recentemente, quanto ao orçamento de 2012, Na construção desse esforço, eu determino os agentes públicos responsáveis por órgãos e entes para que efetivem passos mais agressivos para garantir que o Governo é um bom guardião do dinheiro do contribuinte”⁵²⁷.

As metas para diminuição de gastos foram fixadas, com especial preocupação com despesas de viagens de agentes públicos; há uma determinação para a utilização de videoconferências. O controle do uso de material de tecnologia e informática também foi objeto dessa *ordem*. A limitação do uso de impressoras é exigência acompanhada pelo incentivo para o uso de documentos eletrônicos. O gerenciamento do uso da frota de veículos, inclusive com a

power to stop wasteful practices and earn a high return on every tax dollar that is spent. To strengthen that trust and deliver a smarter and leaner Government, my Administration will reinforce the performance and management reform gains achieved thus far; systematically identify additional reforms necessary to eliminate wasteful, duplicative, or otherwise inefficient programs; and publicize these reforms so that they may serve as a model across the Federal Government.”

⁵²⁶ Ordem Executiva nº 13589, de 9 de novembro de 2011.

⁵²⁷ **“Section 1.** Policy. My Administration is committed to cutting waste in Federal Government spending and identifying opportunities to promote efficient and effective spending. The Federal Government performs critical functions that support the basic protections that Americans have counted on for decades. As they serve taxpayers, executive departments and agencies (agencies) also must act in a fiscally responsible manner, including by minimizing their costs, in order to perform these mission-critical functions in the most efficient, cost-effective way. As such, I have pursued an aggressive agenda for reducing administrative costs since taking office and, most recently, within my Fiscal Year 2012 Budget. Building on this effort, I direct agency heads to take even more aggressive steps to ensure the Government is a good steward of taxpayer money.”

limitação do uso de transporte governamental é orientação que também consta dessa *ordem executiva*.

Eficiência e efetividade também é assunto de *ordem executiva* baixada pelo Presidente Barack Obama em 2012⁵²⁸. Com relação à revisão de alguns projetos de infraestrutura, essa *ordem* tem por objetivo reforçar a margem de competitividade (*competitive edge*) dos Estados Unidos. Para tal, insiste Obama, os Estados Unidos deveriam contar com meios rápidos, confiáveis, resistentes às adversidades, ambientalmente seguros com os quais se possa movimentar pessoas, bens, energia e informação. Reporta-se à economia global, na qual os norte-americanos competem por investimentos que dependem da qualidade da infraestrutura do país. Assim, continua a *ordem*, o investimento com infraestrutura garantiria benefícios econômicos imediatos e de longo prazo para a Nação e para as comunidades como um todo⁵²⁹.

Essa *ordem* insta os agentes públicos à revisão de rotinas e de procedimentos, na busca de eficiência e de efetividade, garantindo-se segurança para as comunidades e respectivos ambientes, ao mesmo tempo em que devem apoiar o crescimento econômico. Tem-se, no limite, o tema do desenvolvimento sustentável.

Identifica-se atuação de vários setores do Governo, a exemplo dos Ministérios da Defesa, do Interior, da Agricultura, do Comércio, do Transporte, da Energia, Segurança Interna (*Homeland Security*), do Meio Ambiente (*Environmental Protection Agency*), a par de departamentos específicos, como o de Preservação Histórica (*Advisory Council on Historic Preservation*) e o Exército⁵³⁰.

⁵²⁸ Ordem Executiva nº 13604, de 22 de março de 2012.

⁵²⁹ **"Section 1. Policy.** (a) *To maintain our Nation's competitive edge and ensure an economy built to last, the United States must have fast, reliable, resilient, and environmentally sound means of moving people, goods, energy, and information. In a global economy, we will compete for the world's investments based in significant part on the quality of our infrastructure. Investing in the Nation's infrastructure provides immediate and long-term economic benefits for local communities and the Nation as a whole.*"

⁵³⁰ **"(b) Membership.** *Each of the following agencies (Member Agencies) shall be represented on the Steering Committee by a Deputy Secretary or equivalent officer of the United States: (i) the Department of Defense; (ii) the Department of the Interior; (iii) the Department of Agriculture; (iv) the Department of Commerce; (v) the Department of Transportation; (vi) the Department of Energy; (vii) the Department of Homeland Security; (viii) the Environmental Protection Agency; (ix) the Advisory Council on Historic Preservation; (x) the Department of the Army (...).*"

A prevenção e o combate à litigância intragovernamental é um dos objetivos dessa *ordem*, e disso faz prova a determinação para que se desenvolvam mecanismos para melhor comunicar prioridades e resolver o dissenso entre órgão e entes do Governo, em níveis nacional e regional⁵³¹.

Até 30 de junho de 2012 os responsáveis pelo cumprimento dessa *ordem* deveriam submeter planos de ação que representassem, entre outros, medidas para ganho de tempo na tomada de decisões e no enfrentamento dos problemas da Administração. A simplificação do Estado, mediante medida para identificação e redução de ônus de regulação ocupou *ordem executiva* que o Presidente Obama baixou também em 2012⁵³². A *ordem* tinha por objetivo modernizar o sistema regulatório norte-americano, com a redução de injustificáveis ônus e custos. Reconhecendo os tempos de desafio pelos quais os Estados Unidos passam, o Presidente Obama justificou a ordem, da maneira que segue, em tradução livre minha:

*“A regulamentação protagoniza um papel indispensável na proteção da saúde pública, do bem estar social, da segurança, do meio ambiente, mas também pode impor ônus e custos muito significativos. Ao longo de momento econômico de extremo desafio, deve-se tomar cuidado com a não imposição de requisitos injustificáveis de regulamentação. Por essa razão, é particularmente importante para órgãos e entes que efetivem análises retrospectivas, em relação à regulamentação existentes, examinando-se se permanecem justificáveis ou se deveriam ser modificadas ou alteradas para se obter mais eficácia à luz das circunstâncias de mudança, incluindo-se a existência de novas tecnologias”*⁵³³.

Reporta-se a outra *ordem executiva*, de 2011⁵³⁴, e que se ocupava com o mesmo assunto. Essa ordem de 2011 fixava os princípios gerais da atividade regulatória do Estado, exatamente como segue, também em tradução livre minha:

“Nosso sistema regulatório precisa proteger a saúde pública, o bem-estar social, a segurança e o meio ambiente, ao mesmo tempo em que deve promover o crescimento econômico, a inovação, a competitividade e a criação de empregos. Deve se basear no que de melhor a ciência possa oferecer. Precisa permitir a participação do público bem como uma ampla troca de ideias. Deve promover a previsibilidade e reduzir a incerteza. Deve identificar o uso do melhor, do mais inovador e das ferramentas menos onerosas para o alcance dos fins regulatórios. Deve levar em conta custos e benefícios, assim

⁵³¹“(ii) developing mechanisms to better communicate priorities and resolve disputes among agencies at the national and regional levels (...)”.

⁵³² Ordem Executiva nº 13610, de 10 de maio de 2012.

⁵³³ **“Section 1.** Policy. Regulations play an indispensable role in protecting public health, welfare, safety, and our environment, but they can also impose significant burdens and costs. During challenging economic times, we should be especially careful not to impose unjustified regulatory requirements. For this reason, it is particularly important for agencies to conduct retrospective analyses of existing rules to examine whether they remain justified and whether they should be modified or streamlined in light of changed circumstances, including the rise of new technologies.”

⁵³⁴ Ordem Executiva nº 13563, de 18 de janeiro de 2011.

*quantitativa, como qualitativamente. Deve assegurar que a regulamentação seja acessível, consistente, escrita em linguagem simples, facilmente compreensível. Deve medir e buscar melhorar os resultados concretos das exigências regulatórias*⁵³⁵.

Em relação a *ordem executiva* acima mencionada o Presidente Obama observava que órgãos e entes haviam reagido positivamente, revendo planos, colhendo a opinião pública e levantando cerca de 500 iniciativas. Algumas dessas iniciativas foram implementadas, o que teria resultado em economia significativa para o contribuinte norte-Americano, ainda que apenas uma pequena parte delas tivesse sido finalizada.

A economia fora muito grande, especialmente no que se refere a horas de trabalho e ao ônus com o preenchimento de papéis. Além do que, prossegue a *ordem*, havia antecipação de significativa economia na medida em que o novo planejamento seguia implementado e ações eram tomadas como iniciativas adicionais⁵³⁶.

Aos órgãos e entes o Presidente Obama ordenou que se levasse em conta, no planejamento e na ação, aos efeitos cumulativos das respectivas regulamentações. Determinou como prioritário a economia na diminuição de papéis exigidos. Em uma palavra, a simplificação foi o mote de todo o movimento. Especificamente, no que se refere a agências reguladoras há também *ordem* baixada pelo Presidente Obama, que data de 2011⁵³⁷. O ponto de partida era a compreensão de que decisões adequadas em matéria regulatória dependiam da participação pública e da análise cuidadosa das consequência provocadas pelo ato de regulação.

Obtinha-se a participação popular mediante a autorização para que os interessados contassem com oportunidade para participar na fixação das regras que deveriam seguir. Essas

⁵³⁵ **“Section 1. General Principles of Regulation.** (a) *Our regulatory system must protect public health, welfare, safety, and our environment while promoting economic growth, innovation, competitiveness, and job creation. It must be based on the best available science. It must allow for public participation and an open exchange of ideas. It must promote predictability and reduce uncertainty. It must identify and use the best, most innovative, and least burdensome tools for achieving regulatory ends. It must take into account benefits and costs, both quantitative and qualitative. It must ensure that regulations are accessible, consistent, written in plain language, and easy to understand. It must measure, and seek to improve, the actual results of regulatory requirements.*”

⁵³⁶ *“In response to Executive Order 13563, agencies have developed and made available for public comment retrospective review plans that identify over five hundred initiatives. A small fraction of those initiatives, already finalized or formally proposed to the public, are anticipated to eliminate billions of dollars in regulatory costs and tens of millions of hours in annual paperwork burdens. Significantly larger savings are anticipated as the plans are implemented and as action is taken on additional initiatives.”*

⁵³⁷ Ordem Executiva nº 13579, de 11 de julho de 2011.

decisões, na medida da lei, somente poderiam ser tomadas depois de se levar em consideração seus custos e benefícios, quantitativos e qualitativos⁵³⁸.

A eficiência governamental também se busca com a disponibilização de informações para a população. Desenvolve-se uma política de abertura e disponibilidade de dados, como elemento que caracteriza um governo que se pretende eficiente. É esse o contexto de *ordem executiva* baixada por Barack Obama em 2013⁵³⁹, na qual se afirma que a abertura do governo norte-Americano fortalece a democracia daquele país, promovendo a disponibilização de serviços efetivos para as pessoas, contribuindo para o crescimento econômico.

E como resultado de um governo aberto, segue a *ordem*, o acesso a recursos de informação, quando acessíveis, fomentam o empreendedorismo, a inovação e as descobertas científicas que melhoram a vida dos norte-americanos, contribuindo significativamente para a criação de postos de trabalho⁵⁴⁰.

Atribuiu-se ao diretor do departamento de gerenciamento e orçamento a tarefa de apresentar um conjunto de políticas para a disponibilização de dados governamentais, às quais órgão e entes deveriam aderir. Deveriam, no entanto, verificar aspectos de privacidade, confidencialidade e riscos de segurança.

O Presidente Obama definiu que era muito importante que órgãos e entes não disponibilizassem informações que poderiam violar algum lei ou política pública, ou mesmo ameaçar a privacidade, a confidencialidade ou a segurança nacional⁵⁴¹.

Ordens executivas tratam de miríade de assuntos. Por exemplo, há duas *ordens executivas*, de 1994 e de 2004, determinando o fechamento das repartições públicas norte-americanas, em memória a dois presidentes que então faleceram, Richard Nixon e Ronald Reagan.

⁵³⁸ **“Section 1. Policy.** (a) *Wise regulatory decisions depend on public participation and on careful analysis of the likely consequences of regulation. Such decisions are informed and improved by allowing interested members of the public to have a meaningful opportunity to participate in rulemaking. To the extent permitted by law, such decisions should be made only after consideration of their costs and benefits (both quantitative and qualitative).*”

⁵³⁹ Ordem Executiva nº 13642, de 9 de maio de 2013.

⁵⁴⁰ **“Section 1. General Principles.** *Openness in government strengthens our democracy, promotes the delivery of efficient and effective services to the public, and contributes to economic growth. As one vital benefit of open government, making information resources easy to find, accessible, and usable can fuel entrepreneurship, innovation, and scientific discovery that improves Americans’ lives and contributes significantly to job creation.*”

⁵⁴¹ “It is vital that agencies not release information if doing so would violate any law or policy, or jeopardize privacy, confidentiality, or national security”.

O Presidente Bill Clinton invocou autoridade presidencial, bem como, genericamente, autoridade conferida pela Constituição norte-americana e pelas leis em geral⁵⁴² para determinar o fechamento das repartições públicas norte-americanas⁵⁴³, no dia 27 de abril de 1994⁵⁴⁴. A medida era feita em memória e respeito ao ex-presidente Richard Nixon⁵⁴⁵. Não alcançava repartições com alguma ligação com a segurança nacional, com a defesa ou por qualquer outra razão de ordem pública⁵⁴⁶.

Em 2004, ordem quase que idêntica, baixada pelo Presidente George W. Bush⁵⁴⁷, determinava o fechamento das repartições públicas norte-americanas, em memória e respeito ao ex-presidente Ronald Reagan⁵⁴⁸. Constata-se alguma diferença de pormenor, no sentido de se incluir entre as repartições que necessariamente não deixariam de trabalhar no dia indicado – 11 de junho de 2004 – o departamento criado após os ataques terroristas às torres gêmeas de Nova Iorque⁵⁴⁹.

Transições de governo são tratadas por *ordens executivas*. É o que se observou na transição de Bill Clinton para George W. Bush (em 2001), bem como na transição de George W. Bush para Barack Obama (2009). A transição de Clinton para Bush⁵⁵⁰ atendeu a uma lei de 1963⁵⁵¹; montou-se um conselho com o objetivo de se atender às necessidades da transição, coordenado pelo Chefe de Pessoal da Presidência da República.

O conselho era composto por várias autoridades, entre elas, assistentes do Presidente e dos Secretários, o diretor de administração e de orçamento, o administrador de serviços gerais, o

⁵⁴² “By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America (...)”

⁵⁴³ “All executive departments, independent establishments, and other governmental agencies, including their field services, shall be closed on April 27, 1994”

⁵⁴⁴ Ordem Executiva nº 12910, de 23 de abril de 1994.

⁵⁴⁵ “as a mark of respect for Richard Milhous Nixon, the thirty-seventh President of the United States.”

⁵⁴⁶ “The first sentence of section 1 of this order shall not apply to those offices and installations, or parts thereof, in the Department of State, the Department of Defense, or other departments, independent establishments, and governmental agencies that the heads thereof determine should remain open for reasons of national security or defense or other public reasons.”

⁵⁴⁷ Ordem Executiva nº 13343, de 6 de junho de 2004.

⁵⁴⁸ “All executive departments, independent establishments, and other governmental agencies shall be closed on June 11, 2004, as a mark of respect for Ronald Reagan, the fortieth President of the United States.”

⁵⁴⁹ “The first sentence of section 1 of this order shall not apply to those offices and installations, or parts thereof, in the Department of State, the Department of Defense, the Department of Justice, the Department of Homeland Security, or other departments, independent establishments, and governmental agencies that the heads thereof determine should remain open for reasons of national security or defense or other essential public business.”

⁵⁵⁰ Ordem Executiva nº 13176, de 30 de novembro de 2000.

⁵⁵¹ Presidential Transition Act, 1963.

responsável pelos arquivos e informações, bem como autoridade da agência do Imposto de Renda e o diretor de Comissão de Ética⁵⁵², a par de outras pessoas, de livre escolha do Presidente que deixava o cargo.

A esse conselho caberia assistir ao Presidente eleito, realizando todo esforço razoável para facilitar a transição entre os dois governos. Nos termos da *ordem executiva* aqui estudada, essa assistência incluiria a disponibilização de informações relevantes, a critério do conselho, respeitando-se o sigilo de informações que por lei não poderiam ser reveladas⁵⁵³.

Quanto à ocupação de cargos de livre nomeação do Presidente (ainda que submetidos à aprovação pelo Senado), o conselho confeccionaria um catálogo, especificando-se, inclusive, as várias atribuições dos ocupantes dos respectivos cargos; o catálogo descreveria obrigações e prerrogativas da função, os comitês do Senado que tratariam das respectivas indicações, as comissões legislativas com as quais os ocupantes das funções interagiriam diretamente. Ministérios e agências reguladoras preparariam manuais de orientação que seriam entregues aos indicados, ainda antes da posse do Presidente Bush⁵⁵⁴.

⁵⁵² “**Section 1. Presidential Transition Coordination.** (a) To assist and support the transition efforts of the President-elect, there is established a Presidential Transition Coordinating Council (Council). (b) The Council shall be composed of the following officials or their designees: 1. Chief of Staff to the President; 2. Counsel to the President; 3. Assistant to the President and Cabinet Secretary; 4. Assistant to the President for Management and Administration; 5. Assistant to the President and Director of Presidential Personnel; 6. Director of the Office of Management and Budget; 7. Director of the Federal Bureau of Investigation; 8. Director of the Office of Personnel Management; 9. Administrator of General Services; 10. Archivist of the United States; 11. Commissioner of Internal Revenue; 12. Director of the Office of Government Ethics; and 13. Such others as the President may select. (c) The Council shall be chaired by the Chief of Staff to the President or his designee.”

⁵⁵³ “(d) The Council shall coordinate assistance to the President-elect in fulfilling his responsibilities and make every reasonable effort to facilitate the transition between administrations. This assistance may include, among other things, providing publicly available information relevant to facilitating the personnel aspects of a presidential transition and such other information that, in the Council’s judgment, is useful and appropriate as long as providing such information is not otherwise prohibited by law.”

⁵⁵⁴ “(c) The White House Office of Presidential Personnel shall coordinate with all departments and agencies of the executive branch of the Government to produce a catalogue of all positions in their respective jurisdictions that are filled by presidential appointment requiring Senate confirmation (PAS positions). The catalogue shall include: (1) the legal authority establishing each PAS position; (2) a description of duties and statutory authorities of the position; (3) the names of Senate committees that review nominees for the position; (4) the names of congressional committees with which appointees in the position regularly interact; and (5) the name and contact information of an experienced executive in the agency or department, a previous office holder or a White House Liaison, or a comparable individual who can answer questions about the position. (d) Executive departments and agencies shall prepare a set of orientation materials for new political appointees before the inauguration of the President-elect. Copies of all such materials shall be provided to the Incoming Transition Team upon its request.”

Por fim, assentou-se um *acordo de transição*, por intermédio do qual a administração que deixava a presidência e os auxiliares do Presidente eleito trabalhariam em conjunto no que se referia aos procedimentos da transição e a identificação dos envolvidos no processo⁵⁵⁵.

O documento produzido pela Casa Branca por ocasião da transição de Bush para Obama foi mais extenso⁵⁵⁶, revelando preocupações mais marcantes naquele momento histórico, especialmente no que se refere a questões de segurança nacional. A comissão de transição contou com um maior número de componentes, incluindo-se o Advogado-Geral, bem como autoridades ligadas ao combate ao terrorismo.

Com o objetivo de se possibilitar que o conselho obtivesse informações relativas a boas práticas e colhesse alguma experiência de transições anteriores, dispôs-se que membros do conselho poderiam eventualmente buscar informações junto a pessoas que conhecessem da matéria, ainda que não fossem membros do Governo; privilegiou-se, ainda, contatos entre pessoas de ambos os partidos⁵⁵⁷. Nesse mesmo sentido, de igual tratamento partidário, fixou-se que seria política do conselho disponibilizar informações e assistência para políticos dois partidos majoritários, independentemente da afiliação do interessado⁵⁵⁸.

Ordens executivas relativas a matéria ambiental de algum modo fragilizam lugar comum que nos daria conta de baixo comprometimento dos Governo dos Estados Unidos da América em temas de meio ambiente. O Presidente Bill Clinton utilizou-se com frequência de *ordens executivas* para tratar de matéria ambiental. Segundo pesquisador brasileiro, “ *em seus dois mandatos Clinton baixou um total de dezoito diretivas em matéria ambiental (...) esses números excluem áreas que se relacionam indiretamente com o problema*”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ “**Sec. 3. Transition Agreement.** To assist and support the transition efforts of the President-elect, a transition agreement between the current Administration and the Office of the President-elect will be entered into regarding transition procedures and identification of transition contacts.”

⁵⁵⁶ Ordem Executiva 13476, de 9 de outubro de 2008.

⁵⁵⁷ “ (d) In order to obtain a wide range of facts and information on prior transitions and best practices, the Council, its members, or their designees may, from time to time, seek information from private individuals, including individuals within outside organizations, who have significant experience or expertise in presidential transitions. The Council, its members, or their designees shall endeavor to obtain such facts and information from individuals representing a range of bipartisan or nonpartisan viewpoints. If the Council, its members, or their designees find it necessary to seek advice from private individuals or outside organizations, such counsel should be sought in a manner that seeks individual advice and does not involve collective judgment or deliberation.”

⁵⁵⁸ “ (e) It shall be the policy of the Council to provide appropriate information and assistance to the major party candidates on an equal basis and without regard for party affiliation.”

⁵⁵⁹ Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., p. 249. No original: “(...) in his two terms in office, Clinton issued a total of eighteen environmental directives. This number excludes those orders which dealt with environmental issues indirectly (...)”.

Comparativamente, segue esse autor, “*Clinton baixou menos ordens executivas em matéria ambiental em seu primeiro mandato do que os presidentes Carter e Nixon (...) nesse período, Clinton apenas baixou mais ordens executivas em matéria ambiental, por ano, do que os presidentes Ford, Reagan e Bush (...) foi apenas em seu segundo mandato que o Clinton baixou um maior número anual de ordens executivas em matéria ambiental*⁵⁶⁰”. De fato, argumenta o autor aqui tantas vezes citado, “*o uso de ordens executivas em matéria ambiental por Clinton, em seu primeiro mandato, pode ser compreendido como uma indicação de um fraço comprometimento de sua parte para com a causa ambiental*⁵⁶¹”.

Deve-se creditar o respeito que o mandato de Clinton recebeu em temas ambientais em boa parte a atuação de Al Gore, seu vice-presidente. Mais uma vez, segundo pesquisador brasileiro aqui citado, “*como senador, Al Gore construiu para si uma reputação solida de defensor de matérias ambientais, suas ideias sobre o assunto, expostas em seu livro A Terra em Equilíbrio (1992) eram amplamente respeitadas pelos ambientalistas*⁵⁶²”. Por outro lado, deve-se reconhecer, Clinton alterou substancialmente o debate em torno do conflito entre crescimento economico e proteção ambiental, argumentando que tais objetivos não eram apenas compatíveis, como também interrelacionados⁵⁶³.

Efetivamente como sugerido e argumentado por Ricardo Jose Pereira Rodrigues, aqui várias vezes citado, a história da utilização de *ordens executivas* com o objetivo de realização de políticas públicas de proteção ao meio ambiente e marcada por uma luta por liderança política que opôs o Executivo ao Legislativo; aquele primeiro, mediante sistematica ação normativa, passou a controlar a agenda ambiental, suprimindo um não menos histórico desinteresse que o Congresso norte-Americano teria para com esse assunto⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., loc. cit. No original: “*Yet, on average, President Clinton issued less environmental orders yearly during his first term than President Carter and President Nixon. In that period, Clinton only issued more environmental orders per year than Presidents Ford, Reagan and Bush. It was only in his second term that President Clinton signed more environmental orders yearly (...)*”.

⁵⁶¹ Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., loc. cit. No original: “*The Clinton use of environmental orders during the term of his administration can be taken as na indication of a weak commitment on his part to the environmental cause*”.

⁵⁶² Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., p. 250. No original: “*The credibility enjoyed by the Clinton administration with respect to environmental protection was less due to President Clinton’s background and more due to his vice-president. As senator, Al Gore had built for himself a solid reputation as an environmental policy entrepreneur and his ideas on global environmental affairs, found in his book Earth in Balance (1992), were widely respected by environmentalists*”.

⁵⁶³ Cf. Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., loc. cit.

⁵⁶⁴ Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., p. 269.

São várias *ordens executivas* que ilustram a efetiva existência da aludida preocupação. Trata-se de vários assuntos, que transitam do uso governamental de veículos que utilizam combustíveis alternativos, de projeto de efetivação de uma justiça ambiental que atinja minorias e pessoas economicamente mais fragilizadas. *Ordens executivas* cuidam também da pesca recreacional, da revitalização dos centros históricos das cidades norte-americanas, da proteção da infância em face de riscos governamentais.

Há *ordens executivas* que tratam de projeto de *esverdeamento (greening)* do Governo, que se revelaria mais sensível para com problemas ambientais, a exemplo do tratamento do lixo, da reciclagem, bem como das compras governamentais. O gerenciamento das matrizes enérgicas também é assunto que ocupou essa pauta. Por intermédio de *ordens executivas* há modelos de combate ao tráfico de espécies silvestre. Concebe-se, também por meio de *ordens executivas*, um conjunto geral de medidas preparatórias relativas à mudança climática global. Define-se a responsabilidade do Governo para a proteção de aves migratórias. Sigo com alguns exemplos.

O Presidente Bill Clinton baixou *ordem executiva* em 1993, determinando que na aquisição de carros oficiais o Governo federal deveria priorizar automóveis movido a combustíveis alternativos⁵⁶⁵. Precedida de uma justificativa para a confecção e emissão da ordem⁵⁶⁶, essa *ordem executiva* é dividida em nove seções.

A primeira seção define os objetivos da *ordem* e realça que deve haver liderança do Governo federal na concepção e no implemento desse tipo de política pública. Sigo com essa justificativa, em tradução livre minha:

“O uso de veículos movidos a combustíveis alternativos pode, em alguns casos, reduzir substancialmente os poluentes na atmosfera, proporcionando significativa atividade econômica doméstica, estimulando a criação de empregos, mediante o uso de combustíveis domésticos, tal como definidos na Lei de Política Enérgica de 1992, reduzindo os custos de manutenção dos veículos. Além disso, a ação do Governo federal pode provocar um significativo ímpeto no mercado, resultando no desenvolvimento e na produção de veículos movidos por combustíveis alternativos, bem como na expansão de uma infraestrutura de combustíveis necessária para atender um grande número de proprietários desse tipo de veículos. O Governo federal pode liderar o uso de veículos movidos a combustíveis

⁵⁶⁵ Ordem Executiva nº 12844, de 21 de abril de 1993. Posteriormente, a matéria foi novamente tratada por *ordem executiva*, mantendo-se as linhas gerais do modelo original, por intermédio da Ordem Executiva nº 13031, de 13 de dezembro de 1996, também com os propósitos de se efetivar a liderança e o exemplo do Governo federal no uso de veículos movidos a combustíveis alternativos. Conferir, Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, cit., p. 253.

⁵⁶⁶ Invocou autoridade constitucional bem como, genericamente, poder conferido pelas leis norte-americanas em geral. Mais especificamente, fez referência a uma lei que dispõe sobre políticas de energia e de conservação ambiental.

*alternativos. Para esse fim, cada órgão e ente federal deve adotar planos firme para substancialmente exceder o volume de compras de veículos movidos a combustíveis alternativos, como dispôsto na Lei de Política Energica de 1992*⁵⁶⁷”.

Reconheceu-se a importância do Governo federal na condução de políticas ambientalistas, indicando-se especificamente como essa liderança pode provocar as pessoas e o mercado.

A segunda seção dessa *ordem* dispõe sobre as ações efetivas que deveriam ser tomadas pelo Governo federal. Este estaria obrigado a adquirir (na medida das disponibilidades orçamentárias, bem entendido) 50% a mais do número de veículos previstos em lei de política energética, ao longo dos anos de 1993 a 1995⁵⁶⁸.

A frota de veículos do Governo federal deveria ser estruturada com o objetivo de ao longo prazo ampliar a utilização de veículos movidos a combustíveis alternativos. Deveria também minimizar os custos de procedimentos de aquisição desse tipo de veículos. Determinou-se a criação de uma *força-tarefa (task-force)* à qual incumbiria, entre outros, apresentar os resultados da iniciativa, um ano após a publicação da *ordem executiva*.

Essa *força-tarefa* funcionaria de modo interministerial. Constituída pelo Secretário da Energia, após ouvir seu representante (*chairman*), nomeado pelo Presidente da República, assessoria e acompanharia as medidas para cumprimento da *ordem*⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ “**Section 1.** Federal Leadership and Goals. The use of alternative fueled motor vehicles can, in some applications, substantially reduce pollutants in the atmosphere, create significant domestic economic activity and stimulate jobs creation, utilize domestic fuel sources as defined by the Energy Policy Act of 1992, and reduce vehicle maintenance costs. Moreover, Federal action can provide a significant market impetus for the development and manufacture of alternative fueled vehicles, and for the expansion of the fueling infrastructure necessary to support large numbers of privately owned alternative fueled vehicles. The Federal Government can exercise leadership in the use of alternative fueled vehicles. To that end, each agency shall adopt aggressive plans to substantially exceed the alternative fueled vehicle purchase requirements established by the Energy Policy Act of 1992.”

⁵⁶⁸ “**Sec. 2.** Alternative Fueled Vehicle Requirements. The Federal Government shall acquire, subject to the availability of funds and considering life cycle costs, alternative fueled vehicles in numbers that exceed by 50 percent the requirements for 1993 through 1995 set forth in the Energy Policy Act of 1992.”

⁵⁶⁹ “The Federal fleet vehicle acquisition program shall be structured with the objectives of: (...) (b) long-term movement toward increasing availability of alternative fueled vehicles produced as standard manufacturers’ models; and (c) minimizing life cycle costs in the acquisition of alternative fueled vehicles. In addition, there is established, for a period not to exceed 1 year, the Federal Fleet Conversion Task Force, a Federal interagency implementation committee to be constituted by the Secretary of Energy, in consultation with a Task Force Chairman to be named by the President. The Task Force will advise on the implementation of this Executive order. The Task Force will issue a public report within 90 days, setting forth a recommended plan and schedule of implementation and, no later than 1 year from the date of this order, in cooperation with the Secretary of Energy, file a report on the status of the conversion effort.”

Na terceira seção da *ordem* dispôs-se sobre a compra de veículos movidos a combustíveis alternativos, determinando-se medidas de apoio para esse tipo de iniciativa. A quarta seção trata da prioridade que será dada ao processamento de compras desses veículos, bem como da assistência administrativa disponibilizada para apressar tais aquisições⁵⁷⁰.

A quinta seção cuida da política de aproximação com os fornecedores desses veículos. Ao Ministro da Energia incumbiu-se a coordenação do plano federal, com determinação para esforçar-se com fornecedores e autoridades estaduais e locais para certificar-se que o setor privado teria capacidade para atender a demanda.

Responsáveis pelas frotas de veículos do Governo federal deveriam trabalhar conjuntamente com fornecedores, mediante iniciativas que promovessem a utilização de veículos movidos a combustíveis alternativos⁵⁷¹.

A sexta seção estabelece prazos e procedimentos para controle da implementação da política. A sétima seção define *agência* (isto é, o órgão e ente da Administração) e veículo movido a combustível alternativo, remetendo-se os conceitos à legislação aplicável, especialmente a Lei de Política Energética de 1992.

Nesse mesmo contexto, de política pública de proteção ambiental centrada em ação específica, que inclusive se concebe como pedagógica, *ordem executiva* baixada pelo Presidente Bill Clinton em 1993, que determina que órgãos e entes governamentais optem pela compra e uso de computadores de eficiente uso energético⁵⁷².

Um conjunto de considerações anuncia o papel do Governo federal no implemento de políticas públicas ambientalistas. Este deve dar exemplos na utilização de energia eficiente, especialmente no que se refere à aquisição de tecnologias de prevenção de poluição.

Dispôs-se que o Governo federal deveria minimizar custos operacionais, utilizando mais adequadamente os recursos dos contribuintes, reduzindo o déficit público. Reconheceu-se também

⁵⁷⁰ “**Sec. 4.** *Alternative Fueled Vehicle Purchase and Use Incentives.* The Administrator of the General Services Administration, to the extent allowed by law, may provide incentives to purchase alternative fueled vehicles, including priority processing of procurement requests, and, with the Secretary of Energy, provide any other technical or administrative assistance aimed at accelerating the purchase and use of Federal alternative fueled vehicles.”

⁵⁷¹ “**Sec. 5.** *Cooperation with Industry and State and Local Authorities on Alternative Fueled Vehicle Refueling Capabilities.* The Secretary of Energy shall coordinate Federal planning and siting efforts with private industry fuel suppliers, and with State and local governments, to ensure that adequate private sector refueling capabilities exist or will exist wherever Federal fleet alternative fueled vehicles are sited. Each agency’s fleet managers are expected to work with appropriate organizations at their respective locations on initiatives to promote alternative fueled vehicle use.”

⁵⁷² Ordem Executiva nº 12845, de 21 de abril de 1993.

que o Governo federal norte-americano seria o maior comprador de equipamentos de informática no mundo e que, conseqüentemente, teria condições para acelerar o movimento em favor do uso de equipamentos eficientes do ponto de vista energético⁵⁷³.

Contados 180 dias da *ordem* os responsáveis pelas compras de órgãos e entes da Administração federal deveriam optar, quando da aquisição de computadores, monitores e impressoras, por equipamentos que atendessem especificações de redução de consumo de energia. Contratos de aquisição de equipamentos de informática, no contexto dessa *ordem executiva*, deveriam explicitar a qualidade de baixo consumo de energia, como condição para o negócio.

A preocupação com o *desenvolvimento sustentável* provocou *ordem executiva* baixada pelo Presidente Bill Clinton por intermédio da qual se criou um *conselho* presidencial especializado nesse tema⁵⁷⁴. Esse *conselho* teria composição de até 25 membros⁵⁷⁵, com experiência em matéria de *desenvolvimento sustentável*, indicados pelo Presidente, e escolhidos nos setores público e privado, representando organizações governamentais, não-governamentais, organizações sem fins lucrativos, ambientalistas e industriais⁵⁷⁶.

Esse *conselho* teria como função aconselhar o Presidente em assuntos relacionados ao tema do *desenvolvimento sustentável*. Definiu-se esse último como o crescimento econômico que beneficia gerações presentes e futuras sem prejuízo dos recursos ou sistemas biológicos do planeta. Ao *conselho* caberia desenvolver e encaminhar ao Presidente um plano nacional de *desenvolvimento sustentável* que fomentaria a vitalidade econômica⁵⁷⁷.

⁵⁷³ "WHEREAS, the Federal Government should set an example in the energy efficient operation of its facilities and the procurement of pollution preventing technologies; WHEREAS, the Federal Government should minimize its operating costs, make better use of taxpayer-provided dollars, and reduce the Federal deficit; And WHEREAS, the Federal Government is the largest purchaser of computer equipment in the world and therefore has the capacity to greatly accelerate the movement toward energy efficient computer equipment (...)"

⁵⁷⁴ Ordem Executiva nº 12852, de 29 de junho de 1993.

⁵⁷⁵ Posteriormente o número de membros foi ampliado por intermédio da Ordem Executiva nº13053, de 30 de junho de 1997.

⁵⁷⁶ "**Section 1. Establishment.** There is established the "President's Council on Sustainable Development" ("Council"). The Council shall consist of not more than 25 members to be appointed by the President from the public and private sectors and who represent industrial, environmental, governmental, and not-for-profit organizations with experience relating to matters of sustainable development."

⁵⁷⁷ "**Sec. 2. Functions.** (a) The Council shall advise the President on matters involving sustainable development. "Sustainable development" is broadly defined as economic growth that will benefit present and future generations without detrimentally affecting the resources or biological systems of the planet. (b) The Council shall develop and recommend to the President a national sustainable development action strategy that will foster economic vitality."

O setor da Casa Branca responsável pela política ambiental obteria fundos para financiamento do *conselho*, a partir do Ministério do Interior ou de qualquer outro ministério, bem como poderia contribuir dentro dos limites legais para o desenvolvimento dessa atividade⁵⁷⁸.

Ainda em 1993 o Presidente Bill Clinton também baixou *ordem executiva* relativa a aquisições governamentais, com objetivo de prevenir o desperdício e incentivar o uso de recicláveis, em amplo contexto de política de proteção ambiental⁵⁷⁹. Essa *ordem* é relativamente longa. Inicia-se com uma série de considerações e desdobra-se em oito seções.

No conjunto de considerações afirma-se que o interesse da Nação seja atendido quando o Governo federal utiliza com mais eficiência os recursos naturais, maximizando a reciclagem e prevenindo o desperdício sempre quando possível. Afirma-se que a administração Clinton estaria determinado a fortalecer o papel do Governo federal como um consumidor preocupado, informado e consciente do ponto de vista ambiental.

Assim, deveria o Governo federal trabalhar no sentido de manter capacidade de armazenamento de recicláveis, servindo nesse caso como exemplo para instituições públicas e privadas. O uso de produtos recicláveis pelo Governo federal poderia acelerar o desenvolvimento de novas tecnologias bem como o uso de novos produtos, criando oportunidades de negócios e de empregos, fortalecendo a economia⁵⁸⁰.

No preâmbulo determina-se que todo responsável por órgão ou ente deverá incorporar fórmulas para prevenção de desperdício. Deverá também utilizar modelos de reciclagem nas atividades cotidianas, trabalhando para aumentar e expandir o mercado de materiais recicláveis

⁵⁷⁸ "(c) The White House Office on Environmental Policy shall obtain funding for the Council from the Department of the Interior or such other sources (including other Federal agencies) as may lawfully contribute to such activities. The funding received shall provide for the administrative and financial support of the Council."

⁵⁷⁹ Ordem Executiva nº 12873, de 20 de outubro de 1993.

⁵⁸⁰ "WHEREAS, the Nation's interest is served when the Federal Government can make more efficient use of natural resources by maximizing recycling and preventing waste wherever possible; WHEREAS, this Administration is determined to strengthen the role of the Federal Government as an enlightened, environmentally conscious and concerned consumer; WHEREAS, the Federal Government should—through cost-effective waste prevention and recycling activities—work to conserve disposal capacity, and serve as a model in this regard for private and other public institutions; and WHEREAS, the use of recycled and environmentally preferable products and services by the Federal Government can spur private sector development of new technologies and use of such products, thereby creating business and employment opportunities and enhancing regional and local economies and the national economy (...)"

mediante a preferência e a demanda por tais produtos, o que deveria ser feito nos limites das necessidades de eficiência e de custos efetivos⁵⁸¹.

Na segunda seção, que cuida das definições, indicou-se o significado de *ambientalmente preferível*; trata-se de produto ou serviço que contenha um menor ou um reduzido efeito sobre a saúde humana ou sobre o meio ambiente, comparado com produtos ou serviços similares.

Essa comparação, prossegue a *ordem*, deve considerar a aquisição de matérias-primas, a produção, o empacotamento, a distribuição, a reutilização, a operação, a manutenção e a eliminação do produto ou do serviço⁵⁸².

Definiu-se também *material pós-consumo*. Trata-se de material ou produto final que já cumpriu e serviu finalidade original e que foi dispensado como lixo ou reciclável, tendo completado ciclo como item de consumo⁵⁸³.

Definiu-se *reciclagem* como uma série de atividades, incluindo-se a coleta, separação e processamento, por intermédio das quais os produtos são recolhidos dos resíduos sólidos para utilização em forma de matéria prima ou para a manufatura de novos produtos que não a transformação em combustível para produção de calor ou combustão⁵⁸⁴.

A terceira parte dessa *ordem executiva* trata do papel do Governo federal no contexto desse conjunto de medidas. Identifica-se quem se responsabilizará pelo programa, como este será administrado, bem como as obrigações, a exemplo de se coletar informações que serão eletronicamente disponibilizadas.

Uma quarta parte dispõe sobre as compras governamentais, determinando-se que órgãos e entes levem em consideração uma série de fatores quando planejarem e efetuarem suas aquisições. São eles: requisitos para eliminação de materiais não utilizados, uso de matérias reciclados, reutilização dos produtos, custo do ciclo de utilização de um produto, possibilidade de reciclagem,

⁵⁸¹ “**Section 101.** Consistent with the demands of efficiency and cost effectiveness, the head of each Executive agency shall incorporate waste prevention and recycling in the agency’s daily operations and work to increase and expand markets for recovered materials through greater Federal Government preference and demand for such products.”

⁵⁸² “**Sec. 201.** “Environmentally preferable” means products or services that have a lesser or reduced effect on human health and the environment when compared with competing products or services that serve the same purpose. This comparison may consider raw materials acquisition, production, manufacturing, packaging, distribution, reuse, operation, maintenance, or disposal of the product or service.”

⁵⁸³ “**Sec. 203.** “Postconsumer material” means a material or finished product that has served its intended use and has been discarded for disposal or recovery, having completed its life as a consumer item (...).”

⁵⁸⁴ “**Sec. 207.** “Recycling” means the series of activities, including collection, separation, and processing, by which products or other materials are recovered from the solid waste stream for use in the form of raw materials in the manufacture of new products other than fuel for producing heat or power by combustion.”

utilização de produtos ambientalmente preferíveis, prevenção de desperdício (incluindo-se a redução e a eliminação da toxidade).

Tais fatores devem ser considerados, segue a *ordem*, no planejamento e na aquisição de materiais, bem como na avaliação e no pagamento de contratos, quando apropriado. Gerentes de compras devem protagonizar um papel ativo nessas atividades⁵⁸⁵.

Modelos, especificações e designação de produtos é o tema da quinta seção dessa *ordem*. A seção é longa, descendo a pormenores, a exemplo de métodos para teste dos produtos que serão adquiridos. As metas de redução de desperdício são identificadas na sexta seção.

A sétima seção explicita requisitos para os fornecedores de produtos para o Governo. A oitava seção fixa um plano de conscientização (*awareness*). O texto se encerra com disposição dando conta de que a *ordem* tem como intenção melhorar o gerenciamento interno do Poder Executivo, não se prestando para a criação de qualquer direito ou benefício, substantivo ou procedimental, juridicamente exigível em face do Governo dos Estados Unidos, seus órgãos e entes, agentes ou qualquer outra pessoa⁵⁸⁶.

Em 1994 o Presidente Bill Clinton baixou *ordem executiva* dispondo sobre a atuação do Governo federal para avaliar e evitar efeitos ambientais negativos das várias políticas públicas em relação a minorias e à população de baixa renda⁵⁸⁷.

Criou-se um grupo intergovernamental para a efetivação de uma *justiça ambiental* (*interagency working group on environmental justice*), impondo-se a órgãos e entes o dever de monitorar e enfrentar os efeitos adversos à saúde e ao meio ambiente, que prejudicam minorias e populações de baixa renda⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ “**Sec. 401.** Acquisition Planning. In developing plans, drawings, work statements, specifications, or other product descriptions, agencies shall consider the following factors: elimination of virgin material requirements; use of recovered materials; reuse of product; life cycle cost; recyclability; use of environmentally preferable products; waste prevention (including toxicity reduction or elimination); and ultimate disposal, as appropriate. These factors should be considered in acquisition planning for all procurements and in the evaluation and award of contracts, as appropriate. Program and acquisition managers should take an active role in these activities.”

⁵⁸⁶ “**Sec. 902.** This order is intended only to improve the internal management of the executive branch and is not intended to create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law by a party against the United States, its agencies, its officers, or any other person.”

⁵⁸⁷ Ordem Executiva nº 12898, de 11 de fevereiro de 1994.

⁵⁸⁸ “(...) each Federal agency shall make achieving environmental justice part of its mission by identifying and addressing, as appropriate, disproportionately high and adverse human health or environmental effects of its programs, policies, and activities on minority populations and low-income populations in the United States and its territories and possessions, the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, and the Commonwealth of the Mariana Islands.”

Uma política de eficiência no uso da água e de energia nas repartições públicas federais também foi objeto de *ordem executiva* baixada pelo Presidente Clinton em 1994⁵⁸⁹. Inovou-se, estabelecendo-se o mecanismo do *gainsharing*, por intermédio do qual ao servidor seria realocada parcela da economia feita, em forma de ganhos de produtividade⁵⁹⁰.

Criaram-se sistemas de auditoria para aferição de níveis de consumo de energia, com foco no incentivo ao uso de energia solar, minimizando-se a utilização de combustíveis à base de petróleo nas repartições públicas federais norte-americanas.

Órgãos e entes foram estimulados a rever incentivos a servidores, com o objetivo de assegurar que se premiasse o bom desempenho na aplicação das diretrizes dessa *ordem executiva*.

Quanto à dispensa do cumprimento de algumas diretrizes dessa *ordem executiva* (*waivers*) dispôs-se que cada órgão e ente poderia especificar se alguma disposição da *ordem* seria inconsistente em relação à função desempenhada, requerendo dispensa ao Ministro da Energia. Este, ao deferir o pedido, deverá incluir a informação no relatório anual que a *ordem executiva* determina que seja feito⁵⁹¹.

Há também uma *ordem executiva* relativa a acordo de cooperação ambiental celebrado no contexto do tratado que aproxima Estados Unidos, Canadá e México (NAFTA- *North American Free Trade Act*)⁵⁹².

Refere-se a um tratado lateral de cooperação em matéria ambiental, ao qual a *ordem* determina cumprimento, desde que consistente com as políticas norte-americanas para proteção do meio ambiente, da vida humana, animal e vegetal, bem como da saúde em geral. A *ordem* também se refere ao tratado, no sentido de que deva ser implementado no avanço do *desenvolvimento sustentável*, da combate à poluição, da justiça ambiental, da proteção do ecossistema e da preservação da biodiversidade⁵⁹³. Estabelece vários procedimentos, com vistas ao cumprimento do disposto no tratado, atribuindo responsabilidades. Essas disposições foram

⁵⁸⁹ Ordem Executiva nº 12902, de 8 de março de 1994.

⁵⁹⁰ “**Sec. 110.** The term “gainsharing” refers to incentive systems that allocate some portion of savings resulting from gains in productivity to the workers who produce those gains.”

⁵⁹¹ “**Sec. 601.** Waivers. Each agency may determine whether certain requirements in this order are inconsistent with the mission of the agency and seek a waiver of the provision from the Secretary of Energy. Any waivers authorized by the Secretary of Energy shall be included in the annual report on Federal energy management required under the Act.”

⁵⁹² Ordem Executiva nº 12915, de 13 de maio de 1994.

⁵⁹³ “The Environmental Cooperation Agreement shall also be implemented to advance sustainable development, pollution prevention, environmental justice, ecosystem protection, and biodiversity preservation (...)”

complementadas por outra *ordem*, que se refere ao mesmo assunto, mas que imputa responsabilidades ao Banco Norte-Americano de Desenvolvimento⁵⁹⁴.

A pesca recreacional, que também é assunto que se desdobra no tema conservacionista, foi tratada por *ordem executiva* do Presidente Clinton⁵⁹⁵. Determinou-se que órgão e entes da Administração federal deveriam, na medida do permitido por lei, e onde possível, e em cooperação com os Estados e com as Tribos, melhorar a quantidade, a produtividade sustentável e a distribuição de recursos aquáticos norte-Americanos, aumentando as oportunidades para a pesca recreacional nos Estados Unidos⁵⁹⁶.

Essa ação seria substancializada por nove providências que a *ordem* enuncia. Deve-se desenvolver e estimular parceria entre o Governo e o setor privado com o objetivo de se ampliar a conservação de recursos aquáticos, ampliando-se as oportunidades para a pesca recreacional⁵⁹⁷.

Determinou-se a identificação de oportunidades para pesca recreacional que sejam limitadas pela qualidade da água e pela degradação do ambiente, promovendo-se a restauração, com vistas ao apoio de pesca recreacional autossustentável, onde factível⁵⁹⁸.

Incentiva-se a promoção da conservação aquática saudável, bem como de esforços de restauração que contribua com a pesca recreacional⁵⁹⁹. Centra-se também na promoção do acesso e da conscientização das oportunidades de participação pública na fruição dos recursos de pesca recreacional nos Estados Unidos⁶⁰⁰. Prevê-se o apoio a programas de alcance destinados a estimular a participação do pescador na conservação e na restauração dos sistemas aquáticos⁶⁰¹.

⁵⁹⁴ Ordem Executiva nº 12916, de 13 de maio de 1994.

⁵⁹⁵ Ordem Executiva nº 12962, de 7 de junho de 1995.

⁵⁹⁶ “**Section 1. Federal Agency Duties.** Federal agencies shall, to the extent permitted by law and where practicable, and in cooperation with States and Tribes, improve the quantity, function, sustainable productivity, and distribution of U.S. aquatic resources for increased recreational fishing opportunities (...)”.

⁵⁹⁷ “(a) developing and encouraging partnerships between governments and the private sector to advance aquatic resource conservation and enhance recreational fishing opportunities;”

⁵⁹⁸ “(b) identifying recreational fishing opportunities that are limited by water quality and habitat degradation and promoting restoration to support viable, healthy, and, where feasible, self-sustaining recreational fisheries;”

⁵⁹⁹ “(c) fostering sound aquatic conservation and restoration endeavors to benefit recreational fisheries;”

⁶⁰⁰ “(d) providing access to and promoting awareness of opportunities for public participation and enjoyment of U.S. recreational fishery resources;”

⁶⁰¹ “(e) supporting outreach programs designed to stimulate angler participation in the conservation and restoration of aquatic systems;”

Cogita-se de leis com extensão e alcance de maneira que conservem, restaurem e melhorem sistemas aquáticos que permitam a pesca recreacional⁶⁰². Deve-se desenhar programas com divisão de custos, que sejam iguais ou que excedam fundos federais com contribuições não federais⁶⁰³. Também se prevê assistência a proprietários a conservar e a melhorar os recursos aquáticos das respectivas terras⁶⁰⁴.

Em 1996 o Presidente Clinton baixou *ordem executiva* com o objetivo de criar um sistema nacional de refúgio para a vida silvestre (*national wildlife refuge system*)⁶⁰⁵. A missão desse *sistema* consistia na preservação de uma rede nacional de terras e águas para a conservação e manejo dos peixes, da vida silvestre, bem como dos recursos vegetais dos Estados Unidos, para a geração presente e para as gerações futuras⁶⁰⁶.

Com o objetivo de assegurar um futuro promissor para a herança natural nacional norte-americana essa *ordem executiva* fixou alguns princípios que guiariam esse sistema de proteção de vida e recursos naturais⁶⁰⁷.

Refere-se ao uso público desses recursos; isto é, o sistema oportunidades recreacionais, a exemplo da caça, da pesca, da possibilidade da observação da vida silvestre, da fotografia, bem como da educação e da proteção ambientais⁶⁰⁸. Pretende-se fortalecer o *habitat* das espécies norte-americanas.

Assim, admite-se que os peixes e a vida silvestre não avançarão se não contarem com um *habitat* de alta-qualidade. Além do que, na inexistência de peixes e de vida silvestre não há como

⁶⁰² "(f) implementing laws under their purview in a manner that will conserve, restore, and enhance aquatic systems that support recreational fisheries;"

⁶⁰³ "(g) establishing cost-share programs, under existing authorities, that match or exceed Federal funds with nonfederal contributions;"

⁶⁰⁴ "(i) assisting private landowners to conserve and enhance aquatic resources on their lands."

⁶⁰⁵ Ordem Executiva nº 12996, de 25 de março de 1996.

⁶⁰⁶ "**Section 1.** The Mission of the National Wildlife Refuge System. The mission of the National Wildlife Refuge System ("Refuge System") is to preserve a national network of lands and waters for the conservation and management of fish, wildlife, and plant resources of the United States for the benefit of present and future generations."

⁶⁰⁷ "**Sec. 2.** Guiding Principles. To help ensure a bright future for its treasured national heritage, I hereby affirm the following four guiding principles for the management and general public use of the Refuge System (...)"

⁶⁰⁸ "(a) Public Use. The Refuge System provides important opportunities for compatible wildlife-dependent recreational activities involving hunting, fishing, wildlife observation and photography, and environmental education and interpretation."

se manter a presença tradicional em refúgios da natureza. Esses locais conservarão e melhorarão a qualidade e a diversidade da pesca e da vida silvestre⁶⁰⁹.

A propósito de parcerias, a *ordem* menciona que esportistas norte-americanos foram os primeiros a insistir na proteção de *habitat* que abrigasse os refugiados da vida silvestre. Parcerias de conservação devem ser feitas com outros entes federais, estaduais, tribais, com organizações, com a indústria, com o público em geral, que podem contribuir significativamente para o crescimento e para o gerenciamento desse sistema de refugiados da vida silvestre⁶¹⁰.

Conclama-se a participação popular; a todos deve ser dada ampla e total oportunidade para a tomada de decisões no que se refere ao gerenciamento desse sistema nacional de refugiados da vida silvestre⁶¹¹.

Ao Secretário do Interior a *ordem* incumbiu a condução do programa, na medida das disposições legais e dos acordos intragovernamentais, devendo, no entanto, submeter-se a um conjunto de diretivas⁶¹².

Primeiramente, deve reconhecer compatibilidade de vida silvestre e de atividades recreacionais que envolvam a caça, a pesca, a observação da vida silvestre, a possibilidade de fotografá-la, bem como a educação e a interpretação ambientais como uma prioridade ao uso público do sistema de refugiados da vida silvestre, por intermédio do qual o povo norte-Americano pode desenvolver o gosto pela pesca e pela vida silvestre⁶¹³.

⁶⁰⁹ "(b) *Habitat*. Fish and wildlife will not prosper without high-quality habitat, and without fish and wildlife, traditional uses of refuges cannot be sustained. The Refuge System will continue to conserve and enhance the quality and diversity of fish and wildlife habitat within refuges."

⁶¹⁰ "(c) *Partnerships*. America's sportsmen and women were the first partners who insisted on protecting valuable wildlife habitat within wildlife refuges. Conservation partnerships with other Federal agencies, State agencies, Tribes, organizations, industry, and the general public can make significant contributions to the growth and management of the Refuge System."

⁶¹¹ "(d) *Public Involvement*. The public should be given a full and open opportunity to participate in decisions regarding acquisition and management of our National Wildlife Refuges."

⁶¹² "**Sec. 3.** Directives to the Secretary of the Interior. To the extent consistent with existing laws and interagency agreements, the Secretary of the Interior, in carrying out his trustee and stewardship responsibilities for the Refuge System, is directed to (...)"

⁶¹³ "(a) recognize compatible wildlife-dependent recreational activities involving hunting, fishing, wildlife observation and photography, and environmental education and interpretation as priority general public uses of the Refuge System through which the American public can develop an appreciation for fish and wildlife;"

O Secretário do Interior deve ainda expandir as oportunidades para o uso público prioritário das áreas componentes desse sistema, isto é, quando compatíveis e consistentes com sólidos princípios de manejo de pesca e de vida silvestre, a par do interesse público⁶¹⁴.

Deve também promover o aumento de oportunidades para as famílias experimentarem atividades em ambiente de vida silvestre, especialmente para que pais e filhos possam compartilhar de atividades ao ar livre, como a pesca e a caça⁶¹⁵.

É-lhe atribuída também a tarefa de gerir um modelo que assegure que a integridade biológica e ambiental do sistema seja mantida em benefício das gerações presentes e futuras de norte-americanos⁶¹⁶.

Uma *ordem executiva* de 1996 revela preocupação com revitalização de edifícios históricos localizados nas regiões centrais das cidades norte-americanas⁶¹⁷. O núcleo da proposta consistia efetivamente no incentivo para a instalação de repartições públicas em regiões deterioradas das regiões centrais das cidades norte-americanas. A diretiva é precedida de uma declaração presidencial, na qual se identificam os propósitos da iniciativa. Em tradução livre minha:

“Por intermédio de iniciativas para fortalecimento da Administração junto às comunidades, o Governo federal tem feito vários esforços para revitalizar o centro das cidades, os quais tem historicamente servido como centros de crescimento e de comércio em nossas áreas metropolitanas. Por isso, a Administração, pelo presente, reafirma o compromisso assumido na Ordem Executiva nº 12072 no sentido de fortalecer as cidades do País, estimulando a instalação de repartições públicas federais nas regiões centrais das cidades. A Administração também reafirma os compromissos assumidos na Lei de Preservação da História Nacional, no sentido de exercer liderança na preservação de recursos históricos, bem como na Lei de Uso Cooperativo de Prédios Públicos, de 1976, de modo a adquirir e utilizar espaço de construções disponíveis que contenham significado histórico, arquitetônico ou cultural. Com essa finalidade, o Governo federal deverá utilizar e manter, onde operacionalmente apropriado e economicamente prudente, propriedades e locais de importância histórica, especialmente aqueles localizados nas áreas centrais de negócios. Quando implementando essas políticas, o Governo federal deverá instituir práticas e processos que sejam sensíveis, compreensíveis e compatíveis com as autoridades

⁶¹⁴ “(b) provide expanded opportunities for these priority public uses within the Refuge System when they are compatible and consistent with sound principles of fish and wildlife management, and are otherwise in the public interest;”

⁶¹⁵ “(d) provide increased opportunities for families to experience wild life dependent recreation, particularly opportunities for parents and their children to safely engage in traditional outdoor activities, such as fishing and hunting;”

⁶¹⁶ “(e) ensure that the biological integrity and environmental health of the Refuge System is maintained for the benefit of present and future generations of Americans;”

⁶¹⁷ Ordem Executiva nº 13006, de 21 de maio de 1996.

*presentes, impondo o menor ônus possível, ao mesmo tempo em que promovendo o máximo benefício para a sociedade*⁶¹⁸.

Como já observado, basicamente, o modelo consistiu no comprometimento do Governo federal instalar, quando possível, repartições públicas em áreas deterioradas dos centros das cidades norte-americanas.

Outra iniciativa de política ambiental por intermédio do uso de *ordens executivas* se revela com um conjunto de medidas destinadas à proteção da saúde das crianças em face de riscos ambientais⁶¹⁹. A seção introdutória indica os contornos da medida, nos termos seguintes, também em tradução livre minha:

*“Um crescente conjunto de conhecimentos científicos demonstra que as crianças podem sofrer desproporcionalmente em relação a riscos ambientais, de saúde e de segurança. Esses riscos são maiores devido aos sistemas neurológicos, imunológicos, digestivos das crianças, ainda em desenvolvimento. Comparadas com adultos, e em relação ao peso de seus corpos, as crianças comem mais, bebem mais, respiram mais. O tamanho e o peso das crianças pode diminuir a proteção em relação a características regulares de segurança. O modelo de comportamento das crianças pode fazê-las mais suscetíveis a acidentes, porquanto são menos dotadas para se auto-protegerem. Consequentemente, na medida apropriada permitida por lei, e consistente com a missão de órgãos públicos, cada ente deverá dar alta prioridade na identificação e no acesso a riscos ambientais que possam desproporcionalmente afetar as crianças, bem como garantir que as respectivas políticas, programas, atividades e modelos enfrentam riscos desproporcionais que resultam em riscos às crianças*⁶²⁰.

⁶¹⁸ **“Section 1. Statement of Policy.** Through the Administration’s community empowerment initiatives, the Federal Government has undertaken various efforts to revitalize our central cities, which have historically served as the centers for growth and commerce in our metropolitan areas. Accordingly, the Administration hereby reaffirms the commitment set forth in Executive Order No. 12072 to strengthen our Nation’s cities by encouraging the location of Federal facilities in our central cities. The Administration also reaffirms the commitments set forth in the National Historic Preservation Act to provide leadership in the preservation of historic resources, and in the Public Buildings Cooperative Use Act of 1976 to acquire and utilize space in suitable buildings of historic, architectural, or cultural significance. To this end, the Federal Government shall utilize and maintain, wherever operationally appropriate and economically prudent, historic properties and districts, especially those located in our central business areas. When implementing these policies, the Federal Government shall institute practices and procedures that are sensible, understandable, and compatible with current authority and that impose the least burden on, and provide the maximum benefit to, society.”

⁶¹⁹ Ordem Executiva nº 13045, de 21 de abril de 1997.

⁶²⁰ *“A growing body of scientific knowledge demonstrates that children may suffer disproportionately from environmental health risks and safety risks. These risks arise because: children’s neurological, immunological, digestive, and other bodily systems are still developing; children eat more food, drink more fluids, and breathe more air in proportion to their body weight than adults; children’s size and weight may diminish their protection from standard safety features; and children’s behavior patterns may make them more susceptible to accidents because they are less able to protect themselves. Therefore, to the extent permitted by law and appropriate, and consistent with the agency’s mission, each Federal agency: (a) shall make it a high priority to identify and assess environmental health risks and safety risks that may disproportionately affect children; and (b) shall ensure that its policies,*

Criou-se uma força tarefa intragovernamental com o objetivo de monitorar o problema, engendrando-se esforço conjunto com o objetivo de ser prevenir e atacar os riscos ambientais que afetam a vida das crianças.

Preocupações com o ecossistema da região do Lago Tahoe, no Estado de Nevada, suscitaram uma *ordem executiva* de 1997⁶²¹. Promoveu-se uma parceria entre autoridades federais, estaduais, locais e tribais, com o objetivo de se proteger essa região, que a *ordem* identifica como sede de extraordinários recursos naturais, recreacionais e ecológicos.

Pretendia-se facilitar a coordenação entre programas, projetos e atividades federais na região, promovendo-se políticas e estratégias consistentes para o enfrentamento de preocupações locais⁶²². Iria-se estimular a órgãos federais que atuam na região a coordenar e dividir recursos e informações, evitando-se a desnecessária duplicação de iniciativas federais, eliminando-se a ineficiência da ação federal na maior extensão possível⁶²³.

Devia-se assegurar que o Governo federal agisse em coordenação próxima com os Estados da Califórnia e de Nevada, bem como com respectivas autoridades tribais e locais, para facilitar o alcance de condições desejáveis de ecossistema terrestre e aquífero, melhorando-se a recreação, o turismo e outras oportunidades econômicas na região⁶²⁴.

O apoio federal a programas e estudos regionais deveria observar metas ambientais de qualidade da água, de transporte, de qualidade do ar, de vegetação, de solos (fluxos de restauração ambiental), *habitats* de vida silvestre, de peixes, recursos cênicos, recreação e controle de ruídos⁶²⁵.

programs, activities, and standards address disproportionate risks to children that result from environmental health risks or safety risks."

⁶²¹ Ordem Executiva nº 13057, de 26 de junho de 1997.

⁶²² " (a) facilitate coordination of Federal programs, projects, and activities within the Lake Tahoe Region and promotion of consistent policies and strategies to address the Region's environmental and economic concerns".

⁶²³ " (b) encourage Federal agencies within the Region to coordinate and share resources and data, avoid unnecessary duplication of Federal efforts, and eliminate inefficiencies in Federal action to the greatest extent feasible; "

⁶²⁴ " (c) ensure that Federal agencies closely coordinate with the States of California and Nevada and appropriate tribal or local government entities to facilitate the achievement of desired terrestrial and aquatic ecosystem conditions and the enhancement of recreation, tourism, and other economic opportunities within the Region; "

⁶²⁵ " (d) support appropriate regional programs and studies needed to attain environmental threshold standards for water quality, transportation, air quality, vegetation, soils (stream environment zone restoration), wildlife habitat, fish habitat, scenic resources, recreation, and noise; "

A *ordem* previa também o apoio ao desenvolvimento de outras parcerias entre o poder público, a iniciativa privada e as comunidades tribais para a restauração e gerenciamento do ecossistema do Lago Tahoe, bem como à economia local⁶²⁶.

Prevvia-se o apoio a ações para melhora da qualidade da água do Lago Tahoe por intermédio de meios apropriados, incluindo-se a restauração das margens do lago, áreas de correntes, zonas ribeirinhas, pântanos e outras partes do lago, bem como seu manejo, controle de resíduos encontrados no ar, além de outras fontes de contaminação⁶²⁷.

Haveria também o apoio ao desenvolvimento de um manejo apropriado da vegetação, com o objetivo de se obter qualidade no ecossistema do lago, incluindo-se programas de replantio, de manutenção de estradas, de erradicação de problemas e de promoção da qualidade da floresta⁶²⁸.

Prevvia-se a negociação e a assinatura de um *memorando de entendimento* que vinculasse os Estados da Califórnia e de Nevada, o Governo tribal dos Washoe, além de autoridades locais, com o objetivo de se fixar uma linha de ação.

Há também registro de *ordem executiva* baixada com o objetivo de se proteger e de se restaurar rios norte-americanos, bem como as comunidades adjacentes⁶²⁹. Três eram os objetivos que se teriam justificado a *ordem*: proteção de recursos naturais e do meio ambiente, revitalização econômica e preservação histórica e cultural⁶³⁰.

De um modo muito amplo dispôs-se que órgãos e entes deveriam coordenar projetos federais, consistentes com respectivas missões e recursos com a finalidade de preservar, proteger e restaurar rios e recursos naturais a eles associados que tenham alguma importância para a história, a cultura e herança natural norte-americanas⁶³¹. Nesse sentido, a *ordem* impunha que órgãos e

⁶²⁶ " (e) encourage the development of appropriate public, private, and tribal partnerships for the restoration and management of the Lake Tahoe ecosystem and the health of the local economy; "

⁶²⁷ " (f) support appropriate actions to improve the water quality of Lake Tahoe through all appropriate means, including restoration of shorelines, streams, riparian zones, wetlands, and other parts of the watershed; management of uses of the lake; and control of airborne and other sources of contaminants; "

⁶²⁸ " (g) encourage the development of appropriate vegetative management actions necessary to attain a healthy Lake Tahoe ecosystem, including a program of revegetation, road maintenance, obliteration, and promotion of forest health; "

⁶²⁹ Ordem Executiva nº 13061, de 11 de setembro de 1997.

⁶³⁰ (a) The American Heritage Rivers initiative has three objectives: natural resource and environmental protection, economic revitalization, and historic and cultural preservation.

⁶³¹ (b) Executive agencies ("agencies"), to the extent permitted by law and consistent with their missions and resources, shall coordinate Federal plans, functions, programs, and resources to preserve, protect, and restore rivers and their associated resources important to our history, culture, and natural heritage.

entes deveriam ajudar na identificação de recursos privados e de entidades sem fins lucrativos com a finalidade de apoio aos esforços de revitalização⁶³².

Enfaticamente aos órgãos e entes estimulou-se a formação de parcerias com governos estaduais, locais e tribais, bem como com as respectivas comunidades e organizações não-governamentais⁶³³. No núcleo da proposta a identificação de rios que comporiam o sistema, marcados por alguma referência de historicidade (*Américan heritage river*). O processo de identificação seria submetido a critérios de seleção.

5. Vetos

A atuação legislativa do presidente norte-americano se dá também mediante o exercício do veto. Nesse caso, tem-se atuação presidencial predominantemente negativa no processo legislativo norte-americano. Há expressa previsão constitucional para esse poder⁶³⁴. Ao longo da Convenção na qual se discutiu o texto da Constituição havia três teses preponderantes a respeito do veto presidencial. O primeiro grupo, liderado por Benjamin Franklyn, propunha que todos os poderes normativos pertenciam ao Congresso; desse modo, não se poderia conceber o Executivo obstaculizando a ação do Legislativo.

Um segundo grupo, do qual fazia parte James Madison, defendia um Conselho de Revisão, formado pelo Presidente e por alguns juízes, com a finalidade de fazer um escrutínio nas leis aprovadas pelo Congresso. Um terceiro grupo, cujo principal líder era Butler, propunha que, ao invés do veto, poderia o presidente suspender os efeitos da lei aprovada pelo Congresso, até que esse último deliberasse ainda outra vez. Nenhuma dessas ideias triunfou⁶³⁵.

Franklyn Delano Roosevelt foi o presidente que votou o maior número de projetos de lei; foram 635 negativas de promulgação de leis que o Congresso havia encaminhado⁶³⁶. Grover Cleveland segue na lista, com um total de 584 vetos. Grover Cleveland foi o único presidente

⁶³² (g) *Agencies should, to the extent practicable, help identify resources in the private and nonprofit sectors to aid revitalization efforts.*

⁶³³ (h) *Agencies are encouraged, to the extent permitted by law, to develop partnerships with State, local, and tribal governments and community and nongovernmental organizations.*

⁶³⁴ Constituição dos Estados Unidos, art. I, sec 7, parágrafos 2 e 3.

⁶³⁵ Cf. Lyon, Hastings, *The Constitution and the Man Who Made It- The Story of the Constitutional Convention-1787-*, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1936, pp. 234 e ss.

⁶³⁶ Cf. Jimsey, George Mc, *The Presidency of Franklyn Delano Roosevelt*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

norte-americano a exercer por duas vezes o cargo, descontinuadamente. Vetava intensamente, firme na convicção de que a Presidência tinha como missão restringir os excessos do Congresso⁶³⁷.

Harry Truman, que viveu delicadíssimo momento histórico marcado pela guerra fria, valeu-se do veto por 250 vezes. Dwight David Eisenhower, que também chefiou o Executivo norte-americano no contexto da guerra fria⁶³⁸ lançou 181 vetos a lei encaminhadas para apreciação. Inclusive, tratou por intermédio de veto, de matérias de menor importância. Por exemplo, vetou projeto de lei que dispunha sobre melhoramentos de postos de gasolina no Distrito de Columbia, invocando que a medida contrariava os planos de ocupação da capital norte-americana⁶³⁹.

Ulisses S. Grant, herói da guerra civil norte-americana, vetou 93 projetos de leis. Theodore Roosevelt, na década de 1910, utilizou o instituto do veto 82 vezes⁶⁴⁰. Na opinião de estudioso do presidencialismo norte-americano, “o veto era apenas uma arma de autodefesa para o presidente; era o que propiciava ao presidente meios para manter seu juramento, no sentido de que se comprometia a preservar, proteger e defender a Constituição; não se prestando para nenhum outro propósito”⁶⁴¹. Transformou-se em importantíssimo mecanismo de enfrentamento do Congresso e de implemento de políticas públicas forjadas na agenda presidencial.

O instituto do veto reflete paradoxo, na compreensão de um professor norte-americano, em livro clássico, de 1890. Porquanto presentemente o veto pareça tão somente o poder de se barrar a passagem de proposta em lei, fora concebido inicialmente como prerrogativa para a construção (positiva) de lei. Esse paradoxo seria explicado pelo fato de que o processo legislativo permite que se exerça o direito de se aceitar ou de se rejeitar uma determinada proposição legislativa que se esteja discutindo. O veto, assim, exprime funções positivas e negativas; e sua função mais recente consiste no poder de se obstruir ou negar uma determinada proposição legislativa⁶⁴².

⁶³⁷ Cf. Gerhardt, Michael, *The Forgotten Presidents: Their Untold Constitutional Legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 127.

⁶³⁸ Cf. Pach Jr., Chester J. e Richardson, Elmo, *The Presidency of Dwight D. Eisenhower*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991, pp. 75 e ss.

⁶³⁹ Eisenhower, Dwight D., *Public Papers of the Presidents of the United States (1953)*, Washington: Office of the Federal Register, 1953, p. 525.

⁶⁴⁰ Cf. Bursch, Noel T., *T.R. - The Story of Theodore Roosevelt and his influence on our times*, New York: Reynal and Company, 1963.

⁶⁴¹ Corwin, Edward S., *The President- Office and Powers- 1787-1984*, New York and London: New York University Press, 1984, p. 319. No original: “The veto was solely a self-defensive weapon of the President; it was means furnished him for carrying out his oath, to preserve, protect and defend the Constitution and was not validly usable for any other purpose”.

⁶⁴² Cf. Mason, Edward Campbell, *The Veto Power- its Origin, Development and Function in the Government of the United States (1789-1889)*, Boston: Ginn and Company, 1890, p. 11. No original: “The veto power which today seems

A Constituição nada dispõe sobre as bases ou justificativas que o presidente deve usar para vetar um projeto de lei. Em princípio, várias considerações são levadas em conta, a exemplo da constitucionalidade da norma, de sua justiça e mesmo de sua utilidade. Porém, ainda que a justificação não seja mandatória, tem-se que o veto não se qualifica tão somente como um ato de vontade, absolutamente unilateral, como se fosse uma ordem monárquica. Em regra, os presidentes justificam suas razões de veto, cabendo ao Congresso, tão somente, colher os votos subsequentes, na hipótese de tentativa de derrubada do veto⁶⁴³.

O veto precede e controla a promulgação de uma lei⁶⁴⁴; confere ao presidente boa margem de controle do processo legislativo⁶⁴⁵; se revela como arma poderosa na ação negativa de presidentes e de governadores⁶⁴⁶. Trata-se de arranjo institucional contra-fático nos limite da expressão parlamentar do direito⁶⁴⁷. O veto qualifica-se por manifestar um poder efetivamente rescisório, afirmou um autor cuja primeira edição de seu livro é de 1917⁶⁴⁸. Originalmente, ao que parece, o uso do veto por parte dos presidentes norte-americanos era muito raro. Quando o faziam, registravam objeções às leis encaminhadas⁶⁴⁹.

Andrew Jackson notabilizou-se por ter usado o veto por sete vezes, sendo que o Congresso não conseguiu derrubar nenhum dos vetos então lançados⁶⁵⁰. Em 10 de julho de 1832 vetou projeto que pretendia garantir a criação de um segundo banco nacional norte-americano. Andrew Jackson

purely a power to prevent the passage of proposed laws, originated as a part of the power to make them. This paradox is explained by the fact that legislation includes the right of the legislating body either to accept or to to reject the propositions which it discusses. It has a positive and a negative function, and this latter function is in its nature a power to veto or deny”.

⁶⁴³ Cf. Anastaplo, George, *The Constitution of 1787- A Commentary*, Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1989, p. 47.

⁶⁴⁴ Jordan, E., *Theory of Legislation- An Essay on the Dynamics of Public Mind*, Chicago: The University of Chicago Press, 1952, pp. 366 e ss.

⁶⁴⁵ Cf. Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a nutshell*, St. Paul: West Publishing, 1986, p. 82.

⁶⁴⁶ Cf. Jewell, Malcolm e Patterson, Samuel C., *The Legislative Process in the United States*, New York: Random House, 1973. Conferir também Place, Lucille, *Parliamentary Procedure Simplified: A Complete Guide to Rules of Order*, New York: Frederick Fell, 1976.

⁶⁴⁷ Cf. Karcher, Joseph T., *Handbook on Parliamentary Law*, Charlottesville: The Michie Company Law Publishers, 1959.

⁶⁴⁸ Cf. Freund, Ernst, *Standards of American Legislation*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1965.

⁶⁴⁹ Cf. Corwin, Edward S. e Koenig, Louis W., *The Presidency Today*, New York: New York University Press, 1956, p. 87. No original: “Early presidents used the veto rarely, mainly to register objections on constitutional grounds (...)”.

⁶⁵⁰ Cf. Koenig, Louis W., *The Chief Executive*, New York: Harcourt, Brace and World Inc., 1964, p. 18.

fez do veto uma arma muito poderosa, especialmente quando da referida discussão em torno da certificação de um segundo banco nacional⁶⁵¹.

O banco funcionava desde o tempo de James Madison, seguia o modelo de Alexander Hamilton (criador do primeiro banco nacional norte-americano). A negativa de Jackson conduziu à privatização desse banco, em 1836. Considera-se esse veto como o mais celebrado de todos da história constitucional norte-americana. Deu-se em um clímax nas relações entre o executivo e o legislativo, marcando disputa que se ampliava desde 1830. Verifica-se a coragem de Andrew Jackson em enfrentar uma rejeição pelo Congresso, como uma consequência imprevisível. Andrew Jackson também enfrentou o Judiciário, porquanto a Suprema Corte, por intermédio do Juiz Marshall, já havia declarado constitucional a proposta que então se vetava⁶⁵².

Andrew Jackson interpretou audaciosamente a Constituição norte-americana, com consequências perigosas que poderiam conduzir a conclusões de algum modo também desastrosas. Concluiu esse raciocínio com um estudioso do presidencialismo norte-americano, observando que mencionado veto teria garantido a reeleição de Andrew Jackson em 1832, ainda que seus seguidores não pudessem prever que seria esse o resultado do embate com o Congresso⁶⁵³.

George Washington, por exemplo, vetou apenas dois projetos a ele encaminhados. Em 5 de abril de 1792 lançou objeções a um projeto que definia o número de representantes na Câmara dos Deputados com base no censo de 1790. Trata-se do primeiro veto que se tem notícia na história constitucional norte-americana. Washington invocou inconstitucionalidade na pretensão do Congresso. Ainda que os congressistas tentassem derrubar o veto de Washington, não lograram o quorum necessário. Comprovou-se a dificuldade que há na movimentação do legislativo com vistas a derrubada de veto presidencial.

A par de um enfrentamento político, o veto também suscita discussão em torno de importantíssimas questões de fundo constitucional. James Madison (que vetou 7 projetos de lei)

⁶⁵¹ Cf. Corwin, Edward S. e Koenig, Louis W., cit., loc. cit. No original: “ (...) but Andrew Jackson made it [the veto] a major weapon in his wars on the Bank of the United States”.

⁶⁵² Cf. Speer, Emory, *Lectures on the Constitution of the United States*, Macon: The J. W. Burke Company, 1897, p. 100.

⁶⁵³ Cf. Jackson, Carlton, *Presidential Vetoes- 1792-1945*, Athens: University of Georgia Press, 1967, p. 29. No original: “Executive disapproval of the Bank Rechartering Bill of 1832 remains the most celebrated veto in American history. It marked the climax of the presidential – legislative dispute which had been steadily developing since 1830. It showed the courage of Jackson in handing out a rejection whose consequences could not be foreseen. It also appeared to introduce a startling interpretation of the Constitution which could have momentous consequences if carried to its ultimate conclusions. Finally, it assured Jackson of reelection in 1832, although the Jacksonians could not be certain that this would result”.

insurgiu-se contra projeto do Congresso que pretendia incorporar a Igreja Episcopal de Alexandria (no estado da Virginia) ao Distrito de Columbia. Em 21 de fevereiro de 1811 vetou a iniciativa, com base em emenda constitucional que previa a liberdade religiosa. Foi essa a mesma justificativa utilizada por James Madison para vetar uma semana depois (em 28 de fevereiro de 1811) um projeto do Congresso que pretendia distribuir terras públicas no Estado do Mississippi em favor da Igreja Batista. Transita-se no complexo tema das relações entre Estado e Igreja. Vige nos Estados Unidos a *Establishment Clause Standard*, que impõe que o governo não pode manifestar preferência por nenhuma religião⁶⁵⁴.

Andrew Johnson vetou o *Civil Rights Act*, documento que garantia aos afrodescendentes o gozo de direitos civis⁶⁵⁵. Vivia-se momento histórico de muita dificuldade, a Guerra Civil se encerrara no ano anterior. O Congresso derrubou o veto. A Nação sentia-se ultrajada depois do assassinato de Lincoln, a quem se reportava a lei que Andrew Johnson quis vetar⁶⁵⁶. Havia um constrangimento em se vetar uma proposta de Lincoln.

Até o momento do limite cronológico do presente trabalho (fevereiro de 2014) foram contabilizados 2564 vetos presidenciais nos Estados Unidos. Desse total, 1497 foram vetos regulares, enquanto que se registra também 1067 *vetos de bolso*, modalidade que será explicada mais adiante. Comprovando-se a força do instrumento, observa-se que apenas 110 vetos foram derrubados. Isto é, apenas 4% dos vetos lançados pelo presidentes norte-americanos foram enfrentados e derrubados pelo Congresso.

Entende-se que o moderno veto presidencial possua uma qualidade dupla. Como um poder substantivo, é efetivamente potente. Porém, pode ser politicamente perigoso para o presidente que o usa intesamente. O veto, nessa concepção, detem também uma qualidade simbólica que, ainda que de alguma forma aparentemente abstrata, possa ser altamente útil para os presidentes⁶⁵⁷. O modelo do veto é eficiente para os fins aos quais se destina.

⁶⁵⁴ Cf. Berg, Thomas C., *The State and Religion in a nutshell*, St. Paul: West Group, 1998, p. 25 e ss.

⁶⁵⁵ Andrew Johnson foi o unico presidente norte-americano a sofrer um *impeachment*. Conferir, em relacao a essa particularidade de sua atuacao no governo, Trefousse, Hans L., *Impeachment of a President- Andrew Johnson, the Blacks and the Reconstruction*, Knoxville: The University of Tenesse Press, 1975. Uma pormenorizada descricao de sua vida esta na coletanea de seus escritos, Johnson, Andrew, *The Papers og Andrew Johnson*, Knoxville: The University of Tennessee Press, 1967. Para as linhas de um processo de *impeachment* presidencial nos Estados Unidos, conferir Black, Charles L., *Impeachment- a Handbook*, New Haven and London: Yale University Press, 1974.

⁶⁵⁶ Cf. Harris, William C., *Lincoln's Last Months*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 225.

⁶⁵⁷ Spitzer, Robert J., *The Presidential Veto- Touchstone of the American Presidency*, Albany: State University of New York Press, 1988, p. 145. No original: "*The modern veto power possesses a dual quality. As a substantive power, it is*

Além do veto presidencial há também os vetos dos governadores estaduais, como já informado⁶⁵⁸, com exceção do Estado da Carolina do Norte, no qual tal arranjo constitucional não é utilizado⁶⁵⁹. No caso do veto dos governadores, já se entendeu que não se trata de um prolongamento do veto do monarca inglês. Pode-se vislumbrar o governador exercitando sua autoridade, como representante de grupo econômico que investiu na região por ele comandada⁶⁶⁰. É compreensão comum que o veto do modelo constitucional norte-americano não seja absoluto; trata-se, no entanto, de um veto qualificado, no sentido de que o chefe do Executivo deve informar ao Legislativo suas razões, que podem ser derrubadas pelo Congresso⁶⁶¹.

Franklyn Delano Roosevelt foi o presidente norte-americano que mais leis vetou⁶⁶²; Truman⁶⁶³, Eisenhower⁶⁶⁴ e Ronald Reagan⁶⁶⁵ impuseram vetos a massiva legislação em matéria econômica, a eles submetida por Congressos abertamente hostís ao Executivo⁶⁶⁶.

Ronald Reagan contraditoriamente vetou projeto de lei que daria direito ao acesso ao Parque Nacional de Buffalo a proprietário rural cuja área era adjacente ao parque. Reagan argumentou que os parques deveriam servir a todos, sem discriminação a par do que, acrescentou, deveriam ser preservados⁶⁶⁷. Gerald Ford vetou projeto que tratava de subsídios ao leite; argumentou que iria onerar os contribuintes⁶⁶⁸.

Compreende-se também que o uso recorrente do mecanismo do veto seja arranjo institucional de grande importância política, porquanto mantém o Congresso permanentemente

potent, but politically dangerous for presidents who use it too much. The veto also has a symbolic quality that, though, ethereal, can be highly useful for presidents”.

⁶⁵⁸ Cf. Ogg, Frederic A. e Ray, P. Orman, *Introduction to American Government*, New York: D. Appleton Century Company, 1942, p. 783.

⁶⁵⁹ Cf. Antieau, Chester James, *The Executive Veto*, London: Oceana Publications, 1988.

⁶⁶⁰ Cf. McLaughlin, Andrew C., *The Foundations of American Constitutionalism*, New York: The New York University Press, 1932, p. 50.

⁶⁶¹ Cf. Antieau, Chester James, cit., p. 4. No original: “*The American veto is not an absolute veto, but only a qualified one, in the sense that the executive must provide the legislative with his objection and that it can be overridden by the legislature*”.

⁶⁶² Cf. Koenig, Louis W., cit., loc. cit.

⁶⁶³ Harry Truman apresentou 250 vetos. Desse total, 180 foram vetos regulares e 70 foram vetos *de bolso*.

⁶⁶⁴ Dwight David Eisenhower apresentou 181 vetos. Desse total, 73 foram vetos regulares e 108 foram vetos *de bolso*.

⁶⁶⁵ Ronald Reagan apresentou 78 vetos. Desse total, 39 foram vetos regulares e também 39 foram os vetos *de bolso*.

⁶⁶⁶ Cf. Koenig, Louis W., cit., pp. 18-19.

⁶⁶⁷ Reagan, Ronald, *The Puplic Papers of the Presidents of the United States (1988-1989)*, Washington: United States Government Printing Office, 1991, p. 1316.

⁶⁶⁸ Ford, Gerald R., *The Public Papers of the Presidentes ot the United States (1976-1977)*, Washington: United States Government Printing Office, 1979, p. 115.

avisado de que deve compor com o Presidente⁶⁶⁹. Vários presidentes não vetaram leis encaminhadas para promulgação⁶⁷⁰. Há também registros de presidentes que apresentaram número pouco significativo de vetos⁶⁷¹.

Na medida em que avaliamos mandatos mais recentes, o número de vetos aumenta, o que reflete conflitos do Executivo com o Congresso, circunstância potencializada pela complexidade das matérias submetidas ao Presidente. Nessa lista pode-se incluir Benjamin Harrison⁶⁷², William Mc Kinley⁶⁷³, Theodor Roosevelt⁶⁷⁴, Woodrow Wilson⁶⁷⁵, Calvin Coolidge⁶⁷⁶, Herbert Hoover⁶⁷⁷, John Kennedy⁶⁷⁸, Lyndon Johnson⁶⁷⁹, Richard Nixon⁶⁸⁰, Gerald Ford⁶⁸¹, Jimmy Carter⁶⁸², Ronald Reagan⁶⁸³, George H. W. Bush⁶⁸⁴ e Bill Clinton⁶⁸⁵.

George W. Bush lançou um pequeno número de vetos, o que naturalmente reflete o controle do partido republicano nas agendas do Senado e do Congresso⁶⁸⁶. Embora, bem entendido, na campanha presidencial de 2000, Bush mostrou-se preocupado com a diminuição da autoridade presidencial. Pregou que restauraria a moral na Casa Branca. Comprometeu-se a proteger o Executivo contra o Congresso, e não se portar como um refém do Poder Legislativo⁶⁸⁷.

⁶⁶⁹ Cf. Corwin, Edward S. e Koenig, Louis W., cit., p. 88. No original: "(...) used frequently, the veto keeps the legislators aware that they must reckon with the President".

⁶⁷⁰ São eles: John Adams, Thomas Jefferson, John Quincy Adams, William Henry Harrison, Zachary Taylor, Millard Fillmore e James Garfield.

⁶⁷¹ São eles: James Monroe (1 veto), Martin Van Buren (1 veto), John Tyler (10 vetos), James Polk (3 vetos), Franklin Pierce (9 vetos), James Buchanan (7 vetos), Abraham Lincoln (7 vetos), Rutherford Hayes (13 vetos), Chester Artur (12 vetos), Warren Harding (6 vetos).

⁶⁷² 19 vetos regulares e 25 vetos de bolso, com um total de 44 vetos.

⁶⁷³ 6 vetos regulares e 36 vetos de bolso, com um total de 42 vetos.

⁶⁷⁴ 42 vetos regulares e 40 vetos de bolso, com um total de 82 vetos.

⁶⁷⁵ 33 vetos regulares e 11 vetos de bolso, com um total de 44 vetos.

⁶⁷⁶ 20 vetos regulares e 30 vetos de bolso, com um total de 50 vetos.

⁶⁷⁷ 21 vetos regulares e 16 vetos de bolso, com um total de 37 vetos.

⁶⁷⁸ 12 vetos regulares e 9 vetos de bolso, com um total de 21 vetos.

⁶⁷⁹ 16 vetos regulares e 14 vetos de bolso, com um total de 30 vetos.

⁶⁸⁰ 26 vetos regulares e 17 vetos de bolso, com um total de 43 vetos. Entre os vetos regulares, em 17 de outubro de 1972 Richard Nixon vetou o *Clean Water Act*, substancialmente em matéria ambiental. Esse veto foi derrubado pelo Senado norte-americano.

⁶⁸¹ 48 vetos regulares e 18 vetos de bolso, com um total de 66 vetos.

⁶⁸² 13 vetos regulares e 18 vetos de bolso, com um total de 31 vetos.

⁶⁸³ 39 vetos regulares e 39 vetos de bolso, com um total de 78 vetos.

⁶⁸⁴ 29 vetos regulares e 15 vetos de bolso, com um total de 44 vetos.

⁶⁸⁵ 36 vetos regulares e 1 veto de bolso, com um total de 37 vetos.

⁶⁸⁶ 11 vetos regulares e 1 veto de bolso, com um total de 12 vetos.

⁶⁸⁷ Cf. Rudalevige, Andrew, *The New Imperial Presidency- Renewing Presidential Power After Watergate*, Ann Harbor: The University of Michigan Press, 2008, p. 211.

O veto é componente de técnica política que se realiza no tempo e que radica no tema clássico da separação dos poderes. Verifica-se em livro de meados do século XX informação que nos dá conta de que os autores da Constituição norte-americana levavam muito a sério as palavras de William Blackstone e de Montesquieu. Ambos enfatizavam a importância da separação entre funções legislativas, executivas e judiciais no governo. Esse modelo de separação fora observado pelos autores da Constituição dos Estados Unidos, sem que se registrasse formalmente no texto constitucional uma declaração de adesão a essa concepção⁶⁸⁸.

O poder de veto que a Constituição norte-americana confere ao presidente faz dele um terceiro ramo do Poder Legislativo, logo após a Câmara e o Senado. O poder de veto é substancialmente legislativo, na opinião de um autor clássico, em livro de 1891, para quem as questões apresentadas ao juízo do presidente são justamente as mesmas já discutidas nas duas casas do Congresso⁶⁸⁹. O poder de veto é um poder negativo, na medida em que o presidente pode, mediante o veto, restringir o alcance da atividade legislativa do Congresso⁶⁹⁰.

Na opinião de estudioso norte-americano o veto é, na essência, instrumento defensivo para o chefe do Poder Executivo. E também deveria ser visto como uma das armas mais poderosas que presidentes e governadores contam na tentativa de influenciarem o comportamento do Poder Legislativo⁶⁹¹. O crescimento das expectativas públicas e das demandas para a ação governamental fomentam conflitos entre o Congresso e o Executivo, realçando a importância da prerrogativa do uso do veto, por parte do Presidente da República⁶⁹². O veto também seria uma *última ratio* para uma tentativa de se garantir uma agenda política; o veto de Bush (pai) em matéria de leis de cotas é da assertiva um exemplo importante⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Cf. Clark, Georg L., *Summary of American Law*, Rochester: The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1949, p. 462. No original: “The framers of the United States Constitution had before them the words of Blackstone and Montesquieu each of whom had emphasized the importance of a general separation of the legislative, executive and judicial departments of Government and his separation was observed by them in framing the United States Constitution without including therein any formal statement of the theory”.

⁶⁸⁹ Cf. Cooley, Thomas M., *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston: Little, Brown, and Company, 1891, p. 49.

⁶⁹⁰ Cf. Burgess, John W., *Political Science and Comparative Constitutional Law*, vol. II, Boston: Ginn and Company, 1890.

⁶⁹¹ Cf. Keefe, William J. e Ogul, Morris S., *The American Legislative Process- Congress and the States*, New Jersey: Prentice Hall, 1999, p. 356. No original: “Essentially, the veto is a defensive weapon for the chief executive. Yet it also should be seen as one of the most powerful weapons in the arsenal of presidents and governors as they attempt to influence legislative behaviour”.

⁶⁹² Cf. Keefe, William J. e Ogul, Morris S., cit., p. 356.

⁶⁹³ Cf. Eastland, Terry, *Energy in the Executive- The Case for the Strong Presidency*, New York: The Free Press, 1992, p. 108.

Em livro que data originariamente de 1872, concebido como uma introdução ao direito norte-americano, e republicado cem anos depois, fez-se uma exposição do direito presidencial ao veto com fundamento na experiência constitucional inglesa. Segundo o autor, os atos do Congresso dependem de um escrutínio antes de se consumarem como lei. Trata-se de um julgamento que é competência do Presidente da República.

Na Inglaterra, prossegue o autor, o Rei tinha um poder negativo absoluto em relação aos atos do Parlamento. Porém, a negativa do Presidente, comparada com a negativa do Rei, revelava-se como uma negativa qualificada. A lei é remetida para o Presidente com expectativa de aprovação. Aprovando, ele a assina. Caso contrário, o Presidente reenvia o texto para a casa originária, instruindo o retorno com suas objeções⁶⁹⁴.

A natureza conceitual do veto, na história mais recente, é indubitavelmente inglesa. Informa um autor norte-americano que, quando o presidente recusa honrar um projeto de lei vindo do Congresso, vetando-o, e invocando inconstitucionalidade, exerce um poder que não se distingue do poder real de suspender e desconsiderar outros poderes, duas das prerrogativas mais excepcionais que no passado eram do detentor da Coroa Britânica.

Prossegue esse autor, observando que da Idade Média até o fim do século XVII, reis e rainhas da Inglaterra rotineiramente suspendiam e desconsideravam leis, sempre invocando que eram inconstitucionais. Depois de séculos de luta entre a Coroa e o Parlamento, a Declaração de Direitos de 1689 aboliu definitivamente essa prerrogativa da Coroa. Nos Estados Unidos, concluiu, no fim do século XX, os presidentes argumentam que tem o mesmo poder para ignorar leis que repute inconstitucionais⁶⁹⁵. Patina-se na história do direito inglês, espaço no qual, por muito tempo, era o rei quem fazia a lei⁶⁹⁶.

Em texto de 1868, republicado em 1998, também a propósito de uma introdução ao direito norte-americano, observou-se que do Presidente dos Estados Unidos e dos governadores estaduais não apenas se exigia que tomassem cuidado para que as leis fossem fielmente executadas. O poder

⁶⁹⁴ Cf. Walker, Timothy, *Introduction to American Law*, New York: Da Capo Press, 1972, p. 89. No original: “*But the acts of Congress must pass another ordeal before their consummation; and that is the scrutiny of the President. In England the King has an absolute negative upon the acts of Parliament; but the negative of the President is qualified. The bill is sent to him for approval. If he approves it, he signs it. If not, he sends it back to the house where it originated, with his objections*”.

⁶⁹⁵ Cf. May, Christopher M., *Presidential Defiance of Unconstitutional Laws*, Westport: Greenwood Press, 1998.

⁶⁹⁶ Cf. Stimson, Frederic Jesup, *Popular Law-Making- A Study of the Origin, History, and Present Tendencies of Law-Making by Statute*, New York: Charles Scribner's and Sons, 1912.

de veto os habilitava para controlar o Poder Legislativo, a menos que esse derrubasse os vetos com dois terços de seus votos⁶⁹⁷.

Quando a sua fundamentação, na origem, partia-se da premissa de que o sentimento e a opinião do povo seria refletida na Camara dos Deputados e que o Senado subsequentemente de uma certa forma reproduziria essa primeira tendência. Havia, no entanto, por parte dos autores da Constituição dos Estados uma preocupação muito grande com o avanço de legislação que reputavam de *irresponsável*, e que colidiria com os interesses que defendiam, e dos quais os respectivos sucessos econômicos eram absolutamente dependentes. Por isso, a necessidade de uma reserva de autoridade, que os atenderia, e que somente seria desconsiderada mediante quorum significativo no Congresso⁶⁹⁸.

O Poder Executivo não pode ser considerado como um poder estranho ao governo, neutro, que tão somente aplica as leis votadas pelo Congresso. O Executivo efetivamente participa na construção dos textos legais, de modo que também reflitam suas orientações, tendências e aspirações. De algum maneira, uma visão romanceada da experiência histórica poderia, no limite, perceber, ainda que paradoxalmente, o papel do veto enquanto elemento de neutralização de alguma forma de tirania legislativa⁶⁹⁹.

A Constituição norte-americana é muito clara quanto ao procedimento do veto presidencial. Dispôs-se que toda proposta de lei aprovada pela Camara ou pelo Senado deve ser apresentada ao Presidente para promulgação. Com a aquiescência do chefe do Executivo a lei é então aprovada, o que se confirma com a assinatura presidencial lançada na minuta que lhe foi encaminhada pelo Congresso.

Na hipótese do Presidente não concordar com o texto poderá devolver o projeto a casa legislativa originária, juntanto as razões de suas objeções. Essa negativa consiste no veto presidencial.

⁶⁹⁷ Cf. Wedgwood, William, *The Government and Laws of United States*, Littleton: Rothman, 1998, p. 86. No original: *"The President of the Nation and the governors of the States are not only required 'to take care that the laws are faithfully executed, but by their veto they can control the legislature, unless two thirds in Congress and in most of the State legislatures can be obtained in opposition to such veto'".*

⁶⁹⁸ Cf. Bacon, Charles W., *The American Plan of Government*, New York and London: G. P. Putnam's Sons, 1918, p. 83.

⁶⁹⁹ Cf. Epstein, David F., *The Political Theory of the Federalist*, Chicago and London: The Univesity of Chicago Press, 1984, p. 140.

A casa legislativa que encaminhou o projeto de lei vetado pelo presidente irá apreciar e discutir o conteúdo das objeções. O veto presidencial poderá ser derrubado por intermédio de dois terços dos votos colhidos na Câmara ou no Senado, dependendo de onde o projeto de lei fora originalmente aprovado. Com a coleta de dois terços dos votos o texto segue para a outra casa legislativa, para confirmação da derrubada do veto, o que demanda também mais dois terços dos votos dos parlamentares.

Estatisticamente, revela-se que pequeno percentual de vetos é derrubado. Como já indicado, 2.564 vetos apresentados por presidentes norte-americanos, o Congresso derrubou apenas 110 deles, isto é, algo em torno de 4%. Os presidentes que tiveram o maior número de vetos derrubados foram Andrew Johnson⁷⁰⁰, Gerald Ford⁷⁰¹, e Richard Nixon⁷⁰².

Pode-se acompanhar reflexão de professor norte-americano, admitindo-se que o modelo de separação de poderes é raramente um espaço de guerra por ele mesmo. Porém, a Constituição parece fazer um perene convite para a luta entre os três poderes. O modelo de freios e contrapesos concebido para enfrentar a tirania também outorga a cada um dos poderes ferramentas para que possam barganhar em torno de políticas, propostas e agendas. Na arena legislativa, prossegue, o veto é o instrumento primário que o presidente detém. Pergunta, em seguida, se o presidente não seria sistematicamente incentivado a usar o mecanismo do veto, com o objetivo de perseguir seus objetivos políticos⁷⁰³.

Há outro procedimento também, por intermédio do qual se processa uma aprovação tácita, pelo presidente, do projeto de lei que lhe foi encaminhado por uma das duas casas do Congresso. É que, não devolvendo a lei em dez dias (não contados os domingos), tem-se então que a lei foi efetivamente aprovada, ainda que de modo tácito.

Uma questão interessante, ainda que substancialmente acadêmica, foi levantada por outro autor norte-americano aqui estudado. Pode-se supor que o presidente venha a falecer dentro do período de dez dias que lhe é reservado para apreciar uma lei que lhe foi encaminhada. Indagou-

⁷⁰⁰ 15 vetos derrubados de um total de 29 vetos apresentados. Isto é, em torno de 52%.

⁷⁰¹ 12 vetos derrubados de um total de 66 vetos apresentados. Isto é, em torno de 18%.

⁷⁰² 7 vetos derrubados de um total de 43 vetos apresentados. Isto é, em torno de 33%.

⁷⁰³ Cf. Cameron, Charles M., *Veto Bargaining- Presidents and the Politics of Negative Power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. No original: “*The American separation of powers system is rarely at war itself. Nonetheless, the Constitution is an invitation to struggle (...) The checks and balances intended to stop the slide into tyranny also provide each organ with tools for bargaining over policy. In the legislative arena, the veto is the president’s primary tool. The question is, does the president have a systematic incentive to use the veto to pursue his policy goals?*”.

se se o vice-presidente poderia suprir a ausência do presidente, por esse relevante motivo justificado, aprovando efetivamente a lei encaminhada à chefia do Executivo.

Entendeu-se que essa situação não seria justificativa de paralização do processo legislativo. Isto é, o vice-presidente não teria a seu favor a interrupção do prazo, de modo que ainda disporia de mais dez dias para lançar seu aprovo ou, em sentido contrário, vetar a proposição que lhe foi encaminhada. O curioso é que a solução dada ao caso se fez com base nas práticas constitucionais inglesas, quando, até 1867, quando se produziu lei nesse sentido, a morte do monarca tinha como efeito a dissolução do Parlamento⁷⁰⁴.

O exercício do poder do veto presidencial se insere na questão do acompanhamento da continuidade do processo legislativo, por parte do presidente. A produção normativa é intermitente. Segundo autor norte-americano, uma boa parte da legislação dá início a programas governamentais efetivamente tangíveis, outorgam benefícios, regulam, organizam, procedimentalizam. Leis autorizam o gasto de dinheiro público. Propiciam que se apropriem de fundos. Instruem agentes públicos a cobrarem tributos. Leis são comportamentais, organizacionais, deixando resíduos estruturais uma vez que sejam aprovadas⁷⁰⁵.

Já se registrou que se o Presidente faz algo que a maioria do Congresso desaprove, pode a casa legislativa alterar as leis e prevenir o Presidente que não deve repetir a ação ou omissão. Porém, registre-se também, essa possibilidade é mais uma concepção teórica do que um fato da vida real. O Presidente detem o poder de vetar leis; isto é, se pretende continuar do modo como censurado pelo Congresso, uma minoria de um terço mais um voto em cada casa legislativa é suficiente para sustentar o veto⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Na construção da solução para esse problema abstrato o curioso está na metodologia, centrada na referência ao direito inglês. Corwin, Edward S., cit., p. 321. No original: "(...) suppose that a President died while still considering a bill: could the succeeding Vice-President sign effectively? I see no reasons why the legislative process should be stalled in any of these situations. Formerly, it is true, the death of the British Monarch involved the dissolution of Parliament, since Parliament meets on his personal summons; but this usage, which was abolished by statute in 1867, obviously furnishes the guidance by practice under the Constitution".

⁷⁰⁵ Cf. Jones, Charles O., *The Presidency in a Separated System*, Washington: The Brookings Institution, 1994, p. 183. No original: "Lawmaking is continuous. Most laws create tangible programs, benefits, regulations, organizations, or processes. They authorize the spending of money, then appropriate the funds. They instruct agents how to collect taxes. They are behavioural, organizational, and structural residues once laws are passed".

⁷⁰⁶ Cf. Sundquist, James L., in Nikolaieff, George A. (ed.), *The President and the Constitution*, New York: The H. W. Wilson Company, 1974, p. 77. No original: "If the President does something the majority in Congress disapproves, it can amend the law to prevent the President from doing it again. But this possibility is more theory than fact. The President retains the power of veto, and if he wants to go on doing what the congressional majority objects to, a minority of one third plus one of either house is sufficient to sustain his veto".

O conflito entre o Presidente e o Congresso pode revelar o nacionalismo daquele e o universalismo desse último; a percepção presidencial é substancialmente focada em discurso nacionalista⁷⁰⁷. De qualquer modo, há bases constitucionais que fomentam a rivalidade entre Executivo e Congresso⁷⁰⁸, especialmente porque, em princípio, haveria problemas em se falar de delegação de poderes legislativos, no regime de separação de poderes⁷⁰⁹.

O desejo do presidente no sentido de efetivamente comandar o governo decorre de disputa permanente com o Congresso. Presidente que comanda é aquele que vence de um modo tão forte que, na opinião de estudioso aqui citado, não se pode negar em Washington sua legitimidade para propor ou desistir de uma agenda política⁷¹⁰.

Houve também várias tentativas de presidentes norte-americanos vetarem apenas excertos de textos encaminhados para promulgação. Esse tipo de veto, parcial, fragmentário, é denominado pela doutrina norte-americana como *line-item veto*. Tal fórmula foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana, no celebre caso *Clinton v. City of New York*⁷¹¹.

Ao que consta, membros do partido republicano argumentaram, ao longos das décadas de 1980 e de 1990, que o poder do veto parcial (*line-item veto*) permitiria que o presidente deixasse a seu arbitrio o nível de aplicação parcial da norma questionada⁷¹². Nessa mesma época, os republicanos lançaram e divulgaram um conjunto de propostas, que denominaram de “*contrato com a América*”, e que dependiam da manutenção do mecanismo do veto parcial⁷¹³. Porém, ironicamente, mais tarde, os republicanos repudiaram Bill Clinton quando este presidente utilizou o veto parcial para invalidar propostas normativas aprovadas por maiorias repúblicas.

No caso *Clinton v. City of New York* o que se discutia, no limite, era constitucionalidade de uma ordem presidencial, ainda que fosse materializada por veto, de natureza parcial. O Congresso aprovou uma lei, em 1966, na qual se permitiu que o Presidente vetasse parcialmente textos normativos a ele encaminhados; trata-se de exemplo do *Line Item Veto Act*. Com base nessa

⁷⁰⁷ Cf. Heineman Jr., Ben e Hessler, Curtis A., *Memorandum for the President- A Strategic Approach to Domestic Affairs in the 1980's*, New York: Random House, 1980, p. 91.

⁷⁰⁸ Harris, Joseph P., *Congressional Control of Administration*, Washington: The Brookings Institution, 1964.

⁷⁰⁹ Levy, Richard E., *The Power to Legislate- A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport: Praeger, 2006, p. 123.

⁷¹⁰ Cf. Jones, Charles O., cit., p. 3. No original: “Surely if any president is to command the government, it will be one who wins so overwhelmingly that no one in Washington can deny his legitimacy for setting and cleaning the agenda”.

⁷¹¹ Cf. Crenson, Matthew e Ginsberg, Benjamin, *Presidential Power: Unchecked and Unbalanced*, New York and London: W.W. Norton and Company, 2007, p. 348.

⁷¹² Cf. Crenson, Matthew e Ginsberg, Benjamin, cit., loc. cit.

⁷¹³ Cf. Crenson, Matthew e Ginsberg, Benjamin, cit., loc. cit.

disposição legal, o Presidente Clinton vetou algumas partes de uma lei orçamentária de 1997. A municipalidade de Nova Iorque, sentindo-se prejudicada pelo veto parcial, judicializou a questão, a luz de fortíssimo impacto constitucional.

O veto que Clinton havia parcialmente lançado na lei orçamentária que então se discutia teve como consequência o fato de que a municipalidade de Nova Iorque deveria pagar ao governo federal valores devidos ao programa federal de saúde (*Medicaid*), fazendo-o por intermédio da suspensão de alguns créditos fiscais que foram garantidos a cooperativas de produtores de alimentos. Junto à municipalidade de Nova Iorque, algumas empresas que foram diretamente prejudicadas pelo veto presidencial provocaram o Judiciário.

O relator, Juiz Stevens, opinou que as disposições da lei discutida eram inconstitucionais. A referida lei autorizava que o Presidente da República poderia vetar integralmente três modalidades de disposições contidas em um projeto de lei. O Presidente poderia vetar a alocação de valores que poderiam ser utilizados discricionariamente, nos termos da lei orçamentária. Poderia vetar qualquer rubrica de novos gastos. Poderia também vetar benefícios fiscais contidos em leis orçamentárias.

Nos termos da lei questionada, para que o Presidente exercesse o direito de veto parcial, nas situações acima descritas, deveria comprovar que a medida diminuiria o deficit orçamentário federal, que não paralisaria nenhuma das funções essenciais do governo e que não resultaria em ameaça ao interesse público. O Congresso poderia derrubar esses vetos por maioria, não havendo necessidade do quorum exigido para a derrubada do veto convencional.

O Juiz Kennedy votou com o relator, porém por outros motivos. Justificou sua decisão com a doutrina da separação dos poderes, que fora concebida para proteger a liberdade, na medida em que a concentração de poderes em so órgão governamental e ameaça absoluta a liberdade.

O Juiz Scalia percebeu a questão sob uma outra ótica. Entendeu que a lei autoriza ao Presidente a não gastar valores previstos na lei orçamentária, o que seria distinto de simplesmente cancelar a alocação de dinheiro público. O Juiz Breyer também discordou do relator, argumentando que o veto parcial, em questões orçamentárias, permite que o governo representativo funcione mais apropriadamente.

Ainda antes da Suprema Corte decidir pela inconstitucionalidade do veto parcial, o Congresso tomou importante medida para proteger o conjunto da legislação que encaminhava para

sanção presidencial. O Congresso adotou a tese de que deveria preparar textos legislativos longos, que tratassem de vários assuntos (*tese da omnibus bill*).

De acordo com estudioso norte-americano, o Congresso procurou agrupar em uma mesma lei o maior número possível de temas, apresentados em bloco normativo único. O presidente hesitaria em vetar a lei toda, previdente com o veto parcial, justamente porque poderia estar deixando de aprovar medidas legislativas que fossem importantes e necessárias. No dizer do constitucionalista aqui estudado, o presidente *jogaria o bebê para fora da banheira, com o propósito de se livrar da água*. Há notícias de peças legislativas que contavam centenas de páginas. De tal modo, ao vetar um determinado parágrafo, o presidente corria o risco de deixar de lado matéria legislativa substancialmente importante⁷¹⁴.

Por outro lado, prossegue esse autor, os presidentes tem defendido a possibilidade do uso do veto parcial como uma medida para enfrentarem a tese do *omnibus bill* adotada pelo Congresso norte-americano. Em várias unidades federadas norte-americanas se conhecesse o instituto do veto parcial. O objetivo é garantir que os presidentes possam selecionar parcelas de legislação que realmente queiram aprovar. Assim, poderiam deixar de aprovar o que não interessa, e mesmo assim, garantir o andamento de legislação que se apresente como socialmente benéfica⁷¹⁵.

Em 1996 o Congresso surpreendentemente aprovou uma lei que permitia que o presidente opusesse vetos parciais aos textos legais encaminhados a Casa Branca para promulgação. A Suprema Corte, no entanto, não considerou a medida constitucional, argumentando que o veto parcial permite que o presidente reescreva as leis que lhe são submetidas para apreciação⁷¹⁶.

Entendem os constitucionalistas norte-americanos que o veto é instrumento absolutamente poderoso, em favor do presidente, dado que o Congresso precisa de dois terços dos votos para derrubá-lo. Porém, o veto, porque não pode ser parcial, substancializa um grave defeito; isto é, o

⁷¹⁴ Cf. Koenig, Louis W., cit., p. 19. No original: “*Principally, it [the Congress] can group so many itens together in one package, called an ominibus bill, that the president may hesitate to veto the bill for fear of throwing the baby out with the bathwater. Much legislation currently runs hundreds of pages, so the risk – of vetoing the offending paragraphs is that hundreds of pages of beneficial legislation may never be enacted*”.

⁷¹⁵ Cf. Koenig, Louis W., cit., loc. cit. No original: “*Presidents have long advocated a line item veto to counteract the power of omnibus bills, as exists in many states. In that way, presidents can pick and choose which congressional provisions to aprove. They can disapprove of so-termed pork and yet retain socially beneficial legislation*”.

⁷¹⁶ Cf. Koenig, Louis W., cit., loc. cit.

presidente deve aceitar uma lei integralmente ou rejeitá-la também integralmente: não pode vetar fragmentos ou passagens da lei que lhe foi submetida para aprovação⁷¹⁷.

O veto é fonte permanente de problemas para o Congresso norte-americano, dado que realça o poder presidencial de um modo espantoso. A necessidade dos dois terços dos votos, acima mencionada, torna a derrubada do veto uma proeza politicamente memorável⁷¹⁸.

Há ainda outra variável do veto, denominada de *veto de bolso* (*pocket veto*), e que também já foi muito recorrente na história política dos Estados Unidos. Ocorre quando, no curso ordinário dos fatos, o presidente ainda está apreciando lei que lhe foi enviada quando, por força do calendário do Legislativo, os congressistas entram em recesso ou saem de férias.

Isto é, se o projeto se encontra nas mãos do presidente no momento em que o Congresso suspende as atividades, tem-se como resultado a absoluta invalidade da proposta. Assim, recebendo o projeto de lei em momento que antecede ao recesso legislativo pode o presidente se recusar a devolver o texto (desde que no período de dez dias contados do recebimento), fulminando definitivamente a lei que dependia de apreciação presidencial⁷¹⁹.

Esses *vetos de bolso* possuem características interessantes. Mais uma vez de acordo com outro professor norte-americano, os *vetos de bolso* são absolutos, isto é, uma vez ocorrida a preclusão no tempo não há como o Congresso derrubá-los. E ainda, devido a tendência do Congresso em completar boa parte do trabalho devido ao fim das sessões legislativas, o *veto de bolso* acaba se transformando em instrumento muito importante importante.

Contando-se de George Washington a Ronald Reagan os presidentes lançaram 2.453 vetos; desse número, 1.040 decorreram da não devolução do texto ao longo de recesso legislativo⁷²⁰. Avançando-se até Barack Obama esses números aumentaram, como acima demonstrado. Quanto aos chamados *vetos de bolso* tem-se que Franklyn Delano Roosevelt foi o presidente que mais o

⁷¹⁷ Cf. Koenig, Louis W., cit., p. 139. No original: “*The Constitution endows the President with the veto, a most powerful weapon in the game of open politics. The veto’s grave defect is that it is total and not partial. The President must accept or reject a bill as a whole; he cannot veto particular items and approve the rest*”.

⁷¹⁸ Cf. Shane, Peter M. e Bruff, Harold H., cit. p. 102.

⁷¹⁹ Cf. Corwin, Edward S. e Koenig, Louis W., cit., p. 171. No original: “*In the ordinary course of events, if the president does not sign or veto a bill within ten weekdays after receiving it, it becomes law without the chief executive signature. But if Congress adjourns within the ten days, the president, by taking no action, can kill the bill*”.

⁷²⁰ Cf. Mc Donald, Forrest, *The American Presidency- an Intellectual History*, Lawrence: University Press of Kansas, 1994, p. 349. No original: “*Pocket vetoes have some quirky characteristics. They are absolute, not subject to override, and because of a tendency of Congress to complete much of its work at the end of sessions, the instrument become a potent one: 1,040 of the 2,453 bills killed by the presidents from George Washington through Ronald Reagan were pocket vetoes*”.

utilizou: foram 263 projetos de lei vetados por intermédio dessa fórmula. Grover Cleveland lançou 238 *vetos de bolso*. Dwight Eisenhower também utilizou frequentemente a fórmula: *Ike* usou do *veto de bolso* por 108 vezes.

O *veto de bolso* é arranjo institucional que parece indicar um poder absoluto do presidente em relação ao Congresso, cumpridas as condições que a Constituição exige. De fato, o presidente não devolve para o Legislativo um texto legal que não aprovou, com a indicação precisa de suas objeções. O Congresso entrou em recesso. A lei não pode ser aprovada. E poderá ser novamente proposta e discutida apenas na sessão legislativa superveniente⁷²¹.

O veto é importante instrumento a favor do presidente, também na medida em que permite ao chefe do Executivo obstaculizar legislação que vá de encontro de agenda política que desenvolva, e da qual depende. O presidente, assim, por intermédio do direito de veto pode influenciar, se não mesmo controlar, a pauta do Poder Legislativo. A própria ameaça do uso do veto já indica ao Congresso que há necessidade para revisão ou abandono de legislação em discussão⁷²².

Os núcleos conceituais do veto foram estudados sistemática e profundamente em monografia de William Howard Taft, refletindo a experiência de quem ocupou a presidência norte-americana⁷²³ e, anos depois, a presidência da Suprema Corte⁷²⁴. Para Taft (e o livro é de 1916) a natureza do veto se mostra puramente legislativa. É disposição constitucional que determina que, passado projeto de lei pelas duas casas do Congresso, deve este ser encaminhado para o Presidente. Aprovando, deve o presidente assinar o texto. Porém, desaprovando, deve retorná-lo ao Congresso, com suas razões anotadas, para a casa que originariamente enviou o projeto. Esta deverá reconsiderá-lo, e por dois terços de seus membros podera derrubar o veto. O projeto originariamente vetado torna-se lei⁷²⁵.

⁷²¹ Cf. Shane, Peter M. e Bruff, Harold H., cit. p. 106.

⁷²² Cf. Krent, Harold J., *Presidential Powers*, New York and London: New York University Press, 2005, p. 17. No original: “*The power to block legislation also permits presidents to shape, if not control, the legislative agenda. The threatened use of a veto itself can cause Congress to revise or abandon planned legislation*”.

⁷²³ Ha especulações no sentido de que William Howard Taft teria se sentido humilhado quando não se reelegeu em 1912, o que o manteve obstinado com uma cadeira na Suprema Corte. Cf. Mason, Alpheus Thomas, *William Howard Taft: Chief Justice*, New York: Simon and Schuster, 1965, p. 66.

⁷²⁴ Taft, William Howard, *Our Chief Magistrate and his Power*, Durham: Carolina Academic Press, 2002.

⁷²⁵ Cf. Taft, William Howard, cit., p. 14. No original: “*The character of the veto power is purely legislative. The Constitution provides that after both Houses shall have passed a bill, it shall be presented to the President; that if he approve it, he shall sign it, but, if not, that House he shall return it, with his objection, to the House in which it*

Observa também Taft que já se sugeriu que o veto teria uma natureza executiva. Dessa premissa Taft discordava. De fato, o presidente não teria poder para introduzir um projeto de lei junto ao Congresso. Ele tem somente o poder de recomendar medidas que julgue necessárias e expedientes, e que as submete a consideração do Congresso⁷²⁶.

O presidente, continua Taft, não participa das discussões no Congresso. O presidente não tem poder para vetar partes do texto discutido, de modo a permitir que apenas uma parte dele seja promulgada como lei. Ao presidente cumpre aceitar ou rejeitar a lei, integralmente. A rejeição, registra Taft, não é final e definitiva, a menos que mais um terço de uma das casas sustentem o veto lançado. Porém, conclui Taft, ainda que com essas características, é o presidente uma figura participante no processo legislativo⁷²⁷. Em seu mandato, Taft apresentou 39 vetos. Desse total, 30 foram vetos regulares, e nove foram *vetos de bolso*.

5) Poderes de Guerra

A extensão e os limites dos poderes do Presidente dos Estados Unidos é assunto que suscita nos Estados Unidos um intenso debate, absolutamente amargo, complexo e urgente, também como resultado dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque e no Pentágono. Esse assunto, para muitos, problematiza o tema do distanciamento de uma Constituição que todos dizem conhecer em face de uma Constituição efetivamente escrita e aplicada⁷²⁸.

Nesse debate constata-se a atuação de John Yoo, professor de direito constitucional na Universidade da Califórnia, em Berkeley, e que atuou junto ao Departamento de Estado norte-americano de 2001 a 2003⁷²⁹. Então ligado diretamente ao Advogado-Geral (*Attorney-General*) Yoo

originated, which shall proceed to reconsider it and that if two-thirds of the House where it shall be reconsidered, and if approved by two-thirds of that House, it shall become law”.

⁷²⁶ Cf. Taft, William Howard, cit., loc. cit. No original: *“It has been suggested by some that the veto power is executive. I do not see quite how. Of course the President has no power to introduce a bill into either House. He has the power of recommending expedient to the consideration of Congress”.*

⁷²⁷ Cf. Taft, William Howard, cit., loc. cit. No original: *“But he [the President] takes no part in the the running discussion of the bill after it is introduced or in its amendments. He has no power to veto parts of the bill and allow the rest to become a law. He must accept it or reject it, and his rejection of it is nor final unless he can find one more than one-third of the one of the Houses to sustain him in his veto. But even with these qualifications, he is still participant in the legislation”.*

⁷²⁸ E o tema da *constituição invisível*. Consultar, por todos, Tribe, Lawrence H., *The Invisible Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2008, especialmente p. 51.

⁷²⁹ O professor John Yoo me recebeu cordialmente na Universidade de Berkeley, em fevereiro de 2014, discutindo longamente os poderes presidenciais, e presenteando-me com o terceiro de seus livros sobre a relação entre o Presidente e a Guerra contra o Terror. Yoo, John, *Crisis and Command- A History of Executive Power from George Washington to the Present*, New York: Kaplan Publishing, 2011.

produziu uma serie de pareceres (*memoranda opinions*) nos quais defendeu intransigentemente poderes ilimitados para o presidente, nas hipoteses de segurança nacional, política externa e ameaça ou crise iminente.

John Yoo redigiu pareceres sobre as hipoteses de não aplicação da Convenção de Genebra nos casos de prisioneiros acusados de ligação com o terrorismo, sobre meios ilimitados de interrogatórios de suspeitos de ligação com o terrorismo, sobre a legalidade da detenção de acusados em Gantamano, em Cuba, sobre a legalidade de tribunais militares e, principalmente, sobre o poder do presidente dos Estados Unidos no uso da força contra os terroristas. John Yoo também publicou livro no qual relata sua experiência junto ao Governo, no conturbado período subsequente aos ataques terroristas⁷³⁰.

John Yoo recebeu duras críticas de Hárold H. Bruff, que o acusou de converter suas visões pessoais em política nacional⁷³¹. Há também críticas de Samuel Walker, para quem os assessores de Bush teriam fomentado uma cultura de suspeita, espionagem e segredo⁷³², na qual se fez um assalto sistemático a Constituição⁷³³. Criticou-se John Yoo por conta de parecer no qual se afirmou que na guerra contra o terrorismo os direitos de livre expressão, consagrados na primeira emenda a Constituição, subordinavam-se a necessidade do enfrentamento do inimigo⁷³⁴. Para Samuel Walker, os pareceres de John Yoo que redundaram no uso da tortura tinham por objetivo apresentar alguma racionalidade jurídica para uma prática que a Administração sabia condenável por princípios humanitários consagrados⁷³⁵.

Entre os opositores das ideias de apoio a ação presidencial, como enunciadas por John Yoo, um grupo de intelectuais que contesta a tese de poderes ilimitados para o presidente, especialmente em situações de emergência, miríade de pensadores liberais, a exemplo de Louis Fischer⁷³⁶, Chris

⁷³⁰ Yoo, John, *War by Another Means- An Insider's Account of the War on Terror*, New York: Atlantic Monthly Press, 2006.

⁷³¹ Cf. Bruff, Harold H., *Bad Advice- Bush Lawyers in the War of Terror*, Lawrence: University Press of Kansas, 2009, p. 122.

⁷³² Cf. Walker, Samuel, *Presidents and Civil Liberties from Wilson to Obama, a Story of Poor Custodians*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 463.

⁷³³ Cf. Walker, Samuel, cit., p. 457.

⁷³⁴ Cf. Walker, Samuel, cit., p. 465.

⁷³⁵ Cf. Walker, Samuel, cit., p. 476.

⁷³⁶ Fisher, Louis, *Presidential War Power*, Lawrence: University Press of Kansas, 2004. A edição original do livro de Louis Fisher é de 1995, portanto, antes dos ataques terroristas a New York e ao Pentágono.

Edelson⁷³⁷, Joseph Marquiles⁷³⁸, Bruce Ackerman⁷³⁹, James R. Silkenat, Mark R. Shulman⁷⁴⁰, Geoffrey Perret⁷⁴¹, Seth Weinberger⁷⁴² e Sidney Blumenthal⁷⁴³, entre tantos outros, incluindo-se jornalistas⁷⁴⁴.

Louis Fisher é autor de um clássico livro sobre poderes presidenciais, no qual sustentou o argumento da designação constitucional do presidente como comandante-em-chefe como mera técnica de preservação da supremacia civil sobre os militares⁷⁴⁵. Por outro lado, em favor de John Yoo, como se verá, passagem de Louis Fisher no sentido de que o Parlamento inglês obteve o poder de determinar regras financeiras em 1660, mas que o poder de declaração de guerra ainda permaneceria no sistema inglês como uma prerrogativa do Monarca⁷⁴⁶. Louis Fisher é um reputado constitucionalista, conhecido por defender a necessidade de que as instituições jurídicas tenham qualidade e inserção social positiva, no contexto das teorias neoinstitucionalistas⁷⁴⁷.

Há também o importantíssimo relato de Jack Goldsmith, professor na Universidade de Chicago, que trabalhou com John Yoo e com os advogados de George W. Bush. Trata-se de relato de experiências, discussões e frustrações que viveu no Governo, nos dez meses em trabalhou no Departamento de Estado. Jack Goldsmith explica por que divergiu da administração de Bush e narra os traumas de sua estada e saída na administração. Jack Goldsmith diverge das posições de John Yoo⁷⁴⁸.

⁷³⁷ Edelson, Chris, *Emergency Presidential Powers*, Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.

⁷³⁸ Marquiles, Joseph, *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*, New York: Simon and Schuster, 2006.

⁷³⁹ Ackerman, Bruce, *Before the Next Attack- Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven: Yale University Press, 2006.

⁷⁴⁰ Silkenat, James R. e Shulman, Mark R. (ed.), *Presidency and the Consequences of 9/11-Lawyers React to Global Law on Terrorism*, Westport: Praeger, 2007.

⁷⁴¹ Perret, Geoffrey, *Commander in Chief- How Truman, Johnson and Bush Turned a Presidential Power into a Threat to America's Future*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2007.

⁷⁴² Weinberger, Seth, *Restoring the Balance- War Powers in an Age of Terror*, Santa Barbara: ABC-Clio, 2009.

⁷⁴³ Blumenthal, Sidney, *How Bush Rules- Chronicles of a Radical Regime*, Princeton: Princeton University Press, 2006.

⁷⁴⁴ Entre eles, Woodward, Bob, *State of Denial*, New York: Simon and Schuster, 2006, bem como, do mesmo autor, *The War Within- A Secret White House History- 2006-2008*, New York: Simon and Schuster, 2008.

⁷⁴⁵ Cf. Fisher, Louis, cit., p. 10.

⁷⁴⁶ Cf. Fisher, Louis, cit., p. 1.

⁷⁴⁷ A propósito da influência dos trabalhos de Louis Fisher, conferir Spitzer, Robert J., *Politics and Constitutionalism- The Louis Fisher Connection*, Albany: State University of New York Press, 2000.

⁷⁴⁸ Cf. Goldsmith, Jack, *The Terror Presidency- Law and Judgement Inside the Bush Administration*, New York and London: W.W. Norton and Company, 2007.

O assunto conta com ampla bibliografia, que varia do estudo de decisões da Suprema Corte norte-americana sobre a atuação presidencial no combate ao terrorismo⁷⁴⁹; ao enfrentamento da questão sob um ponto de vista ligeiramente a favor do papel do presidente⁷⁵⁰; ao debate ainda nas décadas de 1990⁷⁵¹; de 1980⁷⁵² e de 1970⁷⁵³.

O presente excerto do trabalho se divide em duas secões. Na primeira delas, faz-se levantamento da atuação do Presidente Bush no primeiro mês que sucede aos ataques terroristas de 11 de setembro. Utiliza-se como fonte publicação do governo norte-americano, referente a todos os pronunciamentos presidenciais, em discursos, cartas, memorandos, entrevistas e intervenções no rádio e na televisão⁷⁵⁴. Em seguida, tenta-se uma síntese nas teses de John Yoo, com o objetivo de se demonstrar os fundamentos conceituais, históricos e constitucionais de um projeto político com o claro propósito de fortalecimento dos poderes presidenciais.

6.1) A ação do Presidente Bush logo após aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001

A primeira reação pública do Presidente George W. Bush⁷⁵⁵ aos ataques terroristas as torres gêmeas de Nova Iorque em 11 de setembro de 2001 deu-se por intermédio de um discurso feito a Nação, às 8 e 30 da noite, na Sala Oval da Casa Branca⁷⁵⁶. Bush iniciou sua fala lembrando que

⁷⁴⁹ Wheeler, Darren A., *Presidential Power in Action- Implementing Supreme Court Detainee Decisions*, New York: Palgrave Macmillan, 2008.

⁷⁵⁰ Westerfield, Donald L., *War Powers: The President, the Congress and the Question of War*, Westport: Praeger, 1996. O prefácio e de Donald H. Rumsfeld, que protagonizou importante papel na administração no norte-americano ao longo do governo de George W. Bush.

⁷⁵¹ Stern, Gary M. e Halperin, Morton H., *The United States Constitution and the Power to Go to War- Historical and Current Perspectives*, Westport: Greenwood Press, 1994.

⁷⁵² Thomas, Ann van Wynen e Thomas Jr., A. J., *The War- Making Powers of the President- Constitutional and Legal Aspects*, Dallas: SMU Press, 1982.

⁷⁵³ Smith, Malcolm J. e Jurika Jr., Stephen, *The President and National Security: His Roles as Commander-in-Chief*, Dubuque: Kendall/Hunt, 1972.

⁷⁵⁴ Bush, George W., *Public Papers of the Presidents of the United States (2001)*, Washington: United States Government Printing Office, 2003.

⁷⁵⁵ O conjunto de reações de George W. Bush ensejou indignação de alguns setores da sociedade norte-americana que redundaram em fracassada tentativa de *impeachment*. Conferir, entre outros, Goodman, William, *Articles of Impeachment Against George W. Bush*, New Jersey: Melville Housing Publishing, 2006, Loo, Dennis e Philips, Peter (ed.), *Impeach the President- The Case Against Bush and Cheney*, New York: Seven Stories Press, 2006. Esse livro conta com prefácio de Howard Zinn, e é dedicado a liberdade de imprensa, aos direitos humanos, aos direitos de privacidade e aos direitos das pessoas denunciarem a onipotência e a tirania.

⁷⁵⁶ O conteúdo dessa declaração encontra-se publicado em Bush, George W., *Public Papers of the Presidents of the United States (2001)*, Washington: United States Government Printing Office, 2003, p. 1099.

naquele dia o modo de vida e o sentido de liberdade foram atacados por uma série de atos terroristas mortais e deliberados⁷⁵⁷.

Frisou que as vítimas desses ataques estavam nos aviões, ou em nos escritórios nos quais trabalhavam. Eram secretarias, negociantes, militares, servidores federais, pais e mães, amigos e vizinhos⁷⁵⁸. Observou também que mais de mil vidas foram abruptamente encerradas por atos malignos de terror. Continuou seu discurso referindo-se ao fato de que os norte-americanos se sentiram descrentes, terrivelmente tristes, com uma irreprimível ira, na medida em que viram as fotos dos aviões sobre os edifícios que explodiam, o aço queimando, as imensas estruturas em colapso⁷⁵⁹. Avancou, dizendo que a carnificina fora premeditada para assustar a Nação norte-americana, levando-a ao caos; porém, concluiu, os terroristas não venceriam. A América, concluía o presidente, naquele momento de mais absoluta emoção, era forte⁷⁶⁰.

No dia seguinte, 12 de setembro, no contexto da mais absoluta comoção, Bush discursou na Casa Branca, por volta das 10 e 53 da manhã. Antecipando medidas que tomaria, tergiversou, no entanto, ao afirmar que os Estados Unidos jamais deixariam que o inimigo terrorista vencesse a guerra mudando o modo de vida norte-americano, ou mesmo restringindo a liberdade que se vive no país⁷⁶¹.

No mesmo dia, 12 de setembro de 2001, no fim da tarde, Bush visitou o Pentágono (um dos locais atacados). Discursou rapidamente, com tom otimista, anunciando que iria agir. A Nação estava de luto. Porém, o governo permaneceria trabalhando e cumprindo sua missão; em alerta máximo para o enfrentamento de alguma outra possível atividade terrorista⁷⁶².

Em dia marcado por intensa atividade, Bush ainda enviou um memorando para todos os chefes de órgãos e entes da Administração Federal, autorizando que se dispensasse do trabalho, sem prejuízo de vencimentos, todos os servidores que de algum modo estivessem colaborando

⁷⁵⁷ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"Today our fellow citizens, our way of life, our very freedom came under attack in a series of deliberate and deadly terrorist acts"*.

⁷⁵⁸ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"The victims were in airplanes or in their offices: secretaries, business men and women, military and federal workers, mothers and fathers, friends and neighbors"*.

⁷⁵⁹ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"Thousands of lives were suddenly ended by evil, despicable acts of terror. The pictures of airplanes flying into buildings, steel burning, huge structures collapsing have filled us with disbelief, terrible sadness, and a quiet, unyielding anger"*.

⁷⁶⁰ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"These acts of mass murder were intended to frighten our Nation into chaos and retreat, but they never failed. Our country is strong"*.

⁷⁶¹ Cf. Bush, George W., cit., p. 1101.

⁷⁶² Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"The Nation mourns, but our government will go on, the country will function, we are on high alert for possible activity"*.

com as situações emergências que decorreram dos ataques terroristas do dia anterior⁷⁶³. Em seguida, enviou uma carta ao Presidente da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) requerendo a liberação de recursos para que se organizasse a defesa e a prevenção contra novos ataques terroristas⁷⁶⁴.

Os ataques de 11 de setembro também suscitaram conversa telefonica entre Bush, o então Governador do Estado de Nova Iorque (George E. Pataki) e o também então Prefeito da Cidade de Nova Iorque (Rudolph W. Giuliani). Esse dialogo ocorreu no dia 13 de setembro. Os jornalistas puderam intervir na conversa. Um reporter perguntou a Bush se, naquele momento, seria seguro voar nas linhas comerciais norte-americanas. Indagou se o presidente gostaria que membro de sua família voasse em voo comercial naquele dia⁷⁶⁵.

Bush respondeu que todas as precauções foram tomadas para que se garantisse que se voasse com segurança nos Estados Unidos. A segurança nos aeroportos fora estrondosamente aumentada. Agentes de segurança passaram a se fazer mais presentes nas aeronaves. Por isso, Bush concluiu positivamente; isto é, se fosse perguntado por um membro da família se havia segurança para voar, responderia afirmativamente⁷⁶⁶.

Naquele mesmo dia, Bush enviou um memorando ao Advogado-Geral, determinando que acelerasse os procedimentos de indenização para sobreviventes e familiares de bombeiros, medicos e servidores públicos que lutaram no dia dos ataques⁷⁶⁷.

No dia 14 de setembro Bush fez um pronunciamento na Catedral de Washington, por volta de uma hora da tarde. Era o dia nacional da oração. Falou que na terça-feira anterior os Estados Unidos foram atacados com crueldade deliberada e massiva. Reiterou que todos haviam visto as imagens do fogo, das cinzas, do aço derretido. Naquele momento, continuava, se revelavam os nomes das vítimas e a lista de perdas que estavam apenas começando a conhecer⁷⁶⁸.

⁷⁶³ Cf. Bush, George W., cit., p. 1102.

⁷⁶⁴ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit.

⁷⁶⁵ Cf. Bush, George W., cit., pp. 1102-1103. No original: "Mr. President, is it safe to fly? And specifically, would you want a close member of your family to get on a commercial air flight today?"

⁷⁶⁶ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: "We have taken every precaution to make sure that is safe to fly in America. There is a beefed-up security at our airports. There is increased presence on the airplanes. Yes. I would- if a family member asked whether they should fly- I'd say Yes".

⁷⁶⁷ Cf. Bush, George W., cit., p. 1107.

⁷⁶⁸ Cf. Bush, George W., cit., p. 1108. No original: "On Tuesday our country was attacked with deliberate and massive cruelty. We have seen the images of fire and ashes and bent steel. Now come the names, the list of casualties we are only beginning to read".

Neste mesmo dia 14 de setembro de 2001 Bush enviou mensagem ao Congresso, comunicando que exerceu autoridade que a lei nacional de emergências o conferia (*National Emergency Act*). Informou que havia declarado *estado nacional de emergência*, por causa dos ataques terroristas em Nova Iorque e no Pentágono⁷⁶⁹.

No dia seguinte, 15 de setembro, discursou para um grupo de agentes de segurança nacional em Camp David, Maryland, por volta de 9 horas da manhã. Perguntado sobre Osama Bin Laden, respondeu que não havia dúvidas de que era o principal suspeito. Acrescentou que se Osama Bin Laden acreditava que conseguiria fugir do alcance de forças norte-americanas e de seus aliados, estava amargamente enganado⁷⁷⁰.

Neste mesmo dia, 15, e ainda pela manhã, Bush faz pronunciamento nacional em cadeia de rádio. Enfatizou que uma grande tragédia nacional se abatera sobre os Estados Unidos, e que a situação era enfrentada com o melhor que o país contava⁷⁷¹. Afirmou que a situação era enfrentada com coragem e preocupação para com os outros, afinal, era assim como os Estados Unidos sempre agiam⁷⁷². Em fala inflamada, lembrava que os inimigos odiavam o que os Estados Unidos eram, por suas qualidades, e que por isso haviam atacado; e assim e que os norte-americanos venceriam⁷⁷³.

No dia 16 de setembro o Presidente Bush deu entrevista para jornalistas na Casa Branca. Foi perguntado quais medidas seriam tomadas para se combater as atividades terroristas nos Estados Unidos. Especialmente, questionavam de que modo os norte-americanos seriam afetados em suas vidas cotidianas. Bush respondeu que os Estados Unidos naquele momento enfrentavam um inimigo diferente. A guerra que efetivamente se desdobrava era uma guerra diferente. Afirmou que os Estados Unidos era um país de leis, de reconhecimento de direitos, mas que também era um país que, naquele momento, via-se como vítima de um ataque violento. Por isso, haveria verdadeira cruzada, em forma de guerra contra o terrorismo. E também por isso e que o povo norte-americano deveria ser paciente⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ Cf. Bush, George W., cit., p. 1109.

⁷⁷⁰ Cf. Bush, George W., cit., p. 1112. No original: “*There is no question he is what we would call a prime suspect. And if he thinks he can hide and run from the United States and our allies, he will be sorely mistaken*”.

⁷⁷¹ Cf. Bush, George W., cit., pp. 1113-1114. No original: “*Great tragedy has come to us, and we are meeting it with the best that is our country (...)*”.

⁷⁷² Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: “*(...) with courage and concern for others, because this is America*”.

⁷⁷³ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: “*This is who we are. This is what our enemies hate and have attacked. And that is how we will prevail*”.

⁷⁷⁴ Cf. Bush, George W., cit., p. 1115.

Discursando para servidores na Casa Branca, as 8 horas da manhã, insistiu que a melhor maneira para se lutar contra o terrorismo consistia em não se deixar que o terrorismo intimidasse aos Estados Unidos⁷⁷⁵. Mais tarde, e então com servidores do Pentágono, em Arlington, Virginia, Bush foi questionado se queria Osama Bin Laden vivo ou morto. Respondeu, dizendo que, quando era criança, soube que no velho oeste se distribuíam cartazes com identificação dos criminosos procurados, e que nesses cartazes se escrevia que se queria o bandido vivo, ou morto. E que, tudo o que esperava, no caso de Osama Bin Laden, era justamente o que os Estados Unidos queriam, e que se fizesse justiça⁷⁷⁶.

Na tarde de 17 de setembro de 2001, na continuidade e desdobramento dos acontecimentos, Bush discursou em uma mesquita, no Centro Islâmico de Washington. Referindo-se aos ataques de 11 de setembro, afirmou que se tratavam de atos de violência contra inocentes que violavam as bases fundamentais da fé islâmica, o que, insitia Bush, era fundamental que os norte-americanos compreendessem⁷⁷⁷.

No dia 18 de setembro Bush declarou que autorizava o uso de forças militares, no combate ao terrorismo. Com base em uma Resolução do Senado norte-americano na qual se reconheceu a gravidade dos ataques terroristas⁷⁷⁸, afirmou que tinha competência para agir dessa forma. Declarou que a Nação inteira estava integralmente comprometida com uma resposta direta, forte e compreensiva para com os ataques terroristas e para com a ameaça do terrorismo contra os Estados Unidos e seus interesses⁷⁷⁹.

Seguiu uma declaração conjunta de Bush e de Megawati Soekarnoputri, presidente da Indonésia, sobre o terrorismo e a tolerância religiosa⁷⁸⁰; a declaração foi divulgada no dia 19 de setembro de 2001. Nesse mesmo dia, Bush enviou mensagem ao Congresso norte-americano

⁷⁷⁵ Cf. Bush, George W., cit., p. 1117. No original: *"The best way to fight terrorism is not let the terrorism intimidate America"*.

⁷⁷⁶ Cf. Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"I just remember (...) when I was a kid (...) they used to put ou there, in the old west, a wanted poster. It said: 'wanted: dead or alive". All I want and America wants is brought to justice. That's what we want"*.

⁷⁷⁷ Cf. Bush, George W., cit., p. 1121. No original: *" These acts of violence against innocents violate the fundamental tenets of the Islamic faith. And it is important for my fellow Americans to understand that"*.

⁷⁷⁸ Senate Joint Resolution 23.

⁷⁷⁹ Cf. Bush, George W., cit., p. 1124. No original: *" Our whole nation is unalterably committed to a direct, forceful and comprehensive response to these terrorists atacks and the scourge of terrorism direct against the United States and its interests"*.

⁷⁸⁰ Cf. Bush, George W., cit., p. 1134.

relatando sobre a emergência nacional, em relação a medidas que deveriam ser tomadas contra o Ira⁷⁸¹.

No dia 20 de setembro de 2001 o Presidente Bush recebeu na Casa Branca o Primeiro-Ministro da Inglaterra, Toni Blair. Por volta de 8 horas da manhã, Blair fez pormenorizado discurso, manifestando seu luto, sufragando apoio aos Estados Unidos e convocando outras nações para a formação de uma ampla coalisão para se enfrentar o terrorismo⁷⁸².

Dirigindo-se a Bush, Blair afirmou estar honrado por estar nos Estados Unidos, homenageando a liderança de Bush, exercida naquele momento tao difícil. Observou que estivera em Nova Iorque naquela manhã e reconhecia que os fatos eram absolutamente expressivos, em sua completude e horror, na medida em que os constataria pessoalmente⁷⁸³. Quanto a aliança internacional, afirmou que acreditava que em todo o mundo havia apoio para uma ação firme, naquele momento, e que acreditava também que uma coalização para o efetivo apoio para essa ação estava então crescendo⁷⁸⁴.

No mesmo dia em que recebeu Toni Blair, Bush foi ao Congresso, onde discursou em sessão conjunta, explicando as várias ações tomadas pelo governo como resposta aos ataques terroristas de 11 de setembro. O que chama a atenção nesse discurso é um excerto no qual o Presidente Bush se dirige diretamente aos muçulmanos do mundo todo. Afirmou que se respeitava a fé islâmica, e que o islamismo era praticado livremente por milhões de norte-americanos, bem como por pessoas de vários outros países, que os Estados Unidos tinham como nações amigas. Para Bush, os ensinamentos do islamismo eram pacíficos. Afirmou também que aqueles que faziam o mal em nome de Allah estavam blasfemando o nome do Profeta. Os terroristas, afirmou, eram traidores da própria fé, tentando, efetivamente, sequestrar ao próprio islamismo. Os inimigos dos Estados Unidos não eram os vários amigos muçulmanos que tinham, e também não eram os

⁷⁸¹ Cf. Bush, George W., cit., p. 1137.

⁷⁸² O conteúdo completo deste discurso foi publicado Bush, George W., *Public Papers of the Presidents of the United States (2001)*, Washington: United States Government Printing Office, 2003, p. 1138 e ss.

⁷⁸³ Bush, George W., cit., loc. cit. No original: “ (...) It’s my honor to be here and also to pay tribute to your leadership at this immensely difficult time. I was in New York earlier today and it’s perhaps only when you are actually there that the full enormity and horror of what happened comes home to you”.

⁷⁸⁴ Bush, George W., cit., loc. cit. No original: “ I believe right round the world there is a support for a firm action now, and I believe the coalition for support for that action is growing”.

vários amigos árabes. O inimigo, sustentava Bush, era uma rede de terroristas radicais, a par de todos os governos que apoiavam esses terroristas⁷⁸⁵.

No Congresso, Bush afirmou que a guerra começava no combate ao Al-Qaida, mas não se encerrava com esse inimigo. Essa guerra, concluía Bush, não se encerraria enquanto não se encontrassem, parassem e derrotassem todos os grupos terroristas de alcance global⁷⁸⁶.

Dois dias depois, em 22 de setembro, fez pronunciamento nacional pelo rádio, por volta das 3 horas da tarde. Mais uma vez referiu-se aos terroristas que atacaram os Estados Unidos. Afirmou que o objetivo do ataque era a economia e o povo norte-americanos. Os terroristas derrubaram um símbolo da prosperidade dos Estados Unidos, porém não conseguiram alcançar a fonte dessa prosperidade⁷⁸⁷. Em seguida, Bush anunciou que promulgava uma lei de segurança de tráfego aéreo, bem como que iniciava um processo de compensação financeira para as vítimas do ataque terrorista⁷⁸⁸.

No dia 23 de setembro Bush enviou mensagem ao Congresso norte-americano pedindo sanções financeiras contra terroristas e quem quer que os apoiasse⁷⁸⁹. No dia seguinte enviou carta ao líderes do Congresso mencionando necessidade, disposição e firmeza em se alocarem forças para resposta aos ataques de 11 de setembro. Na carta, informou que em futuro próximo talvez julgasse necessário ordenar forças adicionais para prevenir e deter o terrorismo, que seriam distribuídas em vários locais do mundo, incluindo-se as nações estrangeiras nas quais as forças armadas dos Estados Unidos já estivessem operando. Lembrou que agia de acordo com sua autoridade constitucional para conduzir as relações exteriores dos Estados Unidos, como comandante-em-chefe das Forças Armadas e chefe do Executivo. Não era possível ainda se prever a duração dessa distribuição e alocação de forças, bem como das ações necessárias para conter a

⁷⁸⁵ Bush, George W., cit., p. 1140. No original: *"I also want to speak tonight directly to Muslim throughout the world. We respect your faith. It's practiced freely by many millions of Americans and by millions more in countries that America counts as friends. Its teachings are good and peaceful, and those who commit evil in the name of Allah blaspheme the name of Allah. The terrorists are traitors to their own faith, trying, in effect, to hijack Islam itself. The enemy of America is not our many Muslims friends, it is not our many Arab friends. Our enemy is a radical network of terrorists and every government that supports them"*.

⁷⁸⁶ Bush, George W., cit., p. 1141. No original: *"Our war on terror begins with Al-Qaida, but does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated"*.

⁷⁸⁷ Bush, George W., cit., p. 1144. No original: *"The terrorists who attacked the U.S. on September 11th targeted our economy, as well as our people. They brought down a symbol of American prosperity, but they could not touch its source"*.

⁷⁸⁸ Bush, George W., cit., p. 1146.

⁷⁸⁹ Bush, George W., cit., loc. cit.

ameaça terrorista aos Estados Unidos. Afirmou que era provável que a campanha norte-americana contra o terrorismo seria longa⁷⁹⁰.

Conversando com servidores da CIA, em Longley, Virginia, no por volta de uma e meia da tarde do dia 26 de setembro, Bush elogiou os trabalhos do órgão; e lembrou que as pessoas que atacaram os Estados Unidos no dia 11 de setembro fizeram um grande erro: haviam subestimado os Estados Unidos⁷⁹¹. Duas horas depois, discutiu a situação com líderes muçulmanos e com jornalistas de todo o mundo, na Casa Branca. Bush afirmou que considerava Osama Bin Laden um homem mau, e que também não via nenhuma justificção religiosa para sua ação terrorista. Afirmou que o Islã era uma religião de amor, e não de ódio, e que Osama Bin Laden era um homem cheio de ódio. Osama Bin Laden, continuava Bush, declarou guerra contra pessoas inocentes. Osama Bin Laden não se importava em destruir mulheres e crianças: odiava a liberdade. Era um homem do mal, concluiu⁷⁹².

No dia 27 de setembro de 2001 Bush foi a Chicago, anunciar uma série de medidas de proteção e incentivo a aviação civil. Em conversa com empregados da aviação civil no aeroporto internacional O'Hara anunciou que o governo liberaria 500 milhões de dólares para financiamento da segurança da aviação civil. Esses recursos iriam predominantemente para as companhias aéreas que pretendiam melhorar a proteção das cabines de voo. O governo esperava trabalhar com os pilotos e com as companhias com o objetivo de se fortificar as portas das cabines, mediante trancas mais potentes, de modo que os pilotos estivessem permanentemente no comando das aeronaves que dirigiam⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Bush, George W., cit., p. 1157. No original: *"In the future, as we act to prevent and deter terrorism, I may find it necessary to order additional forces into these and other areas of the world, including into foreign nations where U.S. Armed Forces are already located. I have taken these actions pursuant to my constitutional authority to conduct U.S. foreign relations and as Commander in Chief and Chief Executive. It is not now possible to predict the scope and duration of these deployments, and the actions necessary to counter the terrorist threat to the United States. It is likely that the American campaign against terrorism will be a lengthy one"*.

⁷⁹¹ Bush, George W., cit., p. 1165. No original: *"The folks who conducted the act on our country on September 11 made a big mistake. They underestimated America"*.

⁷⁹² Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *"I consider Bin Laden an evil man. And I don't think there is any religious justification for what he has in mind. Islam is a religion of love, not hate. This is a man who hates. This is a man who's declared war on innocent people. This is a man who doesn't mind destroying women and children. This is a man who hates freedom. This is an evil man"*.

⁷⁹³ Bush, George W., cit., p. 1172. No original: *"(...) we will set aside \$ 500 million in new funding for aircraft security. Grants will go to airlines for enhanced cockpit protection. We look forward to working with the pilots and airlines to fortify doors and provide stronger locks, so our pilots will always be in command of the airplanes"*.

No dia 29 de setembro Bush fez pronunciamento em cadeia nacional de rádio. Afirmou que as armas norte-americanas eram militares, diplomáticas, financeiras e jurídicas. E que, naquela luta que se travava, a grande vantagem dos Estados Unidos era a paciência e resolução dos norte-americanos⁷⁹⁴. Insistia que o país era forte e que não seria derrotado.

No dia 2 de outubro Bush anunciou a reabertura do aeroporto internacional Ronald Reagan, em Arlington, Virgínia, que serve a Washington. Afirmou em discurso que os Estados Unidos haviam reunido uma coalizção de nações que também acreditavam que o terrorismo não iria se manter. Os Estados Unidos estavam sob alerta militar, por uma razão: vencer o terrorismo. Ações estavam sendo tomadas, a exemplo do congelamento de recursos financeiros de terroristas e grupos a eles ligados. Insitiu: o terrorismo não iria se manter⁷⁹⁵.

No dia seguinte, 3 de outubro, em Nova Iorque, Bush falou em uma convenção de líderes de negócios, da qual participaram vários jornalistas. Sempre questionado sobre a segurança da aviação civil, Bush observou que achava que os americanos não precisavam temer viajar. A reabertura do aeroporto de Washington no dia anterior, disse Bush, fora autorizada por uma razão simples. Acreditava-se que era seguro viajar e que as pessoas deveriam se sentir confortáveis em transitar por todo o país. Para Bush, as crianças deveriam ser levadas para viagens de férias, deveriam ir aos jogos de futebol. E, brincando, disse que o prefeito de Nova Iorque naturalmente queria que fossem assistir aos jogos dos *Yankees*, time de futebol norte-americano que é de Nova Iorque⁷⁹⁶.

No dia 4 de outubro Bush fez pronunciamento pedindo o apoio e agradecendo aos servidores que atuavam no Departamento de Estado⁷⁹⁷. No mesmo dia, discutiu questões de segurança com Vicente Fox, então Presidente do México⁷⁹⁸. E também no mesmo dia agradeceu ao apoio dos servidores do Ministério do Trabalho, a quem reiterou pedido de ajuda⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ Bush, George W., cit., p. 1177. No original: *"Our weapons are military and diplomatic, financial and legal. And in the struggle, our greatest advantages are the patience and resolve of the American people"*.

⁷⁹⁵ Bush, George W., cit., p. 1181. No original: *"We've put together a coalition of nations that says terrorism won't stand. We've got our military alert- an alert for a reason: terrorism won't stand. We are cutting off their money, because we're saying terrorism won't stand"*.

⁷⁹⁶ Bush, George W., cit., p. 1184. No original: *"I think the average American must not be afraid to travel. We opened Reagan Airport yesterday for a reason: We think it's safe and that people ought to feel comfortable about travelling around our country. They ought to take their kids on vacations. They ought to go to ball games. The mayor wants them to go the Yankees games, of course"*.

⁷⁹⁷ Bush, George W., cit., p. 1189.

⁷⁹⁸ Bush, George W., cit., p. 1191.

⁷⁹⁹ Bush, George W., cit., p. 1193.

No dia 6 de outubro, por volta das 2 e 50 da tarde fez outro pronunciamento em cadeia nacional de rádio. Tratou da relação com o Afeganistão. Lembrou que o povo afegão era vítima da opressão, da fome, dos maus governos. Afirmou que muitos refugiados dessa Nação desafortunada estavam perambulando e que, infelizmente, muitos afegãos estavam no limite da fome. Os Estados Unidos, reiterou Bush, respeitavam o povo do Afeganistão e sua longa tradição. Os Estados Unidos, segundo Bush, iriam apoiar o povo afegão, em tempos de tumulto e de crise⁸⁰⁰. Afirmou que os Estados Unidos ajudariam o Afeganistão com alimentos e remédios, não obstante a oposição do Taleban.

No dia seguinte, 7 de outubro, discursou no Memorial Nacional dos Bombeiros, em Emmitsburg, Maryland. Mencionou que uma viúva de um bombeiro que enfrentara a tragédia de 11 de setembro recentemente dissera que seu falecido marido era um herói e que não havia o que ser feito para tê-lo de volta. Bush reconheceu que esse sentimento era vivido por todos que lá estavam naquela cerimônia⁸⁰¹. Lamentava. Lastimava. Mas reiterava que se empenhava no ataque aos terroristas.

No mesmo dia 7 de outubro, Bush discursou a Nação, anunciando ataques aéreos contra campos de treinamento do Al-Qaida no Afeganistão, foco daquele momento, mas que a ação seria mais ampla. Lembrou que cada Nação tinha uma escolha a fazer⁸⁰².

No dia 8 de outubro deu posse a Tom Ridge como diretor do então criado Gabinete de Segurança da Pátria (*Office of Homeland Security*). Neste mesmo dia, Bush assinou uma *ordem executiva* com a qual criava esse órgão governamental⁸⁰³. Em discurso, advertiu que estavam em face de uma guerra longa, e que esta guerra exigiria a paciência do povo norte-americano⁸⁰⁴. O objetivo principal desse gabinete de segurança interna seria coordenar e tomar todas as medidas necessárias na luta contra o terrorismo, aproximando informação e inteligência⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ Bush, George W., cit., loc. cit. No original: *'The Afghan people, however, are the victims of oppression, famine, and misrule. Many refugees from that unfortunate nation are on the move, and sadly, many Afghan are on the verge of starvation. America respects the Afghan people, their long tradition, and their proud independencies, and we will keep them in this time of confusion and crisis in their country.'*

⁸⁰¹ Bush, George W., cit., p. 1199. No original: *'A fireman's widow recently said that her husband was her hero, and 'that's nothing I wouldn't do to have my hero here'. That same feeling is shared by many in here today.'*

⁸⁰² Bush, George W., cit., p. 1201. No original: *'The military action is a part of our campaign against terrorism (...) today we focus on Afghanistan, but the battle is broader. Every nation has a choice to make.'*

⁸⁰³ Trata-se da Ordem Executiva 13228.

⁸⁰⁴ Bush, George W., cit., p. 1203. No original: *'This will be a long war. It requires understanding and patience from the American people.'*

⁸⁰⁵ Bush, George W., cit., loc. cit.

No dia 9 de setembro pediu apoio a Gerhárd Schroeder, Chanceler da Alemanha, especialmente quanto a ação militar conjunta no Afeganistão⁸⁰⁶. Também no dia 9 de outubro o Presidente Bush enviou uma carta ao Congresso norte-Americano comunicando as ações de combate que o exército norte-americano estava realizando no Afeganistão⁸⁰⁷. No dia 10 de outubro de 2001, às 11 horas da manhã, no auditorio do FBI, em Washington, apresentava a lista dos 22 terroristas mais procurados do mundo⁸⁰⁸. Esse anúncio se fez um mês depois dos ataques terroristas em Nova Iorque e em Washington.

6.2) O debate em torno dos poderes do Presidente dos Estados Unidos nos casos de guerra e de combate ao terror: a tese do presidencialismo unitário de John Yoo

Os poderes do presidente norte-americano nos casos de segurança nacional, política externa e ameaça ou crise eminente qualificam os chamados *poderes emergenciais*. Os críticos dessa atuação governamental veem perigo, especialmente quando o presidente age em segredo, unilateralmente, e com base em informações inadequadas ou falsas⁸⁰⁹. Harry Truman deu início a essa ação presidencial unilateral e independente do Congresso, quando determinou a invasão da Coreia. Franklin Delano Roosevelt fez algo parecido ao longo da segunda guerra mundial, ordenando o confinamento de japoneses que viviam na costa oeste.

Os críticos dessa discricionariedade exagerada apontam que a adoção de medidas emergenciais sem oitiva do Congresso revela desrespeito para com a segurança jurídica, atentado à fórmula da divisão dos poderes, bem como ameaça aos direitos individuais⁸¹⁰. Medidas de exceção seriam tomadas, com base em resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, situação que não substituiria comando constitucional que demandasse autorização do Congresso, no que se refere à atuação presidencial, no caso de guerra, e de combate ao terrorismo.

Há notícias de que na guerra contra o terrorismo, suspeitos (inclusive cidadãos norte-americanos) foram presos sem que se respeitasse o devido processo legal. A tortura teria sido

⁸⁰⁶ Bush, George W., cit., p. 1206.

⁸⁰⁷ Bush, George W., cit., p. 1211.

⁸⁰⁸ Bush, George W., cit., p. 1212.

⁸⁰⁹ Cf. Louis Fisher, prefácio, in Edelson, Chris, cit.

⁸¹⁰ Cf. Louis Fisher, cit.

utilizada em interrogatórios. Controle e vigilância de suspeitos seriam conduzidas, ilegalmente, e ainda desprovidas de autorização judicial. Pareceres jurídicos secretos justificariam atuação ostensiva da presidência dos Estados Unidos. Por outro lado, temia-se que essas ações unilaterais ameaçassem o sistema político norte-americano⁸¹¹.

Os poderes do presidente dos Estados Unidos foram substancialmente limitados, logo após a renúncia de Richard Nixon, no contexto do caso Watergate, por força de algumas leis então votadas pelo Congresso norte-americano⁸¹². Os defensores da amplitude dos poderes presidenciais sustentam que o presidente dos Estados Unidos detém alguns *poderes inerentes* que seriam efetivamente intrínsecos ao exercício do cargo. A atuação de Ronald Reagan no caso *Irã-Contras* seria exemplo da aplicação desse conceito. À época, sem autorização do Congresso, o governo norte-americano vendeu mísseis para o Irã, também com objetivo de obtenção de apoio para que se libertassem reféns que estavam retidos no Líbano. Os recursos obtidos foram enviados secretamente para grupos da Nicarágua que lutavam contra o regime sandinista⁸¹³. É justamente nesse contexto que se deu o caso *Irã-contras*.

No núcleo desse pensamento que favorece a atuação unilateral do presidente dos Estados Unidos a tese do *executivo unitário* (*unitary executive*). O presidente não teria sua ação limitada pelo Congresso ou pelo Judiciário. Atuaria de modo soberano no exercício do Poder Executivo, *unitariamente*, do mesmo modo que os poderes Legislativo e Judiciário também soberana e unitariamente atuariam em suas esferas respectivas de competência⁸¹⁴.

No exercício do Poder Executivo, sustenta a tese unitária, é o presidente quem dá a última palavra; todo o Executivo ao presidente pertenceria, por isso, unitariamente, ele o exerce. Decisões presidenciais não poderiam ser revistas por outros poderes. Porque cada um dos poderes conta com espaço específico de atuação, não se poderia cogitar do Legislativo ou do Judiciário intervindo nas decisões do Poder Executivo⁸¹⁵. A tese do *executivo unitário* também sustenta que o Presidente detem poder para interpretar a Constituição, especialmente no que se refere à compreensão de seus próprios poderes⁸¹⁶.

⁸¹¹ Cf. Louis Fisher, cit.

⁸¹² Principalmente, o *War Powers Act*.

⁸¹³ Edelson, Chris, cit., p. 125.

⁸¹⁴ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸¹⁵ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸¹⁶ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

A fundamentação constitucional dessa teoria estaria na leitura do art. II da Constituição dos Estados Unidos, na chamada *cláusula de investidura* (*vesting clause*). Lê-se no referido art. II que o *Poder Executivo é investido no Presidente dos Estados Unidos*. Contrasta-se essa cláusula com a regra do art. I, referente ao Poder Legislativo, e que dispõe que o Congresso é investido no referido Poder Legislativo, *naquilo que previsto na Constituição (herein granted)*⁸¹⁷.

Quanto ao Congresso haveria, assim, uma restrição no uso de seus poderes. Isto é, o poder do Congresso somente poderia ser exercido no que previsto no art. I da Constituição. Essa *cláusula de investidura* operaria de modo distinto quando aplicada ao Poder Executivo. Não haveria limitações ao exercício do Poder Executivo, como há ao Poder Legislativo, porquanto a cláusula restritiva *no que previsto na Constituição (herein granted)* somente se verifica no artigo constitucional que trata dos poderes do Congresso. Esse pensamento é nuclear na tese do *exercício unitário* da presidência dos Estados Unidos⁸¹⁸.

Além do que, o art. II, 3, da Constituição dos Estados Unidos, dispõe que o presidente deve *cuidar* para que todas as leis sejam fielmente executadas. Trata-se da *cláusula de zelo* (*taking care clause*). E se o presidente deve zelar para que todas as leis sejam fielmente executadas, com mais razão, deve zelar para que a Constituição seja também fielmente aplicada. A função presidencial, assim, consistiria em se garantir o fiel cumprimento do texto constitucional⁸¹⁹.

Para os críticos dessa tese do poder unitário do presidente, o que se tem é uma leitura *extraconstitucional* do problema. A *cláusula de investidura* teria sido concebida como um abuso na interpretação literal das disposições constitucionais que tratam do Poder Executivo. Os poderes que a Constituição reserva ao presidente norte-americano também estão efetivamente enunciados, a exemplo do que ocorre com os poderes do Congresso. Ao presidente a Constituição reserva as prerrogativas de comandar o exército, perdoar condenados, assinar tratados internacionais e nomear juízes federais, nesses dois últimos dos casos com a concordância superveniente do Congresso⁸²⁰. É uma fórmula de colaboração entre os poderes constituídos.

O debate transita em torno da indagação sobre a possibilidade de se construir a teoria do poder unitário nos limites do texto constitucional norte-americano. E ainda, vencida essa premissa, deve-se verificar se a teoria do poder unitário se acomodaria com a teoria clássica da divisão dos

⁸¹⁷ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸¹⁸ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸¹⁹ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸²⁰ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

três poderes. Por fim, deve-se investigar se a teoria do poder unitário seria consistente do ponto de vista não apenas jurídico, porém também histórico e conceitual. E assim, quais seriam as consequências da justificação da teoria do poder unitário no contexto da guerra contra o terror? E de um modo mais amplo, quais as implicações da teoria do poder unitário do presidente no contexto do sistema constitucional norte-americano?

O governo dos Estados Unidos enfrentou essas questões, concretamente, logo após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. Inicialmente, há um parecer (*memorandum opinion*) de John Yoo, à época trabalhando com o Advogado-Geral (*Attorney-General*) dos Estados Unidos, no Departamento de Justiça, especialmente no setor consultivo (*Office of Legal Counsel*). A exemplo do que ocorre no Brasil com os pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, os pareceres aprovados pelo Presidente dos Estados Unidos também obrigam todos os órgãos e entes da administração federal norte-americana⁸²¹.

Em seguida aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 o então Vice-Presidente Dick Cheney passou a atuar mais diretamente com o referido setor consultivo do Departamento de Justiça. Pareceres jurídicos são extremamente importantes na cultura burocrática norte-americana. Servidores públicos que pautam suas ações de acordo com esses pareceres se veem imunes a eventuais responsabilizações futuras, especialmente criminais⁸²².

Demandado pela presidência dos Estados Unidos, no sentido de esclarecer os poderes presidenciais no contexto da luta contra o terror, John Yoo produziu um parecer que a administração federal norte-americana compreendeu como justificativo da detenção e julgamento de suspeitos contra o terrorismo, da possibilidade da utilização de vários métodos de interrogação de suspeitos, bem como de uma autorização ampla para a espionagem de inimigos. Em resumo, a tese de John Yoo indicaria que o presidente dos Estados Unidos não precisaria do Congresso para declarar guerra ou para tomar medidas contra os terroristas ou mesmo contra suspeitos de ligação com esses grupos⁸²³.

Em 25 de setembro de 2001 John Yoo encaminhou um memorando ao Advogado-Geral respondendo questionamentos sobre a constitucionalidade da autoridade presidencial para conduzir operações militares contra os terroristas e nações que os apoiavam⁸²⁴. John Yoo concluiu

⁸²¹ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸²² Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸²³ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸²⁴ Yoo, John, *Memorandum Opinion* de 25 de setembro de 2001, *apud* Edelson Chris, cit., pp. 131-138.

pela abrangência da autoridade presidencial para tomar medidas e efetivar ações militares em resposta aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. O presidente, concluiu John Yoo, deteria amplo poder com previsão constitucional, no sentido de usar a força militar norte-americana contra os terroristas, seus aliados, bem como contra os suspeitos da prática de atos definidos como terroristas⁸²⁵.

Segundo John Yoo o Congresso norte-americano havia reconhecido os poderes inerentes do presidente, em casos emergenciais, quando da discussão e da aprovação de lei que tratava dos poderes presidenciais em época de guerra, ainda em 1973. Em favor da tese desse reconhecimento do Congresso, prossegue John Yoo, teria-se também uma resolução do Legislativo, baixada em 14 de setembro de 2001⁸²⁶.

Pode-se de fato se constatar que o Congresso, ao longo da chamada guerra contra o terror, produziu amplo conjunto de normas⁸²⁷. Legislou-se sobre negação de autorização para entrada no país de alguns estrangeiros, sobre armas químicas e biológicas, sobre sequestros e assaltos contra agentes políticos, sobre explosivos e posse de artigos perigosos. Quanto ao terrorismo propriamente dito, fixou-se uma definição, dispôs-se também sobre penalidades, atos transfronteiriços, transações financeiras, jurisdição e combate a pessoas e Estados que apoiariam grupos terroristas. Tratou-se da assistência internacional na luta contra terroristas, de segurança de diplomatas, do controle e da eliminação de armas biológicas. Há também norma disciplinando o pagamento de recompensas por informações relativas a atos de terrorismo e de espionagem. A segurança em portos e aeroportos também é matéria pelo Congresso então tratada, a exemplo ainda de regras gerais de defesa nacional.

O texto normativo que revela o maior comprometimento do Congresso com a luta contra o terror data de 2001. Trata-se do *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, o *PATRIOT ACT*. Neste importantíssimo texto legal cuida-se da melhora da segurança doméstica norte-americana. Dispõe-se sobre a melhora dos sistemas de vigilância, sobre o combate a lavagem internacional de dinheiro, sobre a proteção de fronteiras. O núcleo conceitual dessa lei é a remoção de obstáculos a investigação do terrorismo, também no que se refere à tentativa de melhora nos serviços de inteligência.

⁸²⁵ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸²⁶ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸²⁷ Um levantamento pormenorizado dessas leis se encontra em Alexander, Yonah e Brenner, Edgar H. (ed.), *U.S. Legal Response to Terrorism*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc, 2002.

Para John Yoo o presidente dos Estados Unidos teria poder não apenas para retaliar contra qualquer pessoa, organização ou governo suspeito de envolvimento com os ataques terroristas nos Estados Unidos, mas também contra Estados suspeitos de proteção ou apoio às organizações terroristas responsáveis pelos ataques de 11 de setembro⁸²⁸.

Essas conclusões foram fundamentadas no texto, na estrutura e na história da Constituição dos Estados Unidos. O art. II, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos dispõe que o presidente é o Comandante-em-Chefe, isto é, o Comandante Supremo, nos casos de guerra. Neste mesmo artigo se lê que o presidente detém todo o Poder Executivo. E se o Congresso *declara a guerra*, argumenta John Yoo, o presidente *faz a guerra*. Para John Yoo, declarações de guerra de há muito seriam obsoletas⁸²⁹.

No argumento de John Yoo o procedimento na guerra deveria ser flexível, propiciando-se uma ação mais rápida, decisiva, sem os constrangimentos e a demora do processo legislativo regular. A decisão relativa ao emprego da força militar seria, nessa linha de raciocínio, executiva por natureza⁸³⁰.

Para John Yoo, a condução dos negócios estrangeiros e a vigilância da segurança nacional seriam dois domínios centrais na atividade presidencial. John Yoo consignou em seu parecer que os Estados Unidos já haviam intervindo militarmente em outros países cerca de 200 vezes; e que por volta de 125 ocasiões não teria havia provocação ou autorização do Congresso norte-americano. Exemplificou com a decisão de Harry Truman fazer guerra contra a Coreia do Norte, sem provocar o Congresso. Na referida guerra, 142 mil norte-Americanos teriam morrido⁸³¹.

Segundo se lê no parecer de John Yoo, estaria além de qualquer questionamento o fato de que o presidente detem plenos poderes constitucionais para efetivar ações militares que julgue necessárias e apropriadas para responder aos ataques terroristas que os norte-americanos sofreram em 11 de setembro de 2001. Essa afirmação se fazia, segundo Yoo, à luz do texto e da história da constituição norte-americana, bem como de sua interpretação, tanto por administrações anteriores, quanto pelo Judiciário; além do que, era inegável prática reiterada do Poder Executivo⁸³². O costume é fonte do direito.

⁸²⁸ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸²⁹ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸³⁰ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸³¹ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸³² Cf. Yoo, John, cit., loc. cit. No original: *"In light of the text, plan and history of the Constitution, its interpretation by both past Administrations and the Courts, the longstanding practice of the Executive branch, and the express*

John Yoo apresenta, assim, quatro argumentos que justificariam a imediata ação presidencial no combate ao terrorismo, com todas as consequências, independentemente de autorização do Congresso. Como *comandante-supremo* o presidente poderia agir. O Congresso teria competência para *declarar guerra*, e não para *fazer guerra*; esta última decisão seria exclusiva do Presidente. A Suprema Corte dos Estados Unidos já decidiu que o Executivo (e o presidente em especial) é o único setor do governo autorizado para agir no campo das relações internacionais. Por fim, havia notícias de cerca de 125 intervenções de guerra nas quais o presidente teria agido, independentemente de autorização do Congresso⁸³³.

Os críticos de John Yoo argumentam que o parecer justificativo da atuação presidencial não passa de uma petição em favor do Executivo. Seria um documento de defesa dos poderes presidenciais, alargando-os. Os críticos argumentam que Yoo teria deixado de indicar no parecer vários argumentos adversos, inclusive da Suprema Corte. Teria deliberadamente deixado de citar um caso, da época de Truman, relativo a uma *ordem executiva* de intervenção em siderúrgica, quando se limitou muito precisamente a autoridade presidencial⁸³⁴.

Os críticos observam que John Yoo teria citado a opinião do Juiz Jackson, ainda como Advogado-Geral, e não como Juiz da Suprema Corte, quando decidira de modo contrário ao Executivo. Quanto ao argumento histórico, sustentam os críticos de Yoo, que há passagem no *Artigo Federalista* 69, atribuído a Alexander Hamilton, na qual se lê que os poderes do presidente eram inferiores aos poderes de um rei. O rei podia declarar e fazer a guerra. No modelo da Constituição norte-americana a guerra precisa ser declarada pelo Congresso, e somente em seguida o Executivo poderia de fato fazê-la⁸³⁵.

E no que se refere às mencionadas 125 intervenções militares que não dependeram do Congresso, os críticos de John Yoo afirmaram que foram intervenções menores, de pequena importância, a exemplo de caça a bandidos, a ladrões de gado e a piratas⁸³⁶. Assim, ocorrera, por parte de John Yoo, um tremendo exagero. É essa a opinião de seus críticos.

affirmation of the President's constitutional authorities by Congress, we think it beyond question that the President has the plenary constitutional power to take such military actions as he deems necessary and appropriate to respond to the terrorist attacks upon the United States on September 11, 2001".

⁸³³ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸³⁴ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸³⁵ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

⁸³⁶ Cf. Edelson, Chris, cit., loc. cit.

Para John Yoo os ataques que os norte-americanos sofreram em 2001 exigiriam uma reinterpretação das regras de guerra. Inclui-se nessa tentativa de retomada conceitual as formas de legitimação e poderes de ataque, de vigilância e de uso de técnicas de interrogatório⁸³⁷. O apelo ao argumento histórico é muito forte em John Yoo. Por exemplo, argumenta que, como comandante-em-chefe, o Presidente Bush teria autoridade para decidir, em tempos de guerra, sobre táticas e estratégias; George Washington, Andrew Jackson, Abraham Lincoln e Franklyn Delano Roosevelt assim já o fizeram, as vezes com apoio do Congresso, e eventualmente sem esse apoio⁸³⁸. Assim, para Yoo, há precedentes históricos que justificariam uma atuação agressiva por parte do presidente dos Estados Unidos.

No centro do argumento de John Yoo a tese de que os terroristas não lutariam em nome de uma nação; trata-se de uma rede que pretende reformas políticas e sociais no Oriente Médio. Alguns de seus membros, como Osama Bin Laden, haviam liderado a resistência à ocupação soviética no Afeganistão⁸³⁹. Não se poderia, assim, para quaisquer efeitos, inclusive no sentido de aplicação de tratados internacionais, equiparar-se a ação terrorista a uma determinada ação política estatal.

O apoio do Congresso, para John Yoo, era um fato consolidado. A autorização para o uso de força militar, *Authorization for Use of Military Force (AUMF)*, ainda que não fosse uma declaração de guerra pelo nome, o seria indubitavelmente, em seus *propósitos*⁸⁴⁰. Ainda que com denominações distintas, ter-se-ia idêntico resultado. John Yoo argumentou também que a utilização das regras gerais do sistema da proteção dos direitos seria ineficiente em tempos de guerra. São regras de pequena flexibilidade e que que redundariam na proteção dos terroristas⁸⁴¹.

A Convenção de Genebra impõe uma série de garantias para os prisioneiros de guerra-*prisoners of war-POWs*. Porém, com apoio em parecer de John Yoo, em 18 de janeiro de 2002 o presidente George W. Bush decidiu que não aplicaria as referidas regras da Convenção de Genebra em favor dos prisioneiros de guerra que estavam em Gantamano⁸⁴². O argumento de John Yoo consiste na consideração de que a Convenção de Genebra se aplicaria tão somente a situações de

⁸³⁷ Cf. Yoo, John, *Crisis and Command*, cit, p. XV.

⁸³⁸ Cf. Yoo, John, *War by other means*, cit., p. XI.

⁸³⁹ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸⁴⁰ Cf. Yoo, John, cit., p. 11.

⁸⁴¹ Cf. Yoo, John, cit., p. 15.

⁸⁴² Cf. Yoo, John, cit., p. 39.

guerra *entre Estados*, e não no enfrentamento de grupos terroristas⁸⁴³. É justamente esse o núcleo do argumento que sustentou.

John Yoo entende que advogados de direitos humanos e críticos liberais do governo Bush se enganariam ao afirmar que as regras da Convenção de Viena deveriam ser aplicadas no contexto da luta contra o terrorismo. A segurança interna, insiste John Yoo, não contaria com instrumentos adequados para o enfrentamento de grupos terroristas; seria essa também mais uma razão para a imprestabilidade da aplicação das disposições da Convenção de Viena⁸⁴⁴.

Referindo-se a Bob Woodward, jornalista que criticou duramente as políticas de George W. Bush no combate ao terrorismo, John Yoo observou que havia nesses críticos liberais um profundo erro de concepção no que se refere à natureza da guerra contra o terror⁸⁴⁵. John Yoo argumenta também no sentido de que durante uma guerra não se pode falar propriamente em *assassinato do inimigo*. Para John Yoo, Martin Luther King foi assassinado; isto é, não se estava em guerra, e o ato que resultou na morte do pastor e ativista não poderia em nenhum momento se qualificado como um ato de guerra. Nesse sentido, afirma John Yoo, matar um chefe de um determinado governo em tempos de paz também é um assassinato. Porém, insistia, uma medida que levasse ao assassinato de Osama Bin Laden em tempo de guerra não seria a mesma coisa. Essa diferenciação, entre assassinato em tempo de paz e destruição de inimigo em tempo de guerra, argumenta John Yoo, seria a justificativa maior para que o presidente norte-Americano articulasse e realizasse medidas fortes contra terroristas⁸⁴⁶.

John Yoo argumentou também no sentido de que não se trata de se investigar como um mundo imaginário de liberdades civis estaria sendo destruído pelas políticas do governo Bush em tempo de guerra. Simplesmente, para John Yoo, não se viveria mais nesse mundo imaginário. Os poderes do governo se expandiram. E os direitos de privacidade foram enormemente limitados, menos como resultado da ação do governo dos Estados Unidos, e muito mais como resultado da expansão da tecnologia da informação⁸⁴⁷.

E porque a rede de terroristas poderia ser descoberta e alcançada mediante o exame de telefonemas, de correios eletrônicos, de monitoramento de viagens, de propriedade de bens, de

⁸⁴³ Cf. Yoo, John, cit., p. 43.

⁸⁴⁴ Cf. Yoo, John, cit., p. 47.

⁸⁴⁵ Cf. Yoo, John, cit., p. 51.

⁸⁴⁶ Cf. Yoo, John, cit., p. 58.

⁸⁴⁷ Cf. Yoo, John, cit., p. 98.

histórias familiares comuns, e de encontros, deve-se garantir ao governo mecanismos para esse acompanhamento⁸⁴⁸.

Os autores da Constituição dos Estados Unidos teriam construído um modelo presidencial cuja traço mais marcante seria a independência para a repressão aos ataques contra a Nação. Não haveria na constituição norte-americana um rol pormenorizado de procedimentos legais de ação; a Constituição, afirma John Yoo, garante efetivos poderes ao presidente⁸⁴⁹.

Quanto à prisão de Guantanamo, John Yoo argumentou que as regras de guerra permitem a captura e a detenção do inimigo, sem que se tenha um julgamento prévio; o objetivo da detenção consiste em se retirá-lo do combate. Não se pode cogitar da exigência de um julgamento substancialmente formal, continua John Yoo, porque os detidos não estão sob custódia que tenha causa na punição quanto ao cometimento de um crime. Estão detidos até o fim das hostilidades, quando então serão liberados; esta seria a diferença entre a detenção para cumprimento de pena (que exige julgamento) e a detenção para retirada do inimigo do campo de combate (que não exige julgamento)⁸⁵⁰.

A judicialização das detenções fez com a Suprema Corte reverteresse julgamento anterior que fixava a linha geral de entendimento da matéria⁸⁵¹. Os julgamentos relativos às detenções mudaram substancialmente a linha de atuação do judiciário norte-americano. Na Suprema Corte daquele país, o caso Korematsu foi exemplo emblemático de aceitação de poderes amplos, em favor do presidente dos Estados Unidos⁸⁵².

O caso Korematsu foi discutido e julgado em 1944. Durante a Segunda Guerra Mundial, japoneses e seus descendentes foram internados em campos fechados, em San Leandro, na Califórnia⁸⁵³, num contexto de histeria, que os norte-Americanos viveram no tempo da guerra. Fred Korematsu (que nasceu em Oakland, California, em 1919), era de ascendência japonesa, e foi um dos internados nos referidos campos. Provocou a Suprema Corte pretendendo responsabilizar o governo norte-americano pelos sofrimentos pelos quais passou durante o internamento. Invocando razões de Estado, eventualmente justificadas pelo perigo da guerra que

⁸⁴⁸ Cf. Yoo, John, cit., p. 105.

⁸⁴⁹ Cf. Yoo, John, cit. p. 127.

⁸⁵⁰ Cf. Yoo, John, cit. p. 129.

⁸⁵¹ Cf. Yoo, John, cit., p. 130.

⁸⁵² Irons, Peter, *A People's History of the Supreme Court*, New York: Penguin Books, 1999, pp. 353 e ss.

⁸⁵³ Cf. Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, New York: Vintage Books, 2001, p. 144.

então se enfrentava, a Suprema Corte justificou e sufragou o internamento⁸⁵⁴. Temia-se que o judiciário se transformasse em um instrumento de políticas militares⁸⁵⁵.

Korematsu foi condenado pela justiça federal de primeira instância na Califórnia, por ter desobedecido a ordens militares contra japoneses, na costa oeste norte-americana, durante a Segunda Guerra Mundial. Em 9 de maio de 1942 o governo baixou a *Ordem de Exclusão* 32, determinando que todos os descendentes de japoneses deveriam se apresentar para as autoridades militares, devendo em seguida aguardar em áreas controladas por militares. O que se tinha, na realidade, era uma forma de confinamento.

Temia-se que descendentes de japoneses praticassem atos de sabotagem e de espionagem, durante a guerra. A medida governamental pretendia atender iminente perigo público, o que exigiria limitação de liberdades individuais e mitigação de direitos civis. Korematsu desafiou judicialmente a ordem do governo norte-americano. Colocou a seguinte questão, que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos: pode se justificar a limitação de direitos civis, de um grupo racial específico, em nome da segurança pública? Também discutia previsão constitucional que outorgaria, *a todos, proteção idêntica* por parte da lei. Além do que, embora descendente de japoneses, Korematsu era cidadão norte-Americano. Korematsu foi derrotado.

A Suprema Corte norte-americana definiu que medidas de restrição por parte de autoridades militares legítimas, em caso de perigo público grave e iminente, justificariam a limitação de direitos civis de um grupo racial específico. O relator, Juiz Hugo Black⁸⁵⁶, centrou sua linha de decisão no conceito de interesses públicos primários⁸⁵⁷. Seria motivo suficiente para justificação das restrições, para com descendentes de japoneses, nos Estados Unidos, receio de invasão na costa oeste, por parte das autoridades militares, em meio à guerra, após os japoneses terem bombardeado Pearl Harbor. Tudo isso, nada obstante Korematsu ser cidadão norte-Americano.

A questão é novamente debatida, ao longo da guerra contra o terrorismo, especialmente quanto a prisão que os norte-americanos mantêm em Cuba. A restrição a liberdades fundamentais,

⁸⁵⁴ Cf. Irons, Peter, cit., loc. cit.

⁸⁵⁵ Cf. Semonche, John E., *Keeping the Faith- A Cultural History of the U. S. Supreme Court*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1998.

⁸⁵⁶ Para uma biografia desse notável juiz da Suprema Corte norte-americana, conferir, Newman, Roger K., *Hugo Black, a Biography*, New York: Fordham University Press, 1997.

⁸⁵⁷ Para uma análise da posição de Hugo Black no caso Korematsu, conferir Dunne, Gerald T., *Hugo Black and the Judicial Revolution*, New York: Touchstone Book, 1977, pp. 212-215.

no ambiente que seguiu ao ataque terrorista às torres de Nova Iorque é assunto explorado, entre outros, por Bruce Ackerman, para quem o terrorismo é uma técnica, e assim o era também a *blitzkrieg*- guerra relâmpago dos alemães⁸⁵⁸.

E como não se poderia fazer guerra contra a *blitzkrieg*, não se poderia, por igual razão, fazer-se guerra contra o terrorismo. Não se pode guerrear uma técnica. Para Ackerman, uma constituição emergencial deveria ser pensada para se fazer a guerra contra os terroristas que derrubaram as torres gêmeas, bem como poderia ser utilizada em situações semelhantes, respeitando-se, efetivamente, as liberdades civis. Para Ackerman, o sucesso dos terroristas da Al-Qaeda fora a inegável demonstração da falibilidade norte-americana⁸⁵⁹. Tese virtualmente oposta a de John Yoo.

A relação das liberdades civis com a guerra que os norte-Americanos travam com esse *terrorismo* fundamentalista⁸⁶⁰ é assunto recorrente nas ciências sociais norte-americanas contemporâneas, um dos pontos que divide as opiniões⁸⁶¹, assunto que também provoca preocupação no constitucionalismo daquele país⁸⁶². Retoma-se, de certa maneira, o intenso debate sobre o *estado de exceção*⁸⁶³.

John Yoo trata as situações da guerra contra o terror como um arranjo institucional que se presta para enfrentar uma circunstância excepcional. Para John Yoo, todas as decisões que o governo tomou logo em seguida aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 foram corretas. Os Estados Unidos estavam em guerra⁸⁶⁴. A guerra contra o terrorismo é uma guerra diferente

⁸⁵⁸ Cf. Ackerman, Bruce, *Before the Next Attack- Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven: Yale University Press, 2006.

⁸⁵⁹ Cf. Ackerman, Bruce, cit.

⁸⁶⁰ Cf. Ali, Tariq, *The Clash of Fundamentalisms- Crusades, Jihads and Modernity*, London & New York: Verso, 2002.

⁸⁶¹ Cf. Berman, Morris, *Dark Ages America- The Final Phase of Empire*, New York & London: W. W. Norton & Company, 2006.

⁸⁶² Cf. Tushnet, Mark, *A Court Divided- The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton & Company, 2005.

⁸⁶³ Conferir, entre outros, Bercovici, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente-Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. Em tema conexo, o *estado de exceção* particularmente no contexto da história constitucional alemã, Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law- The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham: Duke University Press, 1997. Schmitt, Carl, *Teologia Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Elisete Antoniuk. Macedo Jr., Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, São Paulo: Max Limonad, 2001. Conferir também, Agambem, Giorgio, *Estado de Exceção*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. Tradução de Iraci D. Poleti. Agambem, Giorgio, *Homo Sacer- Sovereign Power and Bare Life*, Stanford: Stanford University Press, 1998. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Durantaye, Leland de la, *Giorgio Agambem- A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press, 2009, especialmente pp. 335-365.

⁸⁶⁴ Cf. Yoo, John, cit., p. 231.

também porque as regras que a informam não são familiares⁸⁶⁵. Não se poderia utilizar as regras da justiça criminal comum, absolutamente válidas em tempo de paz, para situações excepcionais de guerra⁸⁶⁶.

Assim, a melhor maneira de se evitar um novo ataque terrorista, argumentou John Yoo, consistiria em se gastar menos energia na reengenharia do governo e em se gastar muito mais energia no combate sistemático aos grupos terroristas⁸⁶⁷.

No pano de fundo dos argumentos de John Yoo encontra-se um profundo conhecimento de história norte-americana. É justamente das pequenas nuances desse conhecimento enciclopédico que John Yoo retira a força de sua lógica argumentativa. Pode não se concordar com suas conclusões, mas não se pode deixar de se assombrar com a clareza e com o refinamento de sua linha de raciocínio. John Yoo é um mestre no uso da história como argumento convincente no direito e na ciência política. É esse seu grande legado metodológico.

Para John Yoo os autores da Constituição dos Estados Unidos conceberam um modelo no qual ao presidente cabe as decisões sobre segurança nacional⁸⁶⁸. As qualidades que definem o Executivo são a energia, a velocidade, a decisão e a atuação discreta. Essas qualidades são indispensáveis nas situações de emergência⁸⁶⁹. Essa autoridade, no entanto, segundo John Yoo, deve ser orientada para o bem da nação. O mal uso dessa autoridade é exemplificado com Richard Nixon, que pretendia se valer dos poderes presidenciais com objetivos pessoais⁸⁷⁰.

O que define um presidente é sua ação. Os grandes presidentes da história norte-americana teriam historicamente se revelado positivamente por seus feitos⁸⁷¹. As dificuldades que enfrentaram, e o modo como em face delas agiram, e que os caracteriza comparativamente. Theodore Roosevelt afirmou que se não fosse a Guerra Civil as pessoas não se lembrariam de Abraham Lincoln. John Yoo também contesta a tese de Richard Neustadt, para quem os

⁸⁶⁵ Cf. Yoo, John, cit., p. 232.

⁸⁶⁶ Cf. Yoo, John, cit., p. 233.

⁸⁶⁷ Cf. Yoo, John, cit., p. 242.

⁸⁶⁸ Cf. Yoo, John, *Crisis and Command*, cit., p. XVI.

⁸⁶⁹ Cf. Yoo, John, cit., p. XVIII.

⁸⁷⁰ Cf. Yoo, John, cit., p. XIX.

⁸⁷¹ Cf. Yoo, John, cit., p. XX.

presidentes seriam fracos⁸⁷²; o único poder presidencial, sustentava Neustadt, era a persuasão. Para John Yoo os poderes do presidente são densos e radicam na Constituição⁸⁷³.

As origens do executivo unitário e forte estariam em linha conceitual da ciência política que remontaria a James Madison, ao Barão de Montesquieu, a Blackstone, a John Locke e, mais no passado, a Nicolau Maquiavel⁸⁷⁴. E deve-se reconhecer também que os poderes presidenciais cresceram exatamente na medida em que a posição do presidente como líder do partido e da maioria dos eleitores o tornou uma pessoa pública mais evidente⁸⁷⁵. O presidente sintetiza, em sua pessoa, o que as pessoas reputam como o próprio governo.

Os críticos mais radicais do poder presidencial, argumenta John Yoo, pretendem um impossível retorno a um idealizado sistema de governo que não existe a mais de 100 anos. Os críticos do poder presidencial, sustenta Yoo, ignoram as complexidades da administração pública contemporânea⁸⁷⁶. A Constituição dos Estados Unidos dispõe sobre um Poder Executivo que detém um poder efetivo e flexível, e a história do país tem mostrado, segundo John Yoo, que não pode haver limitações a esse poder, em situações emergenciais⁸⁷⁷.

Para se compreender o que os autores da Constituição dos Estados Unidos entendiam por Poder Executivo deve se examinar o pensamento constitucional da época em que a constituição norte-americana foi debatida e aprovada⁸⁷⁸. O texto de 1797 foi precedido de um primeiro acordo entre os Estados membros, o que resultou na criação de uma federação, na qual o Executivo era fraco, e que não se sustentou como elemento de unidade e de fortalecimento entre os colonos que se libertaram da Inglaterra em 1776⁸⁷⁹.

O fracasso daquele primeiro arranjo institucional reabilitou a concepção de um executivo estrutural e substancialmente forte, rejeitando-se uma primeira e ingênua visão revolucionária de que o Executivo deveria ser controlado pelo Legislativo⁸⁸⁰.

⁸⁷² Neustadt, Richard E., *Presidential Power and the Modern Presidents- the Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York: The Free Press, 1991.

⁸⁷³ Cf. Yoo, John, cit., p. XX.

⁸⁷⁴ Cf. Yoo, John, cit., p. XXIII.

⁸⁷⁵ Cf. Yoo, John, cit., p. XXVII.

⁸⁷⁶ Cf. Yoo, John, cit., p. XXVIII.

⁸⁷⁷ Cf. Yoo, John, cit., loc. cit.

⁸⁷⁸ Cf. Yoo, John, cit., p. 3.

⁸⁷⁹ Cf. Yoo, John, cit. p. 9.

⁸⁸⁰ Cf. Yoo, John, cit., p. 51.

No contexto de concepção das várias constituições estaduais deu-se preferência a arranjos políticos marcados por executivos fortes, eleitos pelo povo e com poderes constitucionais independentes⁸⁸¹. Enfatizando o problema que decorria da necessidade de se definir os poderes presidenciais, John Yoo afirmou que o que mais preocupou os constituintes da Filadelfia, além do calor do verão, fora o tema da definição e do desenho do Poder Executivo⁸⁸². A presidência, de acordo com o que John Yoo conclui de seus estudos dos debates dos delegados constituintes, seria dotada de energia e centrada em quatro pilares: unidade, duração, suporte financeiro e poderes efetivos⁸⁸³; alcançava-se, assim, a condição necessária para bem governar⁸⁸⁴.

Alguns constituintes defendiam um presidente fraco, com poucos poderes. Afirmou-se que o chefe do executivo não poderia se transformar em um *feto da monarquia*⁸⁸⁵. Depois de uma semana de discussão os delegados concordaram que um único indivíduo deveria chefiar o Executivo⁸⁸⁶. John Yoo argumenta que a presença de George Washington foi muito importante no processo de ratificação da Constituição.

Foi George Washington quem permitiu que imaginasse o presidente como chefe da Nação em operações militares, detentor de papel de liderança na condução, discussão e assinatura de tratados, bem como, e talvez principalmente, como o detentor do poder absoluto para executar as leis⁸⁸⁷. Observa John Yoo que a expectativa de que George Washington seria eleito o primeiro presidente dos Estados Unidos ajudou na ratificação do artigo da Constituição que tratava dos poderes do presidente⁸⁸⁸.

George Washington contou com a extensa colaboração de James Madison (que à época da discussão da constituição norte-americana contava com 38 anos). Segundo John Yoo, Madison fora um construtor de coalizações. Madison organizava os cenários e a movimentação dos atores políticos da época, sempre movendo-os de acordo com seus objetivos. Madison atuava por intermédio de comitês e comissões, comandando-as, ainda que muito discretamente⁸⁸⁹. Para

⁸⁸¹ Cf. Yoo, John, cit., p. 15.

⁸⁸² Cf. Yoo, John, cit., p. 19.

⁸⁸³ Cf. Yoo, John, cit., pp. 40-41.

⁸⁸⁴ Cf. Yoo, John, cit., p. 43.

⁸⁸⁵ Cf. Yoo, John, cit., p. 21.

⁸⁸⁶ Cf. Yoo, John, cit., p. 23.

⁸⁸⁷ Cf. Yoo, John, cit. p. 35.

⁸⁸⁸ Cf. Yoo, John, cit. p. 53.

⁸⁸⁹ Cf. Yoo, John, cit. pp. 57-58.

Madison, defende John Yoo, os poderes inerentes que o presidente detinha o autorizava a dispensar subordinados⁸⁹⁰.

George Washington lutou por um Executivo forte, especialmente quanto à atuação na política externa⁸⁹¹. A declaração da neutralidade norte-americana em face do conflito entre a França e a Inglaterra é da premissa exemplo importante; revela-se o poder do presidente em assuntos de relações internacionais⁸⁹². Segundo John Yoo, o presidente George Washington teria conciliado independência constitucional com auto-controle institucional, realizando um modelo de Poder Executivo Republicano que seus sucessores iriam seguir⁸⁹³.

No início do século XIX, Thomas Jefferson, ainda que defensor de uma maior autonomia para as unidades federadas, pregou também o fortalecimento do Executivo. Jefferson teria inventado o *spoil system*, modelo norte-americano de preechimento de cargos públicos (que hoje já não mais vigora), por intermédio do qual o partido que ganhá a eleição leva os todos os cargos públicos, como se os cargos públicos fossem o espólio da vitória na eleição⁸⁹⁴.

Para John Yoo, quanto a Thomas Jefferson, e mais significativamente, no que se refere à independência do Poder Executivo em relação ao Congresso, pode se ilustrar com o processo de compra da Louisiana, negociado com os agentes de Napoleão Bonaparte. Thomas Jefferson dobrou o tamanho dos Estados Unidos, ganhou o controle permanente do rio Mississippi e da cidade de Nova Orleans, bem como conseguiu que França e Espanha deixassem de ser uma ameaça à segurança norte-americana nas regiões do oeste do país⁸⁹⁵.

Também para John Yoo, Andrew Jackson deu continuidade a essa fórmula de fortalecimento do Poder Executivo. Homem de seu tempo, contraditório, principalmente porque se declarava democrata, Jackson duelou, possuiu escravos, teria matado índios. Segundo John Yoo, Andrew Jackson odiava os ingleses; na guerra da revolução quando foi prisioneiro, se recusou a limpar as botas de um oficial inglês, que o atingiu na face com uma espada. Jackson nunca perdeu a afronta. Também sem autorização do Congresso, Andrew Jackson ocupou a Flórida, enfrentando a Espanha⁸⁹⁶.

⁸⁹⁰ Cf. Yoo, John, cit. p. 59.

⁸⁹¹ Cf. Yoo, John, cit. p. 73.

⁸⁹² Cf. Yoo, John, cit. p. 92.

⁸⁹³ Cf. Yoo, John, cit. p. 97.

⁸⁹⁴ Cf. Yoo, John, cit. p. 105.

⁸⁹⁵ Cf. Yoo, John, cit. p. 117.

⁸⁹⁶ Cf. Yoo, John, cit. p. 145.

Andrew Jackson também não se submetia ao Judiciário. Como resultado de uma discussão que algumas nações indígenas levaram a Suprema Corte, o Juiz Marshall determinou que Andrew Jackson removesse os nativos de uma determinada área. Verificando a dificuldade da tarefa, Jackson teria dito que Marshall mesmo deveria cumprir a ordem, desde que ele a havia dado...⁸⁹⁷ Segundo John Yoo, Andrew Jackson teria reconstruído a presidência, a qual entendia como independente do Congresso, de modo que pudesse exercer livremente suas prerrogativas constitucionais⁸⁹⁸.

Abraham Lincoln teria seguido a mesma senda. Segundo John Yoo, a grandeza de Lincoln decorreria de seus confrontos com escolhas trágicas. O presidente da guerra civil teria afirmado que jamais controlou os eventos de sua vida⁸⁹⁹. Lincoln teria respondido as crises que ameaçavam a vida da Nação⁹⁰⁰. Durante a guerra civil Lincoln restringia direitos individuais e liberdades civis, em favor de um conceito de segurança interna, então seriamente ameaçado⁹⁰¹.

Durante a guerra civil, mais de 400 mil prisioneiros de guerra teriam sido capturados, de ambos os lados. Lincoln insistia na teoria de que os estados do sul eram parte da União; todos os confederados ainda eram cidadãos norte-americanos. Porém, usou as forças do governo para eliminar soldados do sul. Destruiu e confiscou propriedades de confederados e, portanto, de cidadãos norte-americanos. Impôs a lei marcial nos territórios confederados na medida em que os ocupava. Os prisioneiros que fazia não tinham direito a um julgamento. Os civis que viviam no território dos confederados não tinham direito a requerer indenizações pelos danos materiais que sofreram com a destruição de suas propriedades. Os estados confederados não gozariam do direito de enviar senadores e deputados ao Congresso com o controle que sobre eles exerceu a União⁹⁰².

Lincoln determinou a prisão de civis e os deteve como inimigos de guerra⁹⁰³. Ao fim do conflito, e ao longo do período de reconstrução, Lincoln pensava em ditar todos os termos de acordos futuros, com base no poder constitucional de perdão, do qual era titular⁹⁰⁴.

⁸⁹⁷ Cf. Yoo, John, cit. p. 156.

⁸⁹⁸ Cf. Yoo, John, cit. p. 189.

⁸⁹⁹ Cf. Yoo, John, cit. p. 199.

⁹⁰⁰ Cf. Yoo, John, cit. p. 201.

⁹⁰¹ Cf. Yoo, John, cit. p. 224.

⁹⁰² Cf. Yoo, John, cit. p. 225.

⁹⁰³ Cf. Yoo, John, cit. p. 231.

⁹⁰⁴ Cf. Yoo, John, cit. p. 234.

No século XX, Franklyn Delano Roosevelt teria radicalmente alterado a engenharia institucional do funcionamento do Poder Executivo. Ao adequar a presidência ao moderno Estado administrativo que marcou sua longa passagem pela Casa Branca, Roosevelt quis comprovar que um governo forte poderia prover os norte-americanos de segurança econômica⁹⁰⁵.

Roosevelt enfrentou uma Suprema Corte hostil no início da implantação de seu programa de governo, o *New Deal*⁹⁰⁶; a Suprema Corte queria limitar os poderes regulatórios de Roosevelt⁹⁰⁷. Os direitos dos japoneses e dos descendentes de japoneses que viviam na costa oeste foram limitados, campos de confinamento foram criados, situação levada à Suprema Corte no caso Korematsu, quando se reconheceu os poderes ilimitados de Roosevelt, em situações emergenciais⁹⁰⁸.

Para John Yoo, a guerra e as emergências demandam que o presidente exerça seus poderes constitucionais de um modo mais amplo do que em tempos de paz⁹⁰⁹. É o que a experiência histórica indubitavelmente registra com George Washington, Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abrahão Lincoln e Franklyn Delano Roosevelt. John Yoo pretende inserir George W. Bush na lista.

No tempo da guerra fria, as relações entre a presidência norte-americana e a segurança nacional contou com os mesmos contornos que a experiência histórica reserva para os momentos de crise e de emergência, segundo John Yoo. A luta contra União Soviética demandou paciência para atuação presidencial em múltiplas dimensões, a exemplo de alianças e intervenções militares, ajuda a governos estrangeiros, ações secretas e movimentos diplomáticos que redundaram em coerção econômica⁹¹⁰.

John Yoo exemplifica essa atuação com Harry Truman, que decidiu não prolongar a presença norte-americana em determinado ponto do território coreano, depois de uma movimentação que contrariava os chineses, então alinhados com a Coreia do Norte. O General Douglas Mac Arthur criticou a decisão de Truman. Como resposta, Truman o exonerou, mesmo levando em conta que Mac Arthur era um herói da segunda guerra mundial⁹¹¹.

⁹⁰⁵ Cf. Yoo, John, cit. p. 257.

⁹⁰⁶ Cf. Yoo, John, cit. p. 259.

⁹⁰⁷ Cf. Yoo, John, cit. p. 265.

⁹⁰⁸ Cf. Yoo, John, cit. p. 310.

⁹⁰⁹ Cf. Yoo, John, cit. p. 325.

⁹¹⁰ Cf. Yoo, John, cit. p. 331.

⁹¹¹ Cf. Yoo, John, cit. p. 337.

Durante a guerra fria houve dramática expansão dos poderes presidenciais, ainda que se tenha verificado uma mudança também fundamental na organização da presidência. De acordo com John Yoo essa mudança se deu por causa de um aumento de expectativas em relação as responsabilidades do governo federal em questões internas, bem como quanto ao papel dos Estados Unidos na liderança mundial⁹¹².

Para John Yoo o ativismo do Judiciário ameaça o bom funcionamento da presidência. A competência mais importante do presidente, segundo John Yoo, seria o apoio e a defesa da Constituição. Deve o Judiciário decidir o que esta dispõe. John Yoo, nesse passo, pensa exatamente como Carl Schmitt, constitucionalista alemão que polemizou com Hans Kelsen na década de 1920, a propósito de se identificar quem deveria exercer o controle de constitucionalidade⁹¹³. O presidente, para John Yoo, é quem deve ser o guardião da Constituição. Os presidentes, de acordo com John Yoo, não podem permitir que o Judiciário defina sobre a constitucionalidade das leis, do mesmo modo como não podem tolerar que o Congresso defina como indicar juizes, assinar tratados ou exercer as funções de comandante-em-chefe, especialmente em épocas de guerra⁹¹⁴.

Yoo defende, de alguma maneira, uma fórmula de ativismo presidencial. Independentemente de suas filiações partidárias, argumenta John Yoo, os presidentes norte-americanos da época da guerra fria agiram basicamente do mesmo modo. O ativismo presidencial se desdobrou em ações secretas pelo mundo, em intervenções militares, sempre com o objetivo nunca disfarçado de se conter a União Soviética⁹¹⁵.

John Yoo discorda do cientista político Richard Neustadt, para quem os presidentes devem barganhar, mas não deveriam exercer poderes constitucionais de um modo ilimitado⁹¹⁶. Para John Yoo, as altas expectativas em relação ao governo devem, por outro lado, garantir que o presidente detenha poderes também de fato⁹¹⁷.

John Yoo exerceu proeminente papel no Departamento de Estado, junto ao *Office of Legal Counsel-OLC*, algo que no Brasil lembraria a Consultoria-Geral da União. Esse orgao, *OLC*,

⁹¹² Cf. Yoo, John, cit. p. 385.

⁹¹³ Cf. Schmitt, Carl, *O Guardião da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução de Geraldo de Carvalho.

⁹¹⁴ Cf. Yoo, John, cit. p. 395.

⁹¹⁵ Cf. Yoo, John, cit. p. 396.

⁹¹⁶ Cf. Yoo, John, cit. p. 399.

⁹¹⁷ Cf. Yoo, John, cit. p. 404.

elabora pareceres, por intermédio dos quais se interpretam arcanas questões constitucionais e se resolvem disputas internas na Administração⁹¹⁸.

Um relato negativo e contundente do *OLC* foi nos deixado por Jack Goldsmith, que lá atuou por 10 meses⁹¹⁹. Goldsmith fora próximo a John Yoo; ambos faziam parte de um grupo de intelectuais conservadores conhecidos pela Revista *Foreign Affairs* como os *novos soberanistas*⁹²⁰. Segundo Goldsmith, John Yoo protagonizou um papel importante no Conselho de Guerra de Bush. Intelectual brilhante, John Yoo, ainda de acordo com Goldsmith, fizera pareceres que pretendiam justificar tudo o que a administração Bush fizera ao longo da fase inicial do combate ao terrorismo⁹²¹.

A passagem de Goldsmith pelo Departamento de Estado teria sido dramática. Logo no início de seu trabalho no Goldsmith *OLC* fora demandado a propósito da aplicabilidade da Convenção de Viena em relação a terroristas do Iraque; a resposta era exigida com rapidez⁹²². Para Goldsmith o *OLC* estava *dentro* do Executivo, em ambiente específico de poucas regras e de baixa necessidade de transparência⁹²³. Goldsmith divergiu de John Yoo e afirmou que a Convenção de Genebra se aplicava a todos os detidos no contexto do combate ao terrorismo⁹²⁴. Preocupou-se enormemente, porquanto duvidava que a Casa Branca iria acatar sua opinião⁹²⁵. Havia no Departamento de Estado, de acordo com Goldsmith, uma cultura de aversão ao risco jurídico após os episódios de 11 de setembro⁹²⁶.

Na impressão de Jack Goldsmith o governo substituiu análises jurídicas por julgamentos políticos em um obsessivo comprometimento de expandir os poderes presidenciais⁹²⁷. A exemplo de Bruce Ackerman, para quem não se pode falar em *luta contra o terrorismo* (justamente porque o terrorismo é uma tática de guerra, e não um nação, isto é, não se pode lutar *contra o terrorismo* do mesmo modo que não se poderia lutar *contra a Blitzkrieg alemã*), Goldsmith insistia no sentido

⁹¹⁸ Cf. Yoo, John, *War by Other Means*, cit., p. 19.

⁹¹⁹ Goldsmith, Jack, cit.

⁹²⁰ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 21.

⁹²¹ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 23.

⁹²² Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 32.

⁹²³ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 33.

⁹²⁴ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 39.

⁹²⁵ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 43.

⁹²⁶ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 94.

⁹²⁷ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 102.

metafórico da argumentação da Casa Branca. Cuida-se de uma formulação tipicamente abstrata, a exemplo de guerras contra a pobreza, contra as drogas ou contra o crime⁹²⁸.

Entre os vários episódios que provocaram muita discussão nesse contexto da guerra contra o terrorismo, pode-se mencionar o caso Jose Padilla. Trata-se de um norte-americano de origem porto-riquenha, preso no aeroporto de Chicago, ao descer de um voo oriundo do Paquistão, em 8 de maio de 2002. Segundo o governo, Padilla tinha planos de explodir uma bomba de efeitos radioativos. Em primeira instância, decidiu-se que o governo tinha poderes e competência para prendê-lo, ainda que as provas fossem supostamente frágeis.

A questão chegou à Suprema Corte norte-americana, que em 28 de junho de 2004 decidiu com base em preliminares, sem tocar no mérito da questão, limitando-se a afirmar que o tribunal de Nova Iorque não tinha competência para julgar o caso e que o *habeas corpus* deveria ter sido impetrado contra o diretor da prisão na qual Padilla se encontrava, e não contra o Secretário da Defesa. A questão dos poderes presidenciais não foi resolvida⁹²⁹. Manteve-se o impasse.

A propósito, há notícias de que Jose Padilla ajuizou ação contra John Yoo, acusando-o de tê-lo privado de seus direitos constitucionais de defesa. Trata-se de uma ação civil por danos. John Yoo invocou em defesa a imunidade do executivo por responsabilidade pessoal de agente público por danos eventualmente causados⁹³⁰.

Para Goldsmith, que se transformou em um grande crítico das políticas que John Yoo defendia, a Administração tentava levar ao limite seus poderes discricionários. O governo norte-americano teria desrespeitado todas as limitações constitucionais e legais para o tratamento de prisioneiros de guerra⁹³¹. Goldsmith observou que se impressionava com o número de advogados que trabalhava no governo, defendendo essas políticas, o que nos dirige para interessante debate relativo ao papel do advogado público que atua no Executivo⁹³².

Logo no início de sua curta passagem pelo Departamento de Estado Goldsmith entendeu que os pareceres até então vigentes deveriam ser revistos⁹³³. Sua orientação não foi seguida. Acredita, no entanto, que no futuro o governo Bush poderia ser comparado aos governos Lincoln

⁹²⁸ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 103.

⁹²⁹ Cf. Wheeler, Darren A., cit., pp. 53 e ss.

⁹³⁰ Cf. Bruff, Harold H., cit., p. 293.

⁹³¹ Cf. Goldsmith, Jack, cit., pp. 119-120.

⁹³² Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 130.

⁹³³ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 146.

ou Roosevelt⁹³⁴, especialmente dada a tendência que a história revela, no sentido de se minimizar os excessos cometidos⁹³⁵. À luz dessa compreensão, qualifica-se curioso paradoxo; isto é, as conclusões de Goldsmith não são muito distintas das conclusões de Yoo.

Goldsmith observou que John Yoo não fora o primeiro advogado a fazer pareceres posteriormente repudiados. Edward Batés, que fora o Advogado-Geral de Abrahám Lincoln teria justificado a suspensão do hábeas corpus⁹³⁶. Para Goldsmith, John Yoo destacava-se como um jovem professor que conhecia profundamente o direito de guerra. Lecionava em Berkeley, uma faculdade de muito prestígio. Possui enorme charme pessoal e é extremamente persuasivo ao explicitar sua visão dos vários problemas enfrentados⁹³⁷.

Goldsmith deixou o cargo por não concordar com a Administração. Acredita que em estado permanente de emergência que se enfrenta, a melhor esperança para se preservar a segurança e a liberdade é a escolha de líderes que se apeguem em valores constitucionais, mesmo quando tentados a se distanciarem desses mesmos valores⁹³⁸.

Nessa linha de raciocínio de Goldsmith, que é contrária a John Yoo, o pensamento de Seth Weinberger, para quem, na guerra contra o terrorismo não se deve dar ao presidente poderes extraordinários de modo indefinido. O Legislativo e o Judiciário devem controlar e supervisionar excessos eventualmente praticados. Poderes extraordinários conferidos ao presidente não poderiam atentar contra a estrutura básica de tripartição dos poderes⁹³⁹.

6) A prerrogativa do perdão presidencial

Perdões presidenciais são divulgados por proclamações presidenciais. Ao exercer o direito de perdoar o presidente dos Estados Unidos exerce uma competência judiciária. A matéria foi novamente discutida na prática constitucional norte-americana, por ocasião dos vários perdões que o Presidente Bill Clinton outorgou no fim de seu segundo mandato⁹⁴⁰. Essa prerrogativa radica no art. II, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos. O perdão é expressamente previsto na

⁹³⁴ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 214.

⁹³⁵ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 213.

⁹³⁶ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 168.

⁹³⁷ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 169.

⁹³⁸ Cf. Goldsmith, Jack, cit., p. 216.

⁹³⁹ Cf. Weinberger, Seth, cit., p. 138.

⁹⁴⁰ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 133.

Constituição⁹⁴¹. A ideia do perdão é forte na tradição do *common law*; na origem, trata-se de instituto que os costumes constitucionais ingleses sufragam com base no poder discricionário do monarca, em relação a várias questões, especialmente de fundo político⁹⁴².

Nos Estados Unidos, o perdão presidencial foi conceitualmente desenvolvido pelos autores dos artigos *federalistas*, especialmente por Alexander Hámilton⁹⁴³. A Suprema Corte norte-americana entende que o poder presidencial de perdoar condenados é absoluto, completo, e que não pode ser limitado por legislação infraconstitucional⁹⁴⁴. Um dos primeiros comentadores da Constituição dos Estados Unidos, Joseph Story, defendia o instituto do perdão presidencial como um antídoto ao ativismo de juízes e jurados⁹⁴⁵.

Na primeira ocasião na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu questão de perdão presidencial⁹⁴⁶, o juiz Marsháll fixou a doutrina de que o perdão presidencial é um ato particular, análogo à transferência de propriedade ou qualquer outra transação comercial. Marshall entendeu o perdão como uma transação privada, seguindo as disposições do *common law*⁹⁴⁷. O perdão pode ser dado antes, durante ou depois do julgamento⁹⁴⁸. O efeito do perdão é o retorno à condição de inocência do acusado ou condenado: opera-se como uma anistia⁹⁴⁹. O presidente não precisa aguardar decisão judicial para perdoar⁹⁵⁰, segundo decidiu a Suprema Corte norte-americana⁹⁵¹. Pode, inclusive, determinar a extinção de um processo criminal em andamento; trata-se do poder de *nolle prosequi*⁹⁵².

A doutrina do perdão como um ato privado influenciou a Suprema Corte no julgamento de réu⁹⁵³ que havia se recusado a responder perguntas em juízo, alegando que iria se auto-incriminar

⁹⁴¹ Cf. Rawle, William, *A View of the Constitution of the United States of America*, New York: Da Capo Press, 1970. A primeira edição dessa obra clássica é de 1829.

⁹⁴² Cf. Nowak, John e Rotunda, Ronald D., *Principles of Constitutional Law*, St. Paulo: Westlaw, 2004, p. 137.

⁹⁴³ O perdão presidencial é discutido por Alexander Hamilton no artigo federalista número 74.

⁹⁴⁴ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 133.

⁹⁴⁵ Cf. Story, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Durham: Carolina Academic Press, 1987, p. 548. A edição original do livro é de 1833.

⁹⁴⁶ *United States v. Wilson*, 7 Pet 150 (US 1833).

⁹⁴⁷ Cf. Schwartz, Bernard, *Constitutional Law, a Textbook*, New York: The MacMillan Company, 1972, pp. 160-161.

⁹⁴⁸ Cf. Burgess, John W., *Political Science and Comparative Constitutional Law*, vol. II, Boston: Glinn and Company, 1890, p. 262.

⁹⁴⁹ Cf. Burgess, John W., cit., p. 374.

⁹⁵⁰ Cf. Schwartz, Bernard, cit., p. 162.

⁹⁵¹ *Ex parte Garland*, 4 Wall. 333, 380 (U. S. 1867).

⁹⁵² Cf. Flanders, Henry, *An Exposition of the Constitution of the United States, Designed as a Manual of Instruction*, Union: The Lawbook Exchange Ltd., 1999, p. 183.

⁹⁵³ *Burdick v. U. S.*, 236 U. S. 79 (1915).

e que, ao mesmo tempo, recebeu perdão presidencial, que não aceitou. No entanto, foi absolvido em primeira instância, julgamento revertido pela Suprema Corte. Adotou-se a tese de Marshall, no sentido de que o perdão presidencial seja um ato privado. Por isso, exige a aceitação de ambas as partes, o que não ocorrera por parte do beneficiado⁹⁵⁴.

A doutrina do perdão como um ato privado começou a ser revista pela Suprema Corte em 1927⁹⁵⁵; nessa ocasião, o Juiz Oliver Wendell Holmes Jr. sustentou que o perdão seria ato de política pública; por isso, irrelevante a concordância do perdoado⁹⁵⁶, ainda que, como decidido no caso *Burdich*, deva-se levar em conta o estigma que o beneficiado teria todo o direito de querer evitar⁹⁵⁷.

Em 1866 decidiu-se importante caso sobre perdão presidencial, ocorrido logo no fim da guerra civil⁹⁵⁸. O Congresso havia aprovado lei que determinava que todos os interessados no exercício da advocacia, deveriam prestar um juramento, no qual afirmariam que jamais pegaram em armas contra os Estados Unidos, e que também nunca teriam ajudado inimigos da Nação. Garland fora perdoado por Andrew Jackson, razão pela qual queria isenção do referido juramento⁹⁵⁹. Em 1927⁹⁶⁰ a Suprema Corte decidiu que o poder presidencial de perdoar não pode se estender a necessidade do Estado indenizar por maus tratos sofridos pela beneficiário⁹⁶¹.

O perdão presidencial não está sujeito ao controle por parte do Congresso. Este órgão não pode limitar os efeitos de um perdão presidencial, bem como não pode excluir de seu alcance crime ou pessoa. O Congresso não tem competência para restringir o alcance do perdão presidencial⁹⁶². O poder de perdoar inclui a prerrogativa de reduzir a punição; autoriza a fixação de pena menor do que a que pelo Judiciário fora fixada⁹⁶³.

O presidente não pode perdoar em casos de *impeachment*. A prerrogativa de perdoar é constitucional, e os crimes que alcança são aqueles praticados contra os Estados Unidos da América. Não alcança os crimes cometidos contra as unidades federadas, hipótese em que a

⁹⁵⁴ Cf. Schwartz, Bernard, cit., loc. cit.

⁹⁵⁵ *Biddle v. Perovich* (1927).

⁹⁵⁶ Cf. Nowak, John e Rotunda, Ronald D., cit., loc. cit.

⁹⁵⁷ Cf. Nowak, John e Rotunda, Ronald D., cit., loc. cit.

⁹⁵⁸ *Ex parte Garland* (1866).

⁹⁵⁹ Cf. Nowak, John e Rotunda, Ronald D., cit., p. 138.

⁹⁶⁰ *Knote v. U. S.* (1927).

⁹⁶¹ Cf. Nowak, John e Rotunda, Ronald D., cit., loc. cit.

⁹⁶² Cf. Story, Joseph, cit., p. 552.

⁹⁶³ Cf. Cooley, Thomas M., *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston: Little, Brown, and Company, 1891, p. 105.

competência para perdoar é do governador estadual⁹⁶⁴. Ofensas contra os Estados Unidos é cláusula que significa ofensa contra as leis federais⁹⁶⁵. O perdão restaura a cidadania e os plenos direitos do beneficiado. Por óbvio, o perdão não pode ser dado antes do cometimento do crime, o que equivaleria a isenção do interessado em relação ao alcance da lei, que deve ser igual para todos⁹⁶⁶.

O perdão presidencial é entendido pelo constitucionalismo norte-americano como um instrumento útil para que se curem feridas da vida política. Foi o que teria estimulado o Presidente Gerald Ford a perdoar o Presidente Richard Nixon, por intermédio da Proclamação 4311. Ford explicou que Nixon já pagara uma penalidade sem precedentes ao renunciar ao mais alto cargo eletivo dos Estados Unidos da América⁹⁶⁷. Em seu discurso de posse, Gerald Ford anunciava que o o pesadelo havia passado, e que a experiência havia comprovado que os Estados Unidos era um governo de leis, e não de homens⁹⁶⁸.

Essa decisão de Gerald Ford foi questionada na justiça norte-americana, ainda que em instâncias primárias. O juiz prolator da decisão entendeu que o Presidente Gerald Ford agira bem em perdoar Richard Nixon, adotando em sua razão de decidir a tese de Alexander Hamilton⁹⁶⁹. Os perdões dados por Bill Clinton no fim de seu mandato também foram intensamente discutidos. Foram mais de 1.000, que alcançaram inclusive a Marc Kirch, ao que consta, um fugitivo internacional⁹⁷⁰.

8. O Financiamento de Campanhas

O estudo do modelo norte-americano de financiamento de campanhas permite que se constate que em oposição a imaginária candura democrática⁹⁷¹ vive-se nos Estados Unidos uma

⁹⁶⁴ Cf. Ogg, Frederic A., *Introduction to American Government*, New York: Appleton-Century Company, 1942, p. 790.

⁹⁶⁵ Cf. Corwin, Edward, *The Constitution and What it Means Today*, Princeton: Princeton University Press, 1948, p. 97.

⁹⁶⁶ Cf. Corwin, Edward S. e Peltason, Jack W., *Understanding the Constitution*, New York: William Shoane Associates Inc., 1949, p. 49.

⁹⁶⁷ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 134. No original: “[Nixon] a man who has already paid the unprecedent penalty of relinquishing the highest elective office of the United States”.

⁹⁶⁸ Cf. Ford, Gerald, *Public Papers of the Presidents of the United States*, Washington: U. S. Government Printing Office, 1975, p. 1.

⁹⁶⁹ Cf. Cooper, Philip J., cit., loc. cit.

⁹⁷⁰ Cf. Cooper, Philip J., cit., p. 135.

⁹⁷¹ Conferir, Boorstin, Daniel J., *The Americans: the Democratic Experience*, New York: Vintage Books, 1974.

experiência empírica marcada por forte presença do poder econômico na definição dos detentores do poder político⁹⁷². Não há, efetivamente, no jogo político norte-americano contemporâneo, uma efetiva igualdade de condições e de oportunidades⁹⁷³. Confirma-se concepção absolutamente realista que marca a prática política norte-americana⁹⁷⁴, substancializada filosoficamente pelo pensamento pragmático⁹⁷⁵.

Nesse sentido, e de um ponto de vista funcional, admite-se uma democracia possível⁹⁷⁶, simplesmente porque não há parâmetros de experimento histórico para uma comparação⁹⁷⁷, a menos que se retome discurso historiográfico que nos remete a uma não menos imaginária democracia dos antigos, cujas linhas gerais teriam influenciado os chamados *pais fundadores* do modelo norte-americano⁹⁷⁸.

Os arranjos institucionais do sistema eleitoral norte-americano propiciam uma manifesta ascendência do capital no processo político⁹⁷⁹. Há uma inegável preponderância de grupos

⁹⁷² Conferir Shapiro, Ian, *The State of Democracy Theory*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003, especialmente pp. 50 ss, no capítulo que trata do poder e da competição democrática.

⁹⁷³ Trata-se de questão central na discussão democrática contemporânea. Questiona-se a justiça das leis eleitorais, a igualdade de oportunidades nas campanhas, a certeza das pesquisas e a honestidade na contagem de votos. Conferir, Tilly, Charles, *Democracy*, New York: Cambridge University Press, 2007.

⁹⁷⁴ Pode-se afirmar, nesse sentido, que o pragmatismo consiste efetivamente na filosofia nacional norte-americana. Conferir Menand, Louis, *The Metaphysical Club*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. Kuklick, Bruce, *A History of Philosophy in America (1720-2000)*, Oxford: Clarendon Press, 2001. Rorty, Richard, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minneapolis Press, 2003. Murphy, John P., *Pragmatism- from Peirce to Davidson*, Boulder: Westview Press, 1990.

⁹⁷⁵ Filosofia tipicamente americana, o pragmatismo conta com alguns ensaios clássicos, a exemplo de textos de Charles Sanders Peirce (*How to make our ideas clear*), de William James (*The will to believe*), de Oliver Wendell Holmes Jr. (*The path of law*) e posteriormente de Richard Rorty (*Philosophy as a kind of writing*). Em linhas gerais, o pragmatismo abandona modelos tradicionais de objetividade, verdade e racionalidade, promovendo niilismo e ceticismo que subvertem a democracia liberal, a cogitarmos de imagem crítica para com essa corrente do pensamento norte-americano. O pragmatismo centra-se na questão da verdade e assume que o que se toma por verdadeiro é apenas o que se admite como tal. O pragmatismo identifica modo norte-americano de se pensar e de se fazer filosofia. Sob forte influência de Charles Darwin e do pensamento utilitarista de John Stuart Mill, o pragmatismo é também filosofia que se desenvolveu nos meios acadêmicos. Começou em Harvard com Charles Sanders Peirce e com William James. Emigrou para Chicago e Nova Iorque, quando se tornou filosofia nacional, sob forte influência de John Dewey. Subsiste contemporaneamente em Richard Rorty e em Richard Posner.

⁹⁷⁶ Esse é o argumento central desenvolvido em Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper, 1975, especialmente pp. 269 e ss.

⁹⁷⁷ Nesse sentido, conferir, Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy- Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven and London: Yale University Press, 1999.

⁹⁷⁸ Nesse tema, Richard, Carl J., *The Founders and the Classics- Greece, Rome and the American Enlightenment*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1996.

⁹⁷⁹ Os contornos do processo político norte-americano são analisados por Woodrow Wilson, que foi inclusive presidente dos Estados Unidos. Consultar Wilson, Woodrow, *Congressional Government*, Mineola: Dover Publications, 2006. Para aspectos biográficos de Woodrow Wilson, consultar Cooper, Jr., John Milton, *Woodrow Wilson- a Biography*, New York: Vintage Books, 2009.

econômicos que subvencionam o processo eleitoral, circunstância de algum modo também potencialmente legítima, à luz de uma investigação em torno do papel políticos dos grupos de interesse⁹⁸⁰. Há um caráter aristocrático que parece contaminar o processo eleitoral⁹⁸¹, o que confirma alguma suspeição para com a candura imaginária da democracia representativa, e de seus defensores mais simbólicos, a exemplo de Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e John Stuart Mill⁹⁸².

Essa relação já foi de algum modo denunciada em 1913 por Charles A. Beard, que em corajoso trabalho atentou para a preponderância de fatores econômicos no contexto de concepção da constituição norte-americana⁹⁸³. Beard fez um levantamento dos interesses econômicos que estavam em jogo em 1787, quando da discussão e da aprovação do texto da constituição dos Estados Unidos. Na premissa fundamental de que *o poder segue a propriedade*, Beard identificou interesses econômicos dos membros da convenção constitucional norte-americana, qualificando a constituição como um documento prioritariamente econômico. Isolou a participação popular e considerou os limites de um voto também popular.

Beard pinçou no texto constitucional norte-americano todas as questões econômicas que agitavam os Estados Unidos no século XVIII, a exemplo de proteção tarifária, comércio internacional, transporte, indústria, comércio, trabalho, agricultura, temas que não podem ficar à mercê dos falsos problemas trazidos pelas leituras analíticas do direito, que se perde em formalismos, campo discursivo que engendra todos os tipos de solução. Por exemplo, o delicado problema da escravidão não lhe passou despercebido, pelo que a saída que o texto constitucional norte-americano optou, lacônica, foi causa concorrente para conflito nacional que se alastrou de modo mais explícito a partir de 1861.

Essa percepção menos romântica do constitucionalismo norte-americano é também de algum modo compartilhada por Robert A. Dahl, para quem há dúvidas se a constituição dos Estados Unidos se revela como efetivamente democrática. Questionando os porquês da necessidade de se cumprir a constituição, isto é, as justificativas de sua autoridade, Dahl intuiu que

⁹⁸⁰ Cf. Heinemann, Robert A., *Political Science- an Introduction*, New York: The McGraw-Hill Companies, Inc., 1996, pp. 102 ss.

⁹⁸¹ Cf. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, New York: Cambridge University Press, 1997, pp. 132 ss.

⁹⁸² Nesse passo, conferir Urbinati, Nadia, *Representative Democracy, Principles & Genealogy*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

⁹⁸³ Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: Free Press, 1986.

há alguma ilusão na compreensão do modelo norte-americano como substancialmente democrático⁹⁸⁴.

Robert Dahl é importantíssimo cientista político norte-americano, que pontificou na Universidade de Yale. A democracia é o tema central de suas preocupações, intervenções e opiniões. Concentrado nos aspectos mais empíricos da democracia, isto é, na dimensão real da ideia democrática, Dahl argumentou que as democracias contemporâneas são caracterizadas menos por uma imediata participação popular, e mais pelo controle que grupos exercem sobre líderes políticos e centros de decisão. A essa pulverização de influências Dahl denominou de *poliarquia*⁹⁸⁵.

Para Robert Dahl, nas *poliarquias* há eleições livres, que ocorrem regularmente. A competição eleitoral é regulada. Verifica-se amplo controle sobre o processo de escolha de representantes. O direito ao voto é universal. Não há limites de gênero ou de expressão censitária. Na percepção de Dahl, na *poliarquia* o direito de concorrer a cargos públicos é universal. Ainda, nas *poliarquias*, ao longo do processo eleitoral tem-se o direito de livre expressão, quanto a questões relevantes para a sociedade. Não há tabus ou proibições; tudo pode ser debatido. Nesse contexto, há também possibilidade para que o eleitor busque fontes alternativas de informação.

No entanto, a *poliarquia* nos remete a um modelo imaginário de *democracia procedimental*. A inclusão de todo cidadão deveria se desdobrar na igualdade do voto, na possibilidade de uma efetiva participação em fóruns de decisão, por intermédio, inclusive, da compreensão do andamento do processo eleitoral e das fórmulas de escolha. Do ponto de vista procedimental o modelo democrático se desdobra com pequenas nuances de imprestabilidade. Nesse sentido, é nessas nuances que se pode apreender as fragilidades do modelo. O ilimitado financiamento de campanhas, pelos detentores do grande capital, pode ser dessa suspeita uma prova eloquente.

Há um outro ponto que precisa ser considerado. O papel da imprensa na construção de opções políticas não pode ser negligenciado. Deve-se discutir a influência da imprensa, controlada pelo grande capital, que sobre a construção e divulgação de informações exerce enorme poder,

⁹⁸⁴ Dahl, Robert A., *How Democratic is the American Constitution?* New Haven and London: Yale University Press, 2003.

⁹⁸⁵ As linhas gerais da biografia e da obra de Dahl estão em Benewick, Robert e Green, Philip, *The Routledge of Twentieth-Century Political Thinkers*, London and New York: Routledge, 1998, pp. 48 e ss. O assunto aqui tratado é tema, entre outros, de Dahl, Robert, *Democracy and its Critics*, New Haven and London: Yale University Press, 1989.

promovendo candidatos, partidos e ideias, que refletem e defendem a ideia de seus patrocinadores. Nas discussões que se tem, a restrição ao financiamento eleitoral, por pessoas físicas ou jurídicas, passa ao largo da influência do capital sobre a construção da opinião pública, por intermédio da imprensa. Limita-se ou proíbe-se a doação de pessoas jurídicas, em favor de candidato, partido ou comitê, mas não se restringe a atuação da imprensa, que é também instrumento de interesses de vários grupos⁹⁸⁶. Desconsidera-se uma das causas do problema.

Nos Estados Unidos, com o fim da Guerra de Secessão (1861-1865)⁹⁸⁷ o pensamento progressista cravou a defesa da igualdade eleitoral, centrada em democrático mantra que nos dava conta de que a cada homem deveria corresponder um voto (*one man, one vote*)⁹⁸⁸, como corolário mesmo do significado da liberdade⁹⁸⁹. O direito norte-americano enfrentou a crise de um pensamento jurídico ortodoxo, questionado em violenta guerra civil, concebendo arranjos institucionais que pretendiam ajustar rotinas e procedimentos a uma nova ordem⁹⁹⁰. A crise é uma constante, fomentada por complicadíssimas relações sociais, das quais a luta pela expansão dos direitos civis muito exemplifica⁹⁹¹, especialmente no contexto do direito ao voto⁹⁹².

Nesse século, o tema da *audácia da esperança* (*the audacity of hope*) simbolizou as duas campanhas eleitorais de Barack Obama⁹⁹³. Em 2008, Obama venceu John McCain por 365 a 173 no Colégio Eleitoral e por cerca de 69 milhões de votos contra 59 milhões, na contagem dos votos diretos. Em 2012, venceu Mitt Romney por 332 a 206 no Colégio Eleitoral e por cerca de 65

⁹⁸⁶ Para a discussão do assunto, no contexto brasileiro, a biografia de Assis Chateaubriand, escrita por Fernando Moraes, *Chatô, o Rei do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 1994, bem como o estudo de Nelson Werneck Sodré, *História da Imprensa no Brasil*, Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

⁹⁸⁷ Do ponto de vista mais especificamente jurídico o ponto de partida da discussão é o caso Dred Scott. Conferir Fehrenbacher, Don E., *Slavery, Law and Politics*, New York: Oxford University Press, 1981.

⁹⁸⁸ Conferir Zinn, Howard, *A People's History of the United States- 1492-present*, New York: Harper, 1995, pp. 167 e ss. Para uma compreensão do papel do historiador Howard Zinn na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, consultar Duberman, Martin, *Howard Zinn- a life on the left*, New York and London: The New Press, 2012. O tema da escravidão e da guerra civil também pode ser consultado em Johnson, Paul, *A History of American People*, New York: Harper Perennial, 1997, pp. 461 e ss.

⁹⁸⁹ Foner, Eric, *Give me Liberty- an American History*, New York and London: W. W. Norton & Company, 2014, pp. 556 e ss.

⁹⁹⁰ É o tema de Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law- 1870-1960*, New York and Oxford: Oxford University Press, 1992.

⁹⁹¹ Nessa tema, é seminal a leitura da biografia de Thurgood Marshall. Conferir, Williams, Juan, *Thurgood Marshall- American Revolutionary*, New York: Three River Press, 1998.

⁹⁹² Cf. Currie, David P., *The Constitution of the United States- a Primer for the People*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1997.

⁹⁹³ Conferir Donaldson, Gary A., *The Modern America- the Nation from 1945 to the presente*, Lanham: Rowman & Littlefield, 2012, pp. 323 e ss.

milhões de votos contra cerca de 60 milhões na votação popular. Obama (que fora senador estadual em Illinois - - 1997-2004 - - e senador federal - - 2005-2008 - -) contou com expressivas doações, o que garantiu intensa propaganda que o conduziu à vitória, por duas vezes⁹⁹⁴.

Porém, o próprio Obama contestou o fim das restrições às doações de campanha, quando comentou decisão da Suprema Corte norte-americana proferida no caso *Citizens United v. FEC*, em pronunciamento feito ao país, em 2010. No *State of the Union* de 2010 Obama lamentou que a decisão da Suprema Corte proferida naquele caso revertia cem anos de jurisprudência. Pode-se invocar alguma contradição.

É que, de algum modo, simbolizando uma parcela oprimida da população norte-americana, justamente aquela para a qual a doutrina do *one man, one vote* representava alguma esperança, Obama também conduziu campanha milionária, que bem pode simbolizar um novo dogma, no sentido de que um dólar é que acaba valendo um voto, *one dollar, one vote*. A simbologia dessa mudança, positiva e negativa, pode indicar algum triunfo do capital no processo eleitoral, situação que subverte conceitos, premissas e esperanças do sonho democrático, e que pode sufragar uma moral infelizmente matizada pelo poder econômico⁹⁹⁵.

Nos Estados Unidos da América as regras financeiras aplicáveis às eleições presidenciais são de competência de uma agência federal independente, com poderes regulatórios, denominada *Federal Election Commission* (FEC)⁹⁹⁶. Criada em 1975, em momento particularmente tenso na história política norte-americana⁹⁹⁷, a missão dessa agência consiste na administração, fiscalização e cumprimento das normas que tratam das eleições norte-americanas, especialmente quanto a seus aspectos de financiamento.

⁹⁹⁴ Moore, Kathryn, *The American President- from George Washington to Barack Obama*, New York: Fall River Press,

⁹⁹⁵ Nesse tema é fundamental o estudo de C. Wright Mills, *The Power Elite*, New York: Oxford University Press, 2000.

⁹⁹⁶ Informações e dados sobre a *Federal Election Commission* foram colhidas junto ao sítio eletrônica dessa agência reguladora, www.fec.gov.

⁹⁹⁷ Refiro-me aos problemas enfrentados pelo 37º presidente norte-americano, Richard M. Nixon, que governou de 1969 a 1974, quando renunciou, no contexto das denúncias do caso Watergate. O republicano Nixon venceu o democrata Hubert Humphrey, e depois o também democrata George McGovern, sempre com ampla margem de vantagem, tanto na votação popular, quanto nos colégios eleitorais. Há três relatos impressionantes de personagens que conviveram com Nixon nos conturbados dias do escândalo Watergate: Henry Kissinger, Abe Fortas e Robert Bork. Conferir, quanto a esses relatos: Kissinger, Henry, *Years of Upheaval*, New York: Simon and Schuster, 2011, pp. 1179 e ss. Kalman, Laura, *Fortas, Abe, a Biography*, New Haven and London: Yale University Press, 1990, Bork, Robert. Impressões pessoais sobre esse delicado momento são também colhidas nos diários de Arthur M. Schlesinger, Jr., *Journals-1952-2000*, New York: Penguin Books, 2007, pp. 373 ss.

As normas reguladoras do financiamento das campanhas políticas nos Estados Unidos estão consolidadas no *Federal Election Campaign Act* (FECA). A realidade dos fatos, no entanto, parece contrariar qualquer esforço quixotesco para se regulamentar o financiamento de campanhas⁹⁹⁸. Isto é, como se verá mais adiante, há um movimento norte-americano no sentido de se desregulamentar o modelo de financiamento das campanhas eleitorais⁹⁹⁹, que de algum modo encontro eco em recentes decisões da Suprema Corte. Esse movimento de desregulamentação favorece aos interesses do grande capital, na medida em que a ilimitada possibilidade de apoio econômico poderá definir uma definitiva aliança entre donos do capital e donos do poder.

Por trás da simplicidade aparente dessa equação esconde-se ameaça real de práticas de corrupção, na qual o financiador cobraria do candidato financiado o capital empregado no processo eleitoral. Trata-se da denominada corrupção *quid pro quo*, como se verá mais adiante, na qual o financiador de campanha pressiona e obtém favores do candidato que financiou. Em face dessa constatação opõe-se uma visão mais dulcificada dos fatos, para a qual a liberdade de expressão sufragaria a ilimitada possibilidade de financiamento financeiro de campanhas; essa percepção decorre de entendimento da Suprema Corte norte-americana. Esse tribunal tem recorrentemente se pronunciado sobre as regras do jogo político norte-americano, afirmação comprovada na célebre decisão que garantiu a vitória de George Bush contra Al Gore nas eleições de 2000¹⁰⁰⁰.

A legislação norte-americana sobre regulamentação das eleições remonta a uma lei de 1907, o *Tillmann Act*, proposta pelo senador Benjamin Tillmann, da Carolina do Sul. Esboçava-se uma reação às acusações de que a campanha presidencial de Theodore Roosevelt fora financiada pelos grandes negócios¹⁰⁰¹. O próprio Roosevelt teria se insurgido contra as inculpações que lhe

⁹⁹⁸ Nesse sentido, Robert J. Samuelson, *In politics, money is speech*, The Washington Post, 6 de abril de 2014.

⁹⁹⁹ Conferir artigo de Jeffrey Toobin, *The John Robert's Project*, The New Yorker, 2 de abril de 2014.

¹⁰⁰⁰ Conferir, por todos, Dershowitz, Alan M., *Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000*, New York: Oxford University Press, 2000. Em desfavor a essa absoluta supremacia do judiciário há intensa produção bibliográfica. Consultar, entre outros, Kramer, Larry D., *The People Themselves- Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press, 2004. O tema é tratado por Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights- Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2008 e, do mesmo autor, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

¹⁰⁰¹ Conferir Graubard, Stephen, *The Presidents- The Transformation of American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, New York: Penguin Books, 2005. Especialmente, pp. 86-126.

pesavam, propondo que se discutisse o financiamento das campanhas, que deveria ser regulamentado¹⁰⁰².

O núcleo da lei que então foi aprovada consistia na vedação de contribuições, por parte de pessoas jurídicas, em favor de candidatos a cargos eletivos. Havia previsão de multas e, no limite, de prisão de responsáveis pelas pessoas jurídicas que eventualmente colaborassem com candidatos. Os bancos eram alcançados por essa regra; isto é, vedava-se o apoio financeiro dos bancos para quaisquer candidatos a cargos eletivos. Fora a primeira vez na qual legisladores norte-americanos se ocuparam com a grave e preocupante relação entre dinheiro e política (*money and politics*).

No entanto, somente na década de 1970 é que essa questão foi retomada. Promulgado em 1972, o acima referido FECA regulamentou as eleições federais. No modelo federalista norte-americano cada uma das unidades federadas detém competência para organizar e disciplinar os processos eleitorais locais. Quanto à disciplina do processo de escolha propriamente dito, as unidades estaduais regulam inclusive os modos operacionais das eleições federais. O FEC aplica a legislação do FECA, especialmente quanto ao levantamento de valores para o financiamento das campanhas, que nos Estados Unidos são efetivamente milionários. Em 1974 emendou-se a referida legislação. Naquela ocasião foram fixados limites para o financiamento das campanhas políticas norte-americanas.

Esses limites e parâmetros são recorrentemente ajustados pela FEC. Além do que, segundo informações constantes no sítio eletrônico da mencionada agência de regulação eleitoral, a legislação presentemente aplicável também exige que os candidatos disponibilizem aos eleitores dados sobre quantias recebidas e gastas, nas respectivas campanhas. Um forte componente de *disclosure* orienta a questão.

Quanto às eleições presidenciais, especificamente, há norma de regência, denominada de *Presidential Election Campaign Fund*, que trata, especificamente, do financiamento público dessas campanhas. Deve-se atentar para peculiaridades que há no modelo norte-americano de eleições presidenciais.

Em 2002 houve nova alteração legislativa, por intermédio do *Bipartisan Campaign Reform Act-BCRA*, também conhecido como McCain-Feingold Act. Foram impostos novos limites à

¹⁰⁰² Um apanhado da passagem de Theodore Roosevelt na Casa Branca é encontrado em Morris, Edmund, *Theodore Rex*, New York: Random House, 2002.

utilização de recursos privados nas campanhas eleitorais norte-americanas. Combate-se o uso do *soft money*, conjunto de recursos não alcançado pelas limitações das legislações anteriores. Há controle e intensa limitação à possibilidade de levantamento e uso de fundos particulares, por parte dos partidos políticos. Nesse contexto, recursos privados são chamados de *soft money*, enquanto que recursos públicos, sobre os quais há um controle maior por parte do FEC, são denominados de *hard money*. O BCRA emendou o FECA.

O BCRA fixou dois conceitos que são utilizados nos cálculos de limites de doações. Há o *base limit*, por intermédio do qual se calcula quanto um doador pode contribuir para um determinado candidato ou comitê, individualmente considerados. E há também o *aggregate limit*, por meio do qual se calcula quanto o doador pode contribuir com um número total de candidatos ou comitês. Esse último referencial é restritivo e foi questionado na Suprema Corte norte-americana.

Assim, no *base limit* fixa-se quanto se pode doar a um determinado candidato ou comitê. No *aggregate limit* determina-se quantos candidatos ou comitês pode um financiador de campanhas apoiar. Esse último limite foi questionado na Suprema Corte norte-americana, que o entendeu inconstitucional porque mitigaria o pleno exercício da liberdade de expressão.

O *aggregate limit* tinha por objetivo não permitir que um doador contribuísse com um número ilimitado de candidatos, os quais iriam subsequentemente reunir os valores e encaminhá-los a um candidato único, que concorreria, assim, em desigualdade de condições com candidatos que não teriam utilizado esse esquema. Trata-se do traçado da *circumvention*. É justamente nesse modelo que se tem toda a raiz do problema.

O chamado *hard money* é alvo de intenso controle, o que demanda permanente atenção por parte de partidos e candidatos. O *soft money* permite a exploração de *loop-holes* (brechas da legislação), o que de fato resulta na extinção de limites e restrições, a exemplo da destinação subsequente de valores originariamente recolhidos para vários candidatos. Com o argumento de que se pretende apoiar ideias e atividades partidárias, haveria possibilidade de que as empresas financiassem propagandas, o que resulta em apoio concreto a candidatos e partidos.

Teme-se que financiadores de campanhas cobrem posteriormente dos beneficiários de recursos as colaborações que possibilitaram o sucesso eleitoral. Pretender de modo inverso é atitude reveladora de ingenuidade. Para identificar essa anomalia os norte-americanos utilizam uma locução latina - - *quid pro quo* - - que inclusive foi várias vezes citada e invocada no caso

McCutcheon. A locução sugere uma barganha, algo que se dá, em permuta de algo que se pede, e que não pode ser negado.

A legislação e a jurisprudência norte-americanas substancializam arranjos institucionais de enfrentamento a essa política de troca de favores. Deve-se acrescentar que o direito norte-americano também diferencia contribuições diretas feitas a candidatos, comitês e partidos, do pagamento indireto de despesas. Na contribuição direta os recursos são diretamente entregues ao candidato, que pode usá-los na conveniência da campanha. Nas contribuições indiretas os recursos são utilizados para o pagamento de despesas do candidato, a exemplo de programas de televisão, cartazes e anúncios de jornal.

A legislação sobre o financiamento das campanhas suscitou várias discussões e alcançou diversas vezes a Suprema Corte dos Estados Unidos. Houve uma acomodação judicial desses problemas, no contexto da discussão de alguns casos, que fixaram os novos padrões. Entre esses casos, as discussões em *McConnell v. FEC* (2003), *Citizens United v. FEC* (2008) e *McCutcheon v. FEC* (2014). A esses casos deve-se acrescentar uma discussão anterior ao BCRA, *Buckley v. Valeo* (1976). Nesse sentido, a matéria não é de exclusiva definição normativa. Vigê a regra do precedente, e por consequência toda a lógica que lhe é própria¹⁰⁰³.

No caso *Buckley v. Valeo*¹⁰⁰⁴ definiu-se que se poderia impor limites a contribuições para partidos, comitês e políticos, especialmente se os valores não fossem diretamente encaminhados aos beneficiários. A possibilidade de doação era garantida para o patrocínio de propagandas de apoio ou de crítica a candidatos e partidos. O núcleo conceitual da decisão consistiu na defesa do direito constitucional de liberdade de opinião. O apoio e o patrocínio eram permitidos, desde que indiretamente.

Discutido em plenário em 10 de novembro de 1975, o caso foi decidido em 30 de janeiro de 1976. *Buckley* ganhou a decisão da Suprema Corte por sete votos a um. A decisão foi apresentada em sua forma *per curiam*, isto é, em bloco, e em nome dos juízes vencedores, sem identificação do autor do voto condutor¹⁰⁰⁵. Nesse caso, *Buckley v. Valeo*, a Suprema Corte norte-americana decidiu pela constitucionalidade dos limites impostos pelo FECA. À época já se avaliou

¹⁰⁰³ Entre outros, em tema de hermenêutica do precedente, conferir Gerhardt, Michael J., *The Power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008. Hansford, Thomas G. e Spriggs II, James F., *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

¹⁰⁰⁴ 424 U.S. 1 (1976).

¹⁰⁰⁵ A composição da Corte era muito distinta da composição atual. Entre os juízes da época, Warren B. Burger, William J. Brennan, Thurgood Marshall e William Rehnquist.

a questão no contexto da primeira emenda (o que será retomado no caso *McCutcheon*), entendendo-se que os limites às doações de campanha se ajustavam a um razoável direito de manifestação política. Definiu-se que o propósito do FECA consistia no combate à corrupção política, revelando-se como arranjo institucional válido e importante.

Entre os vários autores da ação estavam James Buckley, Eugene McCarthy e a *American Civil Liberties Union*. No polo passivo, Francis Valeo, um secretário do Senado, e portanto membro do FEC. A discussão remontava a 1974, quando o então presidente Gerald Ford divergiu do Senado quanto a uma reforma que se discutia no texto do FECA, que era de 1971. O tema do financiamento de campanha foi então intensamente debatido. Cogitava-se da necessidade de se limitar as quantias que os candidatos poderiam receber de seus doadores, o que resultaria no fato de que teriam uma maior liberdade, não atrelando suas decisões às orientações dos financiadores de campanhas.

Um mecanismo de *accountability* era de algum modo exigido, na medida em que se pretendia regulamentar a *disclosure*, isto é, a efetiva transparência no sentido de que se informasse quem e o quanto doou, e para quem. Os defensores do financiamento público de campanhas insistiam que esse modelo permitiria um maior controle da relação entre o capital e o voto, substancializando e qualificando o processo democrático.

Discutia-se também a composição da agência reguladora, o FEC, em cuja legislação originária havia previsão de oito membros dirigentes, sendo que dois deles não detinham direito e prerrogativa de voto. Eram eles o secretário do Senado e o secretário da Câmara (*House of Representatives*). Os demais seis dirigentes eram apontados pelo Senado, pela Câmara e pela chefia do Executivo Federal, nos quadros da fórmula seguinte.

Senado e Câmara indicariam, cada uma das casas, dois representantes, conquanto que não fossem do mesmo partido. A rígida divisão entre democratas e republicanos permitia o arranjo. Ao chefe do Executivo Federal cabia sugerir os dois membros restantes, sem restrições de afiliação partidária. Esse modelo foi objeto de deliberação por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Buckley v. Valeo*.

A decisão ateu a constitucionalidade da doação para candidatos, comitês e partidos, como mecanismo de proteção da liberdade de expressão, ainda que essa possibilidade fosse restrita a vários limites. Afinal, está contida na prerrogativa constitucional de liberdade de expressão a liberdade de afiliação política, que se realiza também no financiamento de candidatos, comitês e

partidos. Entendeu-se também que a fórmula de composição da direção do FEC não respeitava o dogma da tripartição dos poderes.

No caso *McConnell v. FEC*¹⁰⁰⁶ a Suprema Corte sustentou a constitucionalidade do BCRA, decidindo pela adequação da legislação de restrição ao financiamento das campanhas eleitorais, bem como para com o uso de amplos limites para o *soft money*. A ação fora proposta pelo senador Mitch McConnell, republicano, que representava o estado de Kentucky. As discussões em torno da constitucionalidade do financiamento de campanhas políticas, com foco na liberdade de expressão, parece ser mais traço que divide republicanos e democratas.

Em princípio, a defesa da possibilidade do financiamento ilimitado de candidatos, comitês e partidos parece ser recorrente na agenda do partido republicano. Nesse caso específico, havia também outros interessados, também ligados a um ideário mais conservador, a exemplo da *National Rifle Association-NRA*, entidade que defende o direito constitucional do porte de armas.

Forte na tese de que qualquer limitação ao financiamento de campanhas afrontava a liberdade de expressão, o senador Mitch McConnell era um teimoso opositor da legislação do BCRA. Inclusive, ao longo da discussão dessa lei, de autoria dos senadores John McCain e Russell Feingold (de onde também o nome McCain-Feingold Act), o senador Mitch McConnell por várias vezes utilizou a técnica do *filibuster*.

A legislação questionada extinguiu a possibilidade irrestrita do uso eleitoral do chamado *soft money*, diretamente, por parte dos partidos políticos. O BCRA também restringia a participação de sindicatos e empresas no debate eleitoral, nos sessenta dias que antecediam as eleições.

A discussão chegou à Suprema Corte norte-americana onde os argumentos foram deduzidos em plenário em 8 de setembro de 2003. No dia 10 de dezembro do mesmo ano foi anunciada a decisão, longa, na qual, por cinco votos (Breyer¹⁰⁰⁷, O'Connor, Souter, Stevens e Ginsburg) decidiu-se pela constitucionalidade da norma questionada. Entendeu-se que não havia incompatibilidade relevante entre o direito constitucional à liberdade de expressão e as restrições ao financiamento de campanhas, tal como regulamentados no BCRA.

¹⁰⁰⁶ 540 U.S. 93 (2003).

¹⁰⁰⁷ As linhas gerais do pensamento constitucional de Stephen Breyer estão em seu livro *Active Liberty- Interpreting our Democratic Constitution*, New York: Alfred A. Knopf, 2006.

A Suprema Corte, naquela ocasião, constatou que a legislação garantia um legítimo interesse de combate à corrupção, enfrentando-a em sua provável origem, isto é, nas relações entre doadores e candidatos, partidos e comitês beneficiados. Divergindo, o juiz Clarence Thomas, anunciava posterior posicionamento da Corte, ao qual aderiria, e que mais tarde seria vitorioso. Insistiu que era inconstitucional qualquer forma de limitação de financiamento de campanhas, e que desde a guerra civil norte-americana não se via padrão legislativo mais restritivo da liberdade de expressão.

No caso *Citizens United v. FEC*¹⁰⁰⁸ discutiu-se o financiamento da divulgação de um filme que criticava a então senadora Hillary Clinton (*Hillary: The Movie*). Em apertada decisão, cinco a quatro, decidiu-se que empresas e sindicatos poderiam financiar filmes e programas que tivessem por objetivo a defesa ou a crítica de algum candidato, partido ou comitê.

Nesse rumoroso caso esboçou-se uma doutrina de reconhecimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas (*doctrine of corporate personhood*), o que estende direitos de expressão às pessoas morais. O caso foi julgado em 9 de setembro de 2009. No núcleo da decisão a afirmação de que disposição do BCRA que proibia sindicatos e empresas de transmitir programas sobre eleições no período de sessenta dias antes das eleições gerais, e de trinta dias antes das eleições primárias violava a cláusula de liberdade de expressão da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos.

A ação fora proposta pela *Citizens United*, um grupo de ideologia conservadora que tinha por objetivo fazer propaganda de um filme que criticava a democrata Hillary Clinton. Ao que consta, essa associação também iria custear a transmissão do filme, pela televisão. Ainda em 2004, ao longo de campanha presidencial, a mesma *Citizens United* pretendeu obstruir a divulgação de um filme que criticava o presidente George Bush.

Tratava-se de *Fahrenheit 9/11*, dirigido por Michael Moore, um documentário que criticava a atuação do presidente Bush no desdobramento do ataque terrorista às torres gêmeas de Nova Iorque. Administrativamente, junto ao FEC, a *Citizens United* não conseguiu obstruir a propaganda e a divulgação da película. Os dirigentes da agência reguladora entenderam que não havia provas que confirmavam que empresas, sindicatos ou organizações privadas teriam financiado Michael Morre, seu filme, transmissão e propaganda.

¹⁰⁰⁸ 558 U.S. 310 (2009).

Em 2008 foi a vez da *Citizens United* pretender divulgar um outro filme, que criticava Hillary Clinton. A matéria foi judicializada. A corte federal do Distrito de Columbia vedou a iniciativa, proibindo a divulgação do referido filme, determinando que se respeitasse os trinta dias que antecederiam as eleições primárias. A questão chegou à Suprema Corte, que ouviu os argumentos em 24 de março de 2009.

Vários rumores sobre o dissenso dos juízes da Corte, quanto a essa questão, foram veiculados pela imprensa. Ao longo das discussões aposentou-se o juiz Souter, que havia acusado que o presidente da Corte, Roberts, de tentar dirigir e influenciar na decisão, em favor dos autores. Sonia Sotomayor, de origem porto-riquenha, o substituiu¹⁰⁰⁹. Pelo FEC argumentou Elena Kagan, então advogada-geral, que mais tarde irá compor a Suprema Corte como juíza.

Em favor de *Citizens United* decidiu-se que o BCRA era inconstitucional nas disposições que limitava o direito de empresas e sindicatos de difundirem propaganda política (ainda que indireta, e por meio de filmes e programas) nos sessenta dias que antecederiam as eleições gerais e nos trinta dias que antecederiam as eleições primárias. A Corte reconheceu que empresas visam lucros, que essa pretensão é legítima, e que qualquer atuação política, em conexão com a atividade empresarial, seria possível, como liberdade de expressão, no contexto protetivo da primeira emenda à constituição norte-americana.

Empresas e sindicatos, à luz dessa importante decisão, poderiam abertamente pedir votos, bem como financiar candidatos, mantendo-se apenas os limites fixados pela legislação. O tema da extensão de direitos constitucionais às pessoas jurídicas foi retomado, reconhecendo-se às pessoas morais a titularidade de várias prerrogativas políticas, a exemplo do direito à livre expressão, nos termos da primeira emenda. O juiz Stevens não concordou com essa posição. Insistiu que pessoas jurídicas não detêm esses direitos, especialmente porque não estão contempladas na cláusula de abertura do constitucionalismo norte-americano; isto é, a frase *We, the people* (*Nós, o povo*), não alcançaria as pessoas morais, justamente porque não compreendidas no conceito de *povo*.

Ainda que não se tenha permitido que empresas e sindicatos doassem direta e ilimitadamente para candidatos, comitês e partidos, julgou-se inconstitucional a limitação da fruição de direitos da primeira emenda, por parte das pessoas jurídicas. Emblematicamente, observou-se que a legislação não poderia redundar em intervenção estatal no mercado das ideias.

¹⁰⁰⁹ Leitura essencial para compreensão da notória trajetória de Sonia Sotomayor está em sua autobiografia, *My Beloved World*, New York: Vintage Books, 2012.

Os valores gastos nas campanhas eleitorais norte-americanas, com recursos públicos, são muito expressivos. De acordo com informações disponíveis no sítio eletrônico do FEC, gastou-se cerca de 73 milhões de dólares em 1976, quantia que variou e atingiu cerca de 240 milhões de dólares no ano de 2000. Há notícias de que alguns candidatos chegaram a receber fundos públicos que excedem a 20 milhões de dólares, a exemplo do democrata Bill Clinton e dos republicanos Ronald Reagan, George H. W. Bush, Robert Dole e Pat Buchanan¹⁰¹⁰. O conjunto de recursos públicos utilizado em campanhas denomina-se de *Public Funding Program*.

Nos termos do já acima mencionado *Presidential Election Campaign Fund* recursos públicos para financiamento de campanhas são primeiramente obtidos com contribuições diretas de pessoas físicas, lançadas concomitantemente ao registro de débitos fiscais. Ao preencherem declarações de imposto de renda (*income tax returns*) contribuintes podem optar pela doação para um fundo de financiamento de campanhas eleitorais.

Trata-se do *check off dollar*, um adicional que se recolhe ao fisco norte-americano, para formação de um fundo público de campanha; hoje, o valor da doação é de três dólares. Informou-se que nos últimos cinco anos cerca de 33 milhões de contribuintes norte-americanos optaram por essas doações. Não há possibilidade de obtenção da redução da base de cálculo do imposto de renda devido, por meio de compensação do referido *check off dollar*, o que imediatamente revela que não há qualquer incentivo fiscal em favor dessa doação. Os valores compõem um fundo, que é distribuído entre candidatos e comitês partidários. Recursos que eventualmente não foram encaminhados ou utilizados pelos candidatos são mantidos pelo FEC, que os distribuirá no ciclo eleitoral subsequente¹⁰¹¹.

Por outro lado, se recursos obtidos dessas doações de três dólares não forem suficientes para atender as despesas de campanha pagas pelo fundo, o Secretário do Tesouro poderá alocar recursos do orçamento geral com o objetivo de suprir as diferenças necessárias. Por disposição legal há prioridade para convenções partidárias para indicação de candidatos. Segundo se lê no sítio eletrônico do FEC, na hipótese de insuficiência de fundos do Tesouro para as eleições primárias, o aporte feito pelo Governo é apenas parcial¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰¹¹ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰¹² Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

Esses valores podem ser disponibilizados a candidatos indicados pelos partidos que concorrem às eleições gerais, que participam das chamadas convenções primárias, bem como das convenções partidárias nas quais os candidatos são originariamente escolhidos. O objetivo que orientou a criação desses fundos decorria de movimento para diminuição da dependência dos candidatos para com doações de particulares.

No entanto, há restrições para acesso a essas importâncias. Valores desse fundo somente são distribuídos a candidatos que comprovem que recebem apoio nacional (*broad national support*) e que se comprometem a não usar mais do que 50 mil dólares de recursos próprios em suas campanhas. Por outro lado, os candidatos podem renunciar a utilização de recursos públicos, a partir de quando os limites acima descritos não seriam ao candidato aplicáveis¹⁰¹³.

No comando da lei que regula o uso de recursos públicos pelos candidatos, há previsão de que possam gastar esses recursos com propaganda, com o pessoal e viagens de campanha, vedando-se a utilização desses valores com despesas pessoais ou não relacionadas com a campanha política. Ao FEC compete monitorar e sindicatizar esses gastos.

Os candidatos devem devolver ao fundo os valores que não utilizaram em suas respectivas campanhas. Informações disponibilizadas pelo FEC dão conta de que desde 1976, aproximadamente 8,7 milhões de dólares foram devolvidos ao fundo. Ao FEC compete, então, administrar esse fundo público, certificando a elegibilidade dos candidatos quanto ao recebimento de valores, auditar comitês de campanha que recebem os referidos fundos, publicar informações financeiras sobre as várias campanhas, bem como investigar violações à utilização do fundo, e que podem ensejar propostas de ações de reparação¹⁰¹⁴.

Informações do FEC também explicam que os valores que compõem esse fundo não são utilizados para cobrir despesas de administração do programa. Essas despesas são atendidas com recursos orçamentários do FEC, do modo como fixados pelas leis orçamentárias. Os valores que compõem o fundo não são segregados de uma conta pública geral; fazem parte do saldo do tesouro norte-americano¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰¹⁴ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰¹⁵ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

Assim, tem-se recursos provenientes dessas doações diretas feitas com o encaminhamento de declarações de imposto de renda, bem como suplementarmente, um fundo eleitoral composto de recursos do tesouro (previstos em orçamento), alocado por ordem do Secretário do Tesouro.

Com o já mencionado objetivo de se reduzir o peso das contribuições privadas nas campanhas eleitorais norte-americanas o programa para financiamento público da disputa eleitoral também é calculado em relação a quantias individuais eventualmente recebidas pelo candidato, o que consiste em mecanismo que os norte-americanos denominam de *matching funds*.

O beneficiário de valores deve atender a algumas determinações legais, nomeadamente: demonstrar a utilização dos recursos apenas com despesas efetivas de campanha; manter e apresentar (quando solicitado) documentação comprovadora dos gastos com despesas efetivas de campanha e responsabilizar-se pelo ressarcimento de valores ao fundo nas hipóteses de utilização indevida de recursos disponibilizados. Valores recebidos de doações individuais, no início do processo de indicação de um candidato, são utilizados como referência de cálculo para valores pretendidos, no contexto do mencionado mecanismo de *matching funds*¹⁰¹⁶.

Recursos desse fundo também são destinados diretamente aos partidos. Ajustes aplicáveis aos valores distribuídos são calculados de acordo com os índices de inflação, que os norte-americanos, no caso, vinculam ao custo de vida (*cost of living*). Convenções para indicação definitiva de candidatos à presidência da república podem receber até 4 milhões de dólares. Candidatos apontados para eleições presidenciais pelos grandes partidos (Partido Democrata e Partido Republicano) podem receber de imediato um aporte de até 20 milhões de dólares para uma determinada eleição¹⁰¹⁷.

Lê-se no sítio eletrônico dessa agência reguladora de financiamento de campanhas que no ano de 2012 esses dois partidos receberam 18,2 milhões de dólares (cada um deles) para a realização de suas respectivas convenções para indicação do candidato. Em seguida, cada um dos candidatos habilitou-se para receber 91,2 milhões de dólares de fundos públicos, para cobrir despesas de campanha¹⁰¹⁸.

De acordo com as tabelas vigentes, fixadas pelo FEC, uma pessoa física pode doar, por eleição, 2.600 dólares a um determinado candidato a um comitê, bem como, anualmente, 32.400

¹⁰¹⁶ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰¹⁷ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰¹⁸ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

dólares a um comitê partidário nacional, 10.000 dólares a um comitê partidário estadual, distrital ou local, bem como 5.000 dólares para qualquer outro comitê político para o qual pretenda contribuir.

Comitês partidários nacionais podem doar 5.000 dólares por candidato, a cada eleição. Podem usar ilimitadamente os recursos que possuem; de igual modo, podem financiar comitês estaduais, distritais e locais. No entanto, há limite de doação anual de 5.000 dólares para quaisquer outros comitês¹⁰¹⁹. Para o ciclo eleitoral de 2013-2014, em linhas gerais, pode o particular doar cerca de 123 mil dólares, com um limite de 48.600 dólares para os candidatos que pretenda apoiar, respeitados os limites acima indicados.

A legislação norte-americana é muito rigorosa para com contribuições de cidadãos que não sejam norte-americanos. Aos estrangeiros é vedado contribuir financeiramente para candidatos e partidos políticos nas eleições norte-americanas. Para esse efeito, enfatiza-se no conjunto de informações do sítio eletrônico do FEC, não se proíbe contribuições de estrangeiros autorizados a viver e trabalhar nos Estados Unidos, detentores do chamado *green-card*¹⁰²⁰.

Além de contribuições financeiras diretas os cidadãos norte-americanos também podem contribuir com candidaturas prestando serviços voluntários a candidatos e partidos, pagando indiretamente o custo de propagandas de apoio ou de ataque a candidatos e partidos¹⁰²¹.

No modelo de financiamento de campanhas eleitorais norte-americano há ainda o *Political Action Committee-PAC*. Trata-se de comitê de campanha e que pode ser organizado com dois tipos de formulação. Há um padrão no qual se recolhe contribuições de pessoas jurídicas, sindicatos e associações comerciais, e que constitui fundo financeiro a ser utilizado em campanhas; são os denominados *Separate Segregated Funds-SSF*. O segundo modelo é denominado de *Nonconnected Committees*, no qual não há restrições para que se busque fundos financeiros junto ao público em geral¹⁰²².

O PAC permite contribuições financeiras por parte de empresas, sindicatos e fornecedores (inclusive do Governo). Não há, assim, contribuição direta por parte das pessoas jurídicas. É por intermédio dos PACs que essas pessoas atuam nos regimes norte-americanos de financiamento de campanhas. A generalização do uso desse modelo resultou na criação dos *SUPERPACs*,

¹⁰¹⁹ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰²⁰ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰²¹ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰²² Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

financiados por grupos que se definem como independentes, o que permite a constante migração na escolha e apoio a vários candidatos.

Bem entendido, os *SUPERPACs* não podem doar diretamente a candidatos e partidos. Atuam intensamente no patrocínio desses, de modo indireto, financiando propagandas, filmes, programas de televisão. Aparentemente, defendem causas, e não candidatos ou partidos. Lançam dúvidas e suspeitas sobre os *SUPERPACs* a inegável ligação com lobistas (ainda que essa atividade seja legalizada nos Estados Unidos) e a exploração de meios indiretos de propaganda. É visível o potencial de corrupção que esse modelo possibilita.

Desde 2010 permite-se que os *SUPERPACs* recebam contribuições ilimitadamente, o que na prática flexibiliza as regras gerais de limitação, do modo como monitorado pela agência reguladora. E também do ponto de vista mais prático, ainda que se possibilite a utilização de recursos e fundos públicos, como acima explicitado, tem-se uma maior utilização de recursos privados, por conta do menor número de restrições. E também do ponto de vista empírico, tem-se que o candidato que se socorre de recursos públicos está submetido a várias limitações e constrangimentos, situação que não se verifica quando o candidato opta pelo uso exclusivo de recursos privados.

Em linhas gerais, comitês eleitorais devem ser registrados junto ao FEC quando disponibilizem contribuições para campanhas presidenciais que ultrapassem o valor de 1.000 dólares em um determinado ano calendário. O funcionamento de um comitê eleitoral é escrutinado pelo FEC. A essa agência compete decidir se um comitê detém natureza nacional ou local¹⁰²³.

Comitês nacionais são reconhecidos quando indicam candidatos para a campanha presidencial ou para o Congresso. Devem funcionar em vários estados. Devem comprovar que participam de algumas atividades, a exemplo de campanha para alistamento eleitoral. O FEC ainda exige que o comitê realize convenção nacional, que mantenha um escritório também nacional e tenha afiliados em vários estados¹⁰²⁴.

Essas entidades que participam do processo eleitoral mediante doações são conhecidas como *527 Organizations*. O nome se deve ao art. 527 do Regulamento de Imposto de Renda dos Estados Unidos, o qual considera como *organizações políticas* os partidos, comitês e associações

¹⁰²³ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰²⁴ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

que funcionam com o propósito de influenciar na seleção, indicação e apoio a indivíduos que concorram a cargos públicos eletivos¹⁰²⁵.

O limite de doações por particulares para partidos e candidatos foi nos Estados Unidos flexibilizado por conta de decisão de Suprema Corte no caso *McCutcheon v. FEC*, julgado em 2014. O autor da ação, Shaun McCutcheon, é um comerciante e engenheiro elétrico do estado do Alabama, ligado ao partido republicano. Dirigente da Coalmount Electrical Development Corporation, McCutcheon fora estimulado para judicializar a questão dos limites às doações por Dan Backer, advogado ligado ao partido republicano.

A Suprema Corte julgou o caso, opinando em favor de McCutcheon, com fundamento na primeira emenda à constituição norte-americana, que dispõe sobre a liberdade de expressão. Como se verá, a limitação e o controle excessivo de doações financeiras para partidos e candidatos seriam medidas de cerceamento da liberdade de expressão, que a Suprema Corte historicamente entende como muito ampla.

O vínculo da proteção do direito de abonar candidatos, comitês e partidos decorre de uma compreensão alargada do conteúdo da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos. Trata-se de excerto da declaração de direitos dos Estados Unidos da América, documento ratificado em 15 de dezembro de 1791, composto por dez emendas ao texto constitucional original. Radica em concepções federalistas e fora originalmente concebido como instrumento de proteção do indivíduo em face do poder central, de modo que “(...) *as primeiras oito emendas da declaração dos direitos resultam da intenção do primeiro Congresso e dos estados para que fossem aprovadas medidas para proteção de direitos específicos contra invasão do governo federal*”¹⁰²⁶.

Governos estaduais não estavam inicialmente vinculados a declaração dos direitos. Na proteção da pessoa contra esses governos estaduais recorria-se às respectivas constituições locais. Somente após a ratificação da Emenda 14, em 1868, é que se construiu entendimento de que a declaração de direitos também se aplicaria aos estados; em 1965 a Suprema Corte julgou inconstitucional lei de Connecticut que proibia uso de anticoncepcionais, com base na declaração de direitos de 1791. Trata-se da *doutrina da incorporação*.

¹⁰²⁵ Informações colhidas em www.fec.gov, acesso em 12 de março de 2015.

¹⁰²⁶ Rice, Charles, *The Bill of Rights and the Doctrine of Incorporation*, in Eugene W. Hickok, Jr., (ed.), *The Bill of Rights-Original Meaning and Current Understanding*, p. 12.

Esse documento original é sintetizado em dez emendas, que codificam várias ideias, cuja aplicação indubitavelmente suscita a necessidade de se enfrentar vários custos¹⁰²⁷. Abre-se a declaração dos direitos com a proteção da liberdade de crença, amplia-se para a liberdade de se comunicar o que se acredita e o que se pensa e termina-se com ações coletivas para a consubstanciação dessas crenças em lei.

A adição da declaração de direitos no texto constitucional decorreu da proposta de delegados como George Mason e Elbridge Gerry, que haviam se recusado a assinar a Constituição, invocando inexistência de cláusula protetora de direitos individuais. A ideia radicava nos *artigos federalistas* e decorria de desdobramento da declaração de independência e do texto original da constituição. A declaração combatia o mal-estar que a constituição causava ao não identificar especificamente proteção para direitos individuais.

A primeira emenda garante *liberdade de expressão*, é disposição também encontrada nas constituições estaduais. “*Expressão*” é palavra tomada em sentido amplo, lato, projetada em vários campos da atividade humana, modelada no pensamento da classe dominante no novo país, encharcada no ideário iluminista, projeto que oxigenou a luta dos chamados pais da pátria, os *founding fathers*.

Amparava-se liberdade de religião, tema afeto à época e as condições que marcaram a formação do país, no qual não havia uniformidade nas relações entre Igreja e poder secular, a par também de relações interestaduais. É justamente essa compreensão alargada da palavra “*expressão*” que irá justificar que se julgue financiamentos de campanhas a partir do exercício da referida liberdade.

Quanto ao direito de voto, por exemplo, que é indicativo de participação política de modo mais expressivo, Stephen Holmes e Cass Sunstein sustentam que a prerrogativa de nada vale se

¹⁰²⁷ Nomeadamente: proibição de religião oficial, livre exercício de religião, liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, direito de petição, de usar armas, de não ser obrigado a alojar tropas, de não se ver importunado por investigações absurdas, necessidade de ordem judicial para buscas em domicílio, especificação da busca na ordem judicial, direito ao júri, de não ser processado mais de uma vez pelo mesmo crime, de não se auto incriminar, devido processo legal, direito de não se ter propriedade confiscada para uso privado, justa compensação em caso de desapropriação para uso público de propriedade privada, julgamento criminal por júri imparcial, julgamento rápido e público, julgamento no distrito da culpa, regular intimação de acusação penal, direito de contradita, procedimento compulsório para réus em ações penais, direito de consulta e acompanhamento de advogado em casos penais, júri em causas cíveis, razoável estipulação de fiança e multas, proibição de penas cruéis, declaração de que direitos concedidos não excluem outros direitos e de que poderes não expressamente delegados ao governo central pertencem aos estados e seus habitantes. Todos esses direitos, na medida em que substancialmente exercidos, exigem ativa participação do Estado.

não se tem um sistema eleitoral, eficiente, custeado pelo Estado¹⁰²⁸. O direito de voto custa ao Erário e, consequentemente, ao contribuinte.

No caso *McCutcheon*, o autor venceu apertado, por cinco votos a quatro. Em favor do fim das restrições votaram o presidente da Corte, John G. Roberts, e os juízes Antonin Scalia¹⁰²⁹, Anthony Kennedy, Samuel Alito e Clarence Thomas. Os argumentos foram deduzidos em seção de 8 de outubro de 2013. A decisão é de 2 de abril de 2014.

O voto de Thomas foi ainda mais contundente, no sentido de que opinou pela total extinção das limitações ao direito de contribuir com candidatos e partidos, forte no argumento da liberdade de expressão. Para Clarence Thomas, o direito de expressão de opinião política (que se dá também pela contribuição em favor de candidato e partido) seria o núcleo e o objeto de proteção contido na primeira emenda.

Metaforicamente, Thomas identificou esse direito como o *sangue vital* de um povo, que recebe ampla proteção da primeira emenda. Firme em suas posições convergentes com as ideias do partido republicano, Clarence Thomas entendeu pelo absoluto direito de se fazer doações para candidatos e partidos políticos. Votaram contra *McCutcheon* os juízes Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan.

No entender da Suprema Corte, a primeira emenda protegeria a participação do cidadão no processo democrático, também por intermédio de contribuições financeiras em favor de candidatos e de políticos, ainda que tenha se reconhecido que esse direito não seja absoluto. Entendeu-se que ao Congresso é permitido regular contribuições para campanhas como um meio de combate à corrupção. Não se poderia, entretanto, restringir as contribuições, com a redução da quantidade de recursos que possam ser doados, o que redundaria na própria restrição de participação política.

McCutcheon questionou os *aggregate limits*, tal como fixados pelo BCRA. Desafiou comando legislativo que limitava o número de candidatos com os quais um doador poderia

¹⁰²⁸ *Os Custos dos Direitos- Por que a liberdade depende dos tributos (The Cost of Rights- Why liberty depend on Taxes)*, de Stephen Holmes e Cass Sunstein é provavelmente um dos mais importantes livros de direito e políticas públicas publicado nos Estados Unidos no fim do século passado. Stephen Holmes leciona em Nova Iorque (New York University Law School) e Cass Sunstein é professor em Chicago (*University of Chicago*). Ainda que seus autores tenham derivado e avançado para outros campos temáticos, persiste, como livro de referência, esse interessantíssimo texto. Holmes e Sunstein influenciaram vários pesquisadores brasileiros, a exemplo de Cristiano Carvalho, Paulo Caliendo, Flávio Galdino e Gustavo Amaral.

¹⁰²⁹ Os contornos ideológicos da ação interpretativa do juiz Antonin Scalia pode ser conferido em ensaio de sua autoria, *A Matter of Interpretation- Federal Courts and the Law*, New Jersey: Princeton University Press, 1997. Entre outros, Amy Gutmann, Laurence H. Tribe e Ronald Dworkin comentaram o texto de Scalia.

contribuir. No ciclo eleitoral de 2011-2012 McCutcheon contribui financeiramente com dezesseis candidatos que disputaram eleições federais. Sustentou que os *aggregate limits* limitavam e obstruíram substancialmente seu direito potestativo de expressar opinião política. Circunstancialmente, argumentou os *aggregate limits* não permitiram que contribuísse com outros doze candidatos, com cujas ideias e programas se identificava. Pretendia continuar contribuindo, e queria fazê-lo, tão somente, com os referenciais dos *base limits* e não dos *aggregate limits*, cuja constitucionalidade impugnava.

Seu questionamento judicial se deu com o apoio do Comitê Nacional Republicano, que também é parte na ação originária. O objetivo do Comitê Nacional Republicano consistia em obter autorização judicial para receber doações que McCutcheon queria fazer. A ação foi ajuizada em corte distrital, com o caso direcionado para três juízes. O argumento central sustentava-se na premissa de que os *aggregate limits* não passam pelo teste da constitucionalidade, cotejados com as disposições da primeira emenda à constituição norte-americana.

No caso concreto, McCutcheon havia doado cerca de 33 mil dólares para dezesseis candidatos a cargos eletivos federais, calculando individualmente os valores de acordo com o sistema dos *base limits*. Alegou que queria distribuir mais 1.776 dólares para mais doze candidatos, e que não poderia fazê-lo por causa dos *aggregate limits*. Havia doado também cerca de 27 mil dólares para comitês políticos. Afirmou que pretendia doar mais 25 mil dólares para esses comitês, mas que havia a restrição legal imposta pelo sistema dos *aggregate limits*.

McCutcheon perdeu em primeira instância. Os juízes da corte distrital entenderam que os *aggregate limits* e a regra questionada seriam mecanismos importantes para o combate à corrupção, fulminando suas raízes nas relações espúrias entre doadores e políticos. A fórmula contestada passaria pelo teste da primeira emenda porque seria apenas um mecanismo de prevenção contra a extrapolação de limites razoáveis de contribuição financeira. Submetida à Suprema Corte, essa decisão foi revista.

Fez-se referência ao precedente fixado na decisão proferida no caso Buckley v. Valeo, na qual havia apenas um parágrafo que tratava dos *aggregate limits*. Segundo o juiz Roberts, nesse parágrafo encontram-se apenas três frases que objetivamente enfrentavam o assunto. Entendeu-se no caso Buckley que os *aggregate limits* seriam apenas um corolário dos *base limits*.

Segundo o voto do juiz Roberts, no caso McCutcheon emergiam vários interesses, todos na esfera conceitual da primeira emenda. Assim, questionava-se se contribuição financeira para

um determinado candidato seria (ou não) o exercício de um direito individual de participação no processo eleitoral e, conseqüentemente, de expressão e de associação políticas. Entendeu-se que a restrição quanto ao número de candidatos e de comitês com os quais se poderia contribuir não seria uma medida moderada, o que refletia no pleno exercício do direito de participação, de expressão e de participação políticas.

Para o juiz Roberts (seguido por mais quatro magistrados) não se poderia restringir o número de candidatos que um doador poderia apoiar. Invocou-se que essa medida restritiva seria equivalente à limitação do número de candidatos que um determinado órgão de imprensa estaria autorizado a apoiar. De tal modo, assentou-se que exigência legal para que doadores contribuam com valores menores porque pretende apoiar um maior número de candidatos seria uma forma indevida de se penalizar e limitar o exercício dos direitos previstos na primeira emenda à constituição norte-americana.

A discussão nos indica que dois valores estavam em jogo. De um lado, a favor de McCutcheon, o direito constitucional de se engajar politicamente. De outro lado, em favor da legislação contestada, uma concepção coletiva de bem comum, no sentido de que o combate à corrupção exige arranjos institucionais firmes de controle.

O juiz Roberts considerou que o ponto mais importante da primeira emenda é a proteção da fala individual. Essa também se materializa com opções de escolha política, que se revelam pelo direito de voto e pelo direito de contribuir com candidatos e partidos. Nesse sentido, havia restrições a esse direito, por parte da legislação contestada. Os *aggregate limits* não instrumentalizariam adequadamente um interesse coletivo de contar com mecanismo eficiente de combate à corrupção decorrente do vínculo entre financiador de campanha e financiado candidato, nada obstante a não menos reconhecida legitimidade do combate a esse vínculo pernicioso.

A maioria da Corte então entendeu que o gasto de expressivos valores monetários em conexão com as eleições não redundaria - - necessariamente - - no controle, por parte do financiador, nos atos de agente público eleito. Não haveria a necessária comprovação de que o financiador exerceria uma influência direta e inquestionável em relação ao financiado. A decisão fiou-se na premissa de que não há um modo seguro de se avaliar a subjetividade de um doador.

Tratou-se, então, do tema da corrupção *quid pro quo*. Esta deveria ser abordada a partir também de um interesse geral de se preservarem os direitos da primeira emenda, o que exigiria

premissa que discutisse a corrupção *quid pro quo* como exceção a ser combatida, e não como regra a ser incontestavelmente admitida.

Na defesa dos *aggregate limits* o advogado-geral que atuou no caso - - Donald Vernilli Jr - insistiu que esse modelo é construção legislativa eficiente e necessária no combate à corrupção. Argumentou também que a oportunidade para a corrupção existe na medida em que se permite que o doador financie ilimitadamente um candidato, ainda que esses recursos sejam pulverizados com comitês e com demais candidatos.

O advogado-geral argumentou que fórmulas de limitação são preventivas, e que a mera solicitação de contribuições generosas, por parte de um candidato, seria um indicativo de iminente perigo de corrupção. Assim, para o defensor do FEC, a mera solicitação de contribuição para a campanha, por parte de candidato ou partido, seria indício de corrupção.

A publicidade (*disclosure*) que deve ser dada às doações feitas a candidatos e partidos igualmente seria mecanismo para redução do potencial descomedimento no financiamento de campanhas. Para a Corte, a tecnologia moderna fortalece o uso de mecanismos de publicidade de doações, o que também qualifica fórmula eficiente para combate à corrupção. Além do que, prosseguiu o juiz Roberts, a simples e imediata vinculação entre doação de campanha e corrupção decorrente seria uma expansão de algum modo dramática do poder governamental de regular o processo político.

Para o juiz Roberts não há no direito constitucional norte-americano um direito básico de feição democrática maior do que a possibilidade de participação no processo eleitoral. Essa se dá pela liberdade de pedir votos, pelo direito de concorrer, pelo próprio e fundamental direito de voto, pela faculdade de trabalhar voluntariamente em favor de candidatos e partidos e, especialmente, pelo direito de contribuir financeiramente com a campanha de um ou de vários candidatos.

Esses direitos são protegidos pela primeira emenda, ainda que de modo não absoluto, facultando-se ao Congresso fixar limites e referências. No entanto, seguiu o juiz Roberts, não poderia o Congresso intervir negativamente, restringindo a quantidade de dinheiro que poderia ser transferida por particulares, em favor de candidatos e partidos.

Retoma-se dogma central hoje dominante em setores do direito constitucional norte-americano, no sentido de que contribuições financeiras sejam instrumentos de expressão geral de apoio a candidatos, partidos, ideias e programas políticos. As contribuições de campanha vinculam os doadores aos candidatos. Deve-se traçar a exata linha de limite entre a corrupção *quid pro quo*

e a influência geral do doador em relação ao político eleito, exercício que é vago e extremamente difícil. Assim, entendeu-se que restrições normativas à liberdade de manifestação política (por intermédio de limitação a doações) tem como contrapartida o ônus da prova da constitucionalidade da barreira.

O juiz Roberts argumentou que o dinheiro na política possa parecer repugnante para alguns, ainda que o direito a essa constatação também seja garantido pela correta interpretação da primeira emenda. Observando que a primeira emenda protege que se queime a bandeira norte-americana, que se faça protestos em funerais, bem como que se façam paradas neonazistas, não obstante as ofensas graves que esses espetáculos causam, há também que se reconhecer o direito de se exercer a liberdade de expressão nas campanhas políticas, a despeito de ampla oposição popular¹⁰³⁰.

Para o juiz Roberts, em vários casos nos últimos quarenta anos, vem a Corte fixando uma linha de interpretação que transita da possibilidade e da necessidade de se combater a corrupção no processo político, à pretensão de se limitar e restringir a faculdade constitucional de exercício da chamada fala política. Uma característica central da democracia (como vivida nos Estados Unidos) seria a possibilidade de se apoiar candidatos e partidos, com os quais o cidadão partilha crenças e interesses.

O cidadão teria legitimidade para esperar que o candidato eleito atenda às suas expectativas. Essa perspectiva nos oferece uma antropologia positiva da relação entre doador e candidato. Não leva em consideração aspectos empíricos que efetivamente matizam acordos entre o financiador de campanha e o financiado beneficiário.

O problema está no efetivo combate à chamada corrupção *quid pro quo*. Nessa maliciosa forma de troca de favores tem-se a ação de um político comprada pelo dinheiro do doador interessado. É o que os norte-americanos denominam de troca de dólares por favores políticos (*dollars for political favors*).

No caso McCutcheon o juiz Roberts concluiu que os *aggregate limits* restringem injustificadamente o direito do cidadão exercer os direitos da primeira emenda à constituição norte-americana. Contrariou-se a decisão do caso Buckley, na qual a Corte havia declarado a constitucionalidade de leis que impõem limites à quantia total que uma pessoa pode contribuir com

¹⁰³⁰ Ainda que não expressamente referido pelo juiz Roberts, a questão nos remete também à relação entre opinião pública e atuação judicial assunto tratado em Zagrebelsky, Gustavo, *A crucificação e a democracia*, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana. Apresentação de Inocência Mártires Coelho.

candidatos, partidos e comitês, tomados em conjunto. A decisão de McCutcheon permite que se tenha uma brecha para que se contribua individualmente de modo ilimitado com candidato, partido ou comitê.

A Suprema Corte norte-americana definiu que não é constitucional a legislação que limite o direito do cidadão fazer doações a tantos quantos candidatos queira apoiar. Derrubou-se o constrangimento do *aggregate limits*, que efetivamente funcionava como a justificativa para o cerceamento de patrocínios ilimitados.

Na prática, desconsiderou-se o limite até a decisão vigente, para o qual um doador não poderia dispor mais de um total de 48.600 dólares para os candidatos que apoiasse. O limite de contribuição partidária era de 74.600 dólares, o que indicava um limite total de 123 mil dólares por doador. A decisão proferida em McCutcheon derrubou esse limite total. Persistem, no entanto, os limites individuais. Por isso, não há liberdade para doação ilimitada para um determinado candidato, comitê ou partido, porquanto persiste o regime do *base limit*.

Nesse sentido, com base nessa decisão, e para o ciclo eleitoral vigente, mantém-se um limite de doação de 2.600 dólares por candidato, por eleição, o que significa um total de 5.200 dólares contando-se as eleições primárias e as eleições finais, de acordo com o calendário eleitoral norte-americano. Partidos nacionais podem receber até 32.400 dólares de um determinado doador.

Percebe-se no voto vencido (subscrito por quatro juízes) que há perigo que se decidam os pleitos eleitorais sem que se leve em conta o mérito do candidato ou o efetivo desejo do eleitor. O traço definidor da opção política vitoriosa passa a ser a orientação do financiador das campanhas. O fim dos limites para doação, que o sistema do *aggregate* possibilitava, permite que alguns candidatos possam receber quantias que irão desequilibrar o certame eleitoral.

A decisão tomada, de acordo com o argumentado no voto vencido, não levou em conta que havia uma proporção entre o resultado pretendido (combate à corrupção *quid pro quo*) e o meio escolhido (fixação de limites para doação para candidatos, partidos e comitês).

Aqueles que contribuírem mais significativamente certamente exercerão uma influência maior em relação aos candidatos que apoiam. Antes da decisão proferida no caso McCutcheon havia um limite de apoio para dezoito candidatos em uma eleição federal; esse número pode exceder a cinquenta candidatos, aplicando-se a decisão da Suprema Corte aqui estudada. Pode ter-se como consequência também um significativo aumento do poder e da influência de comitês que

levantam fundos para as campanhas, a exemplo do *Obama Victory Fund*, que operou nas últimas eleições presidenciais norte-americanas¹⁰³¹.

A decisão proferida em *McCutcheon* permite o funcionamento dos *fund raising committees*¹⁰³², isto é, a coleta de doações feitas a vários candidatos, que será em seguida drenado para um único candidato. Cria-se a figura de um *guarda-chuva*, que reúne grandes valores originariamente distribuídos a vários candidatos, pulverizando-os em um número menor de candidaturas.

A expressiva extensão do capital no processo eleitoral norte-americano indica desigualdade de oportunidades no jogo político. A ascendência dos financiadores de campanha sobre candidatos, comitês e partidos sugere que interesses econômicos influenciam na fixação de valores, rotinas e procedimentos da política, ainda que essa constatação não revele novidade nos debates que se desdobram nas ciências sociais¹⁰³³.

Por outro lado, deve-se levar em conta também a legitimidade de todos os grupos de interesse, o que não exclui do processo político a manifestação da vontade das chamadas pessoas morais. Ainda que o processo eleitoral seja contaminado por imódica orientação plutocrática, essa não pode ser descartada sem uma reflexão mais alongada, porquanto a negativa dessa possibilidade de influência suscitaria uma contraproducente desconsideração de um dado real. Nesse campo incide o conceito de poliarquia, proposto por Robert Dahl, como variante empírica de arranjos institucionais democráticos. Multiplicam-se fontes e blocos de poder, que também refletem as várias instâncias e influências da ordem econômica.

A discussão do financiamento de campanhas deve também focar a influência da imprensa. Os grandes órgãos são integrantes de grandes conglomerados econômicos em relação aos quais, nesse pormenor, o modelo norte-americano de controle não consegue regular, restringir ou monitorar.

¹⁰³¹ Nesse sentido, artigo de Sean Sullivan, *Everything you need to know about McCutcheon v. FEC*, The Washington Post, 2 de abril de 2014.

¹⁰³² Esses comitês foram muito importantes nas eleições presidenciais de 2012. Barack Obama e Mitt Romney articularam esses comitês e receberam doações individuais de 75.800 dólares.

¹⁰³³ É o que se colhe, essencialmente, em Mill, John Stuart, *The Basic Writings of John Stuart Mill*, London: Random House, 2002, pp. 238 e ss. Engels, Frederick e Marx, Karl, *The German Ideology*, London: Lawrence & Wishart, 1982, pp. 68 e ss. Tradução do alemão para o inglês de C. J. Arthur. Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London and New York: Routledge, 1997. Tradução do alemão para o inglês de Talcott Parsons.

Nos Estados Unidos o financiamento de campanhas é ordinariamente regulado por uma agência federal. A legislação de regência data de 1972, com emendas em 1974 e com expressiva alteração em 2002. Os textos normativos produzidos pelo Congresso (FECA e BCRA) vedam contribuições diretas por pessoas jurídicas e limitam as contribuições, diretas e indiretas, por parte das pessoas físicas. Exclui-se, sempre, a possibilidade de doação e financiamento, por parte de pessoas estrangeiras, ressalvado, no caso das pessoas físicas, os portadores de autorização de residência (*green-card*).

Nos Estados Unidos da América há também o financiamento público de campanhas. Origina-se de contribuições diretas de pessoas físicas, na ordem de três dólares, autorizada quando de preenchimento de opção na declaração de imposto de renda. Na insuficiência eventual desses recursos, por conta de excesso de demanda, pode o Secretário do Tesouro autorizar parcial suprimimento, mediante uso de recursos orçamentários.

Em sua formulação normativa de 2002, a possibilidade de doação e financiamento por particulares é calculada com base em duas ordens. Em valores atuais, há limitações para doação direta (2.600 dólares por candidato para cada uma das fases eleitorais, o que leva o total para 5.200 dólares, contada a segunda etapa). Essa é a ordem do *base limit*. A legislação também limitou o número de candidatos que se poderia financiar, ao estabelecer um limite total de contribuições; trata-se do *aggregate limit*. Esse último foi derrubado pela Suprema Corte, em decisão de 2014.

Com o fim do *aggregate limit* teme-se que o doador possa multiplicar o número de beneficiários, os quais poderiam drenar os recursos para um menor número de candidatos, explorando-se a brecha (*loop-hole*) que a decisão da Suprema Corte permite que seja explorada, realizando a técnica da *circumvention*. Pessoas jurídicas financiam candidatos, comitês e partidos de modo indireto, valendo-se de comitês, que recebem e administram os valores doados.

A legislação norte-americana de regulação de financiamento de campanhas tem por objetivo primário combater a chamada corrupção *quid pro quo*, isto é, dólares encaminhados a partidos, comitês e candidatos que serão posteriormente cobrados em forma de demandas. De fato, é ingênua a admissão de que doadores e candidatos não se vinculam. Por outro lado, é também essência da democracia essa conexão, que não deixa de ser, na ótica do doador, uma fórmula de participação indireta no processo eleitoral.

Nos Estados Unidos uma tese defensora do ilimitado direito de engajamento político por intermédio do financiamento de campanhas colide com uma concepção coletiva de bem comum,

para a qual a corrupção *quid pro quo* deve ser combatida, mesmo com sacrifício de direitos sufragados pela primeira emenda.

Assim, pode-se presumir que o modelo de financiamento de campanhas nos Estados Unidos tem alterado uma concepção política original de que a cada homem cabia um voto (*one man, one vote*), em favor de uma nova concepção, plutocrática, para a qual a cada dólar é que corresponde um voto (*one dollar, one vote*). Constatase de algum modo a preocupação de Roberto Mangabeira Unger, para quem programas revolucionários forjados em sonhos utópicos encerram-se no despotismo e na desilusão.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman, Bruce (ed.), *Bush v. Gore, The Question of Legitimacy*, New Haven and London: Yale University Press, 2002.
- Ackerman, Bruce, *Before the Next Attack- Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven: Yale University Press, 2006.
- Aderbach, Joel D. e Peterson, Mark A. (ed.), *The Executive Branch*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Agambem, Giorgio, *Estado de Exceção*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. Tradução de Iraci D. Poleti.
- Agambem, Giorgio, *Homo Sacer- Sovereign Power and Bare Life*, Stanford: Stanford University Press, 1998. Tradução de Daniel Heller-Roazen.
- Alexander, Yonah e Brenner, Edgar H. (ed.), *U.S. Legal Response to Terrorism*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc, 2002.
- Ali, Tariq, *The Clash of Fundamentalisms- Crusades, Jiháds and Modernity*, London & New York: Verso, 2002.
- Allen, W. B. e Cloonan, Kevin A, *The Federalist Papers, a Commentary*, New York: Peter Lang, 2000.
- Anastaplo, George, *Abrahám Lincoln- A Constitutional Biography*, New York: Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1999.
- Anastaplo, George, *The Constitution of 1787- A Commentary*, Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1989.
- Andrews, Israel Ward, *Manul of the Constitution of the United States*, Cincinnati and New York: Van Antwerp, Bragg and Co., 1878.
- Antieau, Chester James, *The Executive Veto*, London: Oceana Publications, 1988.
- Arnold, Thurman W., *The Folklore of Capitalism*, Washington: BeardBooks, 2000.
- Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- Banning, Lance, *The Sacred Fire of Liberty, James Madison and the Founding of the Federal Republic*, Ithaca and London: Cornell University Press, 1995.
- Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: Free Press, 1986.

Beard, Charles, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: The Free Press, 1986.

Beck, James M., *The Constitution of the United States- Yesterday, Today and Tomorrow*, New York: Georg H. Doran, 1924.

Been, Wouter de, *Legal Realism Regained- Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford: Stanford Law Books, 2008.

Bell, Jack, *The Presidency: Office of Power*, Boston: Allyn and Bacon, Inc, 1967.

Beloff, Max, *Thomas Jefferson and American Democracy*, New York: MacMillan, 1962.

Benewick, Robert e Green, Philip, *The Routledge of Twentieth-Century Political Thinkers*, London and New York: Routledge, 1998.

Bensel, Richard Franklyn, *Yankee Leviathan- The Origins of Central State Authority in America- 1859-1877*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Bercovici, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente-Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

Berg, Thomas C., *The State and Religion in a nutshell*, St. Paul: West Group, 1998.

Berman, Morris, *Dark Ages America- The Final Phase of Empire*, New York & London: W. W. Norton & Company, 2006.

Bernstein, Barton J. e Matusow, Allen J., *The Truman Administration: a Documentary History*, New York and London: Harper and Row Publishers, 1966.

Black, Charles L., *Impeachment- a Handbook*, New Haven and London: Yale University Press, 1974.

Black, Henry Campbell, *The Relation of the Executive Power to Legislation*, Princeton: Princeton University Press, 1919.

Blum, John Morton, *The Progressive Presidents*, New York & London: W. W. Norton Company, 1982.

Blumenthal, Sidney, *How Bush Rules- Chronicles of a Radical Regime*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

Bond, John R. e Fleister, Richard, *The President in the Legislative Arena*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990.

Boorstin, Daniel J., *The Americans: the Democratic Experience*, New York: Vintage Books, 1974.

Breyer, Stephen, *Active Liberty- Interpreting our Democratic Constitution*, New York: Alfred A. Knopf, 2006.

Brogan, Hugh, *The Penguin History of the USA*, London: Penguin Books, 1999.

Bruff, Harold H., *Bad Advice- Bush Lawyers in the War of Terror*, Lawrence: University Press of Kansas, 2009.

Burgess, John W., *Political Science and Comparative Constitutional Law, vol. II*, Boston: Ginn and Company, 1890.

Burns, James MacGregor, *Roosevelt: The Lion and the Fox*, New York: Harvest Book, 1956.

Bursch, Noel T., *T.R.- The Story of Theodore Roosevelt and his influence on our times*, New York: Reynal and Company, 1963.

Bush, George W., *Public Papers of the Presidents of the United States (2001)*, Washington: United States Government Printing Office, 2003.

Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law- The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham: Duke University Press, 1997.

Calvi, James V. e Coleman, Susan, *Américan Law and Legal Systems*, New Jersey: Prentice Hall, 1997.

Cameron, Chárles M., *Veto Bargaining- Presidents and the Politics of Negative Power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Carey, George W., *The Federalist- Design for a Constitutional Republic*, Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 1989.

Carter, Lief H., *Contemporary Constitutional Lawmaking- The Supreme Court and the Art of Politics*, New York: Pergamon Press, 1985.

Chámberlain, Lawrence Henry, *The President- Congress and Legislation*, New York: Columbia University Press, 1947.

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York: Aspen Law and Business, 2002.

Chernow, Ron, *Alexander Hámilton*, New York: The Penguin Express, 2004.

Choper, Jesse H., *Constitutional Law- Cases, Comments, Questions*, St. Paul: West, 2006.

Clark, Georg L., *Summary of Américan Law*, Rochester: The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1949.

Cooley, Thomas M., *The General Principles of Constitutional Law in the United States of América*, Boston: Little, Brown, and Company, 1891

Cooper, Jr., John Milton, *Woodrow Wilson- a Biography*, New York: Vintage Books, 2009.

Corwin, E. S., *The President, Office and Powers, 1787-1957*. New York: New York University Press, 1957.

Corwin, Edward S. e Koenig, Louis W., *The Presidency Today*, New York: New York University Press, 1956.

Corwin, Edward S. e Peltason, Jack W., *Understanting the Constitution*, New York: William Shoane Associatés Inc., 1949.

Corwin, Edward S., *El Poder Ejecutivo- Funcion y Poderes- 1787-1957*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, s.d. Tradução do inglês para o espanhol de Laura E. Pellegrino.

Corwin, Edward S., *Presidential Power and the Constitution*, Itháca and London: Cornell University Press, 1976.

Corwin, Edward S., *The President- Office and Powers- 1787-1957- History and Analysis of Practice and Opinion*. New York: New York Press, 1968.

Corwin, Edward S., *The President- Office and Powers- 1787-1984*, New York and London: New York University Press, 1984.

Corwin, Edward, *The Constitution and Whát it Means Today*, Princeton: Princeton University Press, 1948.

Countryman, Edward, *The Américan Revolution*, London: Penguin Books, 1987.

Coyle, David Cushman, *The United States Polítical System*, New York and Toronto: A Mentor Book, 1967.

Crenson, Matthew e Ginsberg, Benjamin, *Presidential Power: Unchecked and Unbalanced*, New York and London: W.W. Norton and Company, 2007.

Cromin, Thomas E., prefacio, in Adler, Davida Gray e Genoverse, Micháel A. (ed.), *The Presidency and the Law- The Clinton Legacy*, Lawrence: University of Kansas Press, 2002.

Cronin, Thomas E. e Genovese, Micháel A., *The Paradoxes of the Américan Presidency*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

Cunninghám Jr., Noble E., *In Pursuit of Reason- The Life of Thomas Jefferson*, New York: Ballantine Group, 1987.

Currie, David P., *The Constitution of the United States- A Primer for the People*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000.

Currie, David P., *The Constitution of the United States- a Primer for the People*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1997.

Curtis, George Ticknor, *History of the Origin, Formation, and Adoption of the Constitution of the United States, with Notices of its Principal Framers*, New York: Harper and Brothers, 1858.

Dahl, Robert A., *How Democratic is the American Constitution?* New Haven and London: Yale University Press, 2003.

Dahl, Robert A., *How Democratic is the American Constitution?* New Haven & London: Yale University Press, 2003.

Dahl, Robert, *Democracy and its Critics*, New Haven and London: Yale University Press, 1989.

Dahl, Robert, *On Democracy*, New Haven e London: Yale University Press, 1998.

Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a nutshell*, St. Paul: West Publishing, 1986, p. 82.

De Villers, David, *Marbury v. Madison- Powers of the Supreme Court*, Berkeley Heights: Enslow Publishers, Inc., 1998.

Dean, John W., *Conservatives Whitout Conscience*, New York: Viking, 2006.

Dershowitz, Alan M., *Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000*, Oxford: Oxford University Press, 2001

Dershowitz, Alan M., *Supreme Injustice- How the High Court Hijacked Election 2000*, New York: Oxford University Press, 2000.

Dewey, John, *The Essential Jefferson*, New York: Dover Publications, 2008.

Di Paolo, Amanda, *Zones of Twilight- Wartime Presidential Powers and Federal Court Decision Making*, New York: Lexington Books, 2010.

Dodds, Grahám G., *Executive Orders from Nixon to Now*, in Kelley, Cristopher S. (ed.), *Executing the Constitution-Putting the President back into the Constitution*, Albany: State University of New York Press, 2006.

Dodds, Grahám, *Take up your pen- Unilateral presidential directives in American Politics*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013.

Donaldson, Gary A., *The Making of Modern America- the Nation from 1945 to the Present*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2012.

Donaldson, Gary A., *The Modern America- the Nation from 1945 to the present*, Lanham: Rowman & Littlefield, 2012.

Doyle, William, *Inside the Oval Office- The White House Tapes from FDR to Clinton*, New York: Kodanshá Internacional, 1999.

Duberman, Martin, *Howard Zinn- a life on the left*, New York and London: The New Press, 2012.

Dunne, Gerald T., *Hugo Black and the Judicial Revolution*, New York: Touchstone Book, 1977.

Ackerman, Bruce, *Before the Next Attack- Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven: Yale University Press, 2006.

Durantaye, Leland de la, *Giorgio Agambem- A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press.

Eagleton, Thomas F., *War and Presidential Power- a Chronicle of Congressional Surrender*, New York: Liveright, 1974.

Eastland, Terry, *Energy in the Executive- The Case for the Strong Presidency*, New York: The Free Press, 1992.

Edelson, Chris, *Emergency Presidential Power- From the Drafting of the Constitution to the War on Terror*, Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.

Egger, Rowland e Hárris, Joseph P., *The President and Congress*, New York: Mc Graw-Hill Book Company, 1963.

Eisenhower, Dwight D., *Public Papers of the Presidents of the Unites States (1953)*, Washington: Office of the Federal Register, 1953.

Ellis, Joseph J., *Américan Sphinx, The Ch  racter of Thomas Jefferson*, New York: Vintage Books, 1998.

Engels, Frederick e Marx, Karl, *The German Ideology*, London: Lawrence & Wishart, 1982. Tradu  o do alemão para o ingl  s de C. J. Arthur.

Epstein, David F., *The Polítical Theory of the Federalist*, Chicago and London: The Univesity of Chicago Press, 1984.

Farrand, Max, *The Framing of the Constitution of the United States*, New H  ven: Yale University Press, 1913.

Fausold, Martin, e Sh  nk, Alan, *The Constitution and the Américan Presidency*, Albany: State University of New York Press, 1991.

Fehrenbacher, Don E., *Slavery, Law and Politics*, New York: Oxford University Press, 1981.

Finer, Herman, *The Presidency: Crisis and Regeneration- An Essay of Possibilities*, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

Fisher III, William W., Horwitz, Morton e Reed, Thomas A., *Américan Legal Realism*, New York: Oxford University Press, 1993.

Fisher, Louis, *Presidential Spending Power*, Princeton: Princeton University Press, 1975.

Fisher, Louis, *Presidential War Power*, Lawrence: University Press of Kansas, 2004.

Flanders, Henry, *An Exposition of the Constitution of the United States, Designed as a Manual of Instruction*, Union: The Lawbook Exch  nge Ltd., 1999.

Foner, Eric, *Give me Liberty- an American History*, New York and London: W. W. Norton & Company, 2014.

Ford, Gerald R., *The Public Papers of the Presidentes ot the United States (1976-1977)*, Washington: United States Government Printing Office, 1979.

Frank, Jerome, *Courts on Trial, Myth and Reality in Américan Justice*, New Jersey: Princeton University Press, 1973.

Frank, Jerome, *Law and Modern Mind*, Garden City: Anchor Books, 1963.

Franklyn, Benjamin, *The Autobiography and Other Writings*, New York: Signet Classics, 1961.

Fr  und, Ernst, *Standards of Américan Legislation*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1965.

Friedman, Lawrence M., *Américan Law*, New York and London: W. W. Norton and Company, s.d.

Friedman, Leon e Newborne, Burt, *Unquestioning Obedience to the President- The ACLU Case Against the Illegal War in Vietnan*, New York: W. W. Norton and Company, Inc, 1972.

Genovese, Micháel A., *The Presidential Dilemma- Leadership in the Américan System*, New York: H  rper Collins, 1995.

George Fort, *The Use of Presidential Power-1789-1943*, New York: Octagon Books, 1965.

Gerh  rdt, Micháel, *The Forgotten Presidents: Their Untold Constitutional Legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Giglio, James N., *The Presidency of John F. Kennedy*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991.

Gillman, Howard, *The Votes th  t Counted- How the Court Decided the 2000 Presidential Election*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001.

Goldsmith, Jack, *The Terror Presidency- Law and Judgement Inside the Bush Administration*, New York and London: W.W. Norton and Company, 2007.

Goldstone, Lawrence, *The Activist- John Marshall, Marbury v. Madison and the Myth of Judicial Review*, New York: Walker and Company, 2008.

Goodman, William, *Articles of Impeachment Against George W. Bush*, New Jersey: Melville Housing Publishing, 2006.

Graubard, Stephen, cit., pp. 350-397. Hálberstan, David, *The Fifties*, New York: Fawcett Books, 1993.

Graubard, Stephen, *The Presidents- The Transformation of American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, New York: Penguin Books, 2005.

Graubard, Stephen, *The Presidents- The Transformation of Américan Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, London: Penguin Books.

Greene, John Robert, *The Presidency of George Bush*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

Greenstein, Fred I., *The Presidential Difference- Leadership Style from FDR to George W. Bush*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

Hámilton, Alexander, Madison, James e Jay, John, *Artigos Federalistas*, Belo Horizonte: Líder, 2003. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.

Hansford, Thomas G. e Spriggs II, James F., *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

Hárris, Joseph P., *Congressional Control of Administration*, Washington: The Brookings Institution, 1964.

Hárris, William C., *Lincoln's Last Months*, Cambridge: Belknap Press of Hárvard University Press, 2004.

Hárt, Henry M. e Sacks, Albert M., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York: Westbury, 1994.

Hárvey, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Háy, Peter, *An Introduction to Américan Law*, s.l. Butterworth, 1991.

Heineman Jr., Ben e Hessler, Curtis A., *Memorandum for the President- A Stratégic Approach to Domestic Affairs in the 1980's*, New York: Random House, 1980.

Heineman, Robert A., Peterson, Steven A. e Rasmussen, Thomas H., *Américan Government*, New York: McGraw-Hill, Inc., 1989.

Heinemann, Robert A., *Political Science- an Introduction*, New York: The McGraw-Hill Companies, Inc., 1996.

Hirsch, H. N., *The Enigma of Felix Frankfurter*, New York: Basic Books, 1981.

Hirschfield, Robert S. (ed.), *The Power of the Presidency- Concepts and Controversy*, Chicago: Aldine Publishing, 1973.

Hobson, Chárlés E., *John Marshall- The Great Chief Justice*, Lawrence: University Press of Kansas, 1996.

Hooton, Cornell G. *Executive Governance- Presidential Administration and Policy Chángo in the Federal Bureaucracy*, Armonk: M. E. Shárpe, 1997.

Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law- 1870-1960*, New York and Oxford: Oxford University Press, 1992.

Howard, A. E. Dick (ed.), *The United States Constitution- Roots, Rights, and Responsibilities*, Washington and London: Smithsonian Institution Press, 1987.

Howell, William G., *Power Without Persuasion- The Politics of Direct Presidential Action*, New Jersey: Princeton University Press, 2003.

Hunt, Gaillard e Scott, James Brown (ed.), *The Debates in the Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States, reported by James Madison*, Union: The Lawbook Exchange Ltd., 1999.

Irons, Peter, *A People's History of the Supreme Court*, New York: Penguin Books, 1999.

Isserman, Maurice e Kazin, Micháel, *América Divided- The Civil War of the 1960s*, New York: Oxford University Press, 2000.

Jackson, Carlton, *Presidential Vetoes- 1792-1945*, Athens: University of Georgia Press, 1967.

Jean Edward, *FDR*, New York: Random House, 2007.

Jefferson, Thomas, *A Summary View of the Rights of British América, 1774*, in *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, New York: Modern Library, 1944.

Jeffrey, Harry e Maxwell, Thomas, *Watergate and the Resignation of Richard Nixon- Impact of a Constitutional Crisis*, Washington: CQ Press, 2004.

Jewell, Malcolm e Patterson, Samuel C., *The Legislative Process in the United States*, New York: Random House, 1973.

Jimsey, George Mc, *The Presidency of Franklyn Delano Roosevelt*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

Johns, Margareth Z. e Perschbacher, Rex R., *The United States Legal System- An Introduction*, Durhám: Carolina Academic Press, 2002.

Johnson, Andrew, *The Papers og Andrew Johnson*, Knoxville: The University of Tennessee Press, 1967.

Johnson, Lyndon B., *Public Papers of the President of the United States- (1963-1964)*.

Johnson, Paul, *A History of American People*, New York: Harper Perennial, 1997.

Jones, Chárlés O., *The Presidency in a Separatéd System*, Washington: The Brookings Institution, 1994.

Jordan, E., *Theory of Legislation- An Essay on the Dinamics of Public Mind*, Chicago: The University of Chicago Press, 1952.

Kahn, Paul W., *The Reign of Law- Marbury v. Madison and the Construction of América*, New Háven & London: Yale University Press, 1997.

Kaiser, Chárlés, *1968 in América- Music, Politics, Cháos, Counterculture and Sháping of a Generation*, New York: Grove Press, 1988.

Kalman, Laura, *Fortas, Abe, a Biography*, New Haven and London: Yale University Press, 1990.

Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale- 1927-1960*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

Karcher, Joseph T., *Hándbook on Parliamentary Law*, Chárlotesville: The Michie Company Law Publishers, 1959.

Keefe, William J. e Ogul, Morris S., *The Américan Legislative Process- Congress and the States*, New Jersey: Prentice Háll, 1999.

Kelly, Alfred J., Hárbison, Winfred A. e Belz, Herman, *The Américan Constitution- its Origins and Development*, New York & London: W. W. Norton & Company, 1991.

Kissinger, Henry, *Years of Upheaval*, New York: Simon and Schuster, 2011.

Kmiec, Douglas W., *The Attorney's General Lawyer- Inside the Meese Justice Department*, New York: Praeger, 1992.

Koenig, Louis W., *The Chief Executive*, New York: Hárcourt, Brace and World Inc., 1964.

Konefsky, Samuel J., *John Marsháll and Alexander Hámlton- Architects of the Américan Constitution*, New York: The MacMillan Company, 1964.

Kramer, Larry D., *The People Themselves- Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press, 2004.

Krent, Harold J., *Presidential Powers*, New York and London: New York University Press, 2005.

Krugman, Paul, *A Crise de 2008 e a Economia da Depressão*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Kuklick, Bruce, *A History of Philosophy in America (1720-2000)*, Oxford: Clarendon Press, 2001.

Larson, Edward J. e Winship, Michael P., *The Constitutional Convention- A Narrative History from the Notes of James Madison*, New York: The Modern Library, 2005.

Leuchtenburg, William, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York: Harper & Row, 1963.

Levy, Leonard W. (ed.) *Essays on the Making of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1987.

Levy, Richard E., *The Power to Legislate- A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport: Praeger, 2006.

Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy- Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven and London: Yale University Press, 1999.

Limonic, Flávio, *Os Inventores do New Deal*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

Locke, John, *Dois Tratados Sobre o Governo*, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Loo, Dennis e Philips, Peter (ed.), *Impeach the President- The Case Against Bush and Cheney*, New York: Seven Stories Press, 2006.

Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1988.

Lyon, Hastings, *The Constitution and the Man Who Made It- The Story of the Constitutional Convention-1787-*, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1936.

Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, New York: Cambridge University Press, 1997.

Mansfield Jr., Harvey, *Taming the Prince- The Ambivalence of Modern Executive Power*, New York: Free Press, 1989.

Mapp Jr., Alf J., *Thomas Jefferson, America's Paradoxical Patriot*, New York: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1987.

Marquiles, Joseph, *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*, New York: Simon and Schuster, 2006.

Mason, Alpheus Thomas, *William Howard Taft: Chief Justice*, New York: Simon and Schuster, 1965.

Mason, Edward Campbell, *The Veto Power- its Origin, Development and Function in the Government of the United States (1789-1889)*, Boston: Ginn and Company, 1890.

Massey, Calvin, *American Constitutional Law: Powers and Liberties*, New York: Aspen, 2005.

May, Christopher M., *Presidential Defiance of Unconstitutional Laws*, Westport: Greenwood Press, 1998.

Mayer, Kenneth R., *With the Stroke of a Pen- Executive Orders and Presidential Power*, Princeton: Princeton University Press, 2002.

McCoy, Donald R., *The Presidency of Harry S. Truman*, Lawrence: University Press of Kansas, 1984.

McCoy, Drew D., *The Last of the Fathers, James Madison and the Republican Legacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

McDonald, Forrest, *The American Presidency- an Intellectual History*, Lawrence: University Press of Kansas, 1994.

McCloskey, Robert G., *The American Supreme Court*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 2000.

McLaughlin, Andrew C., *The Foundations of American Constitutionalism*, New York: The New York University Press, 1932.

Mehren, Arthur T. von e Murray, Peter L., *Law in the United States*, New York: Cambridge University Press, 2007.

Menand, Louis, *The Metaphysical Club*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

Meyer, Kenneth R., *Executive Orders*, in Bessette, Joseph M. e Tulis, Jeffrey K. (ed.), *The Constitutional Presidency*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2009.

Mill, John Stuart, *The Basic Writings of John Stuart Mill*, London: Random House, 2002.

Mills, C. Wright, *The Power Elite*, New York: Oxford University Press, 2000.

Montesquieu, Charles de Secondat, Barão de, *O Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Renato Janine Ribeiro.

Moore, Kathryn, *The American President- from George Washington to Barack Obama*, New York: Fall River Press,

Moraes, Fernando, *Chatô, o Rei do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

Morris, Edmund, *Theodore Rex*, New York: Random House, 2002.

Mountjoy, Sháne, *Marbury v. Madison- Establishing Supreme Court Power*, New York: Chelsea House, 2006.

Murphy, Bruce Allen, *The Brandeis/Frankfurter Connection-The Secret Activities of Two Supreme Court Justices*, Oxford University Press, 1982.

Murphy, John P., *Pragmatism- from Peirce to Davidson*, Boulder: Westview Press, 1990.

Nelson, William, *Marbury v. Madison- The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

Neustadt, Richard E., *Presidential Power and the Modern Presidents- The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York: The Free Press, 1991.

Newman, Roger K. (Ed.), *The Yale Biographical Dictionary of American Law*, New Háven & London: Yale University Press, 2009.

Newmeyer, R. Kent, *John Marsháll and the Heróic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2007.

Nowak, John e Rotunda, Ronald D., *Principles of Constitutional Law*, St. Paulo: Westlaw, 2004,

O'Brien, Thomas Dillon, *The Great Experiment*, New York: The Encyclopedia Press, 1972.

Ogg, Frederic A. e Ray, P. Orman, *Introduction to American Government*, New York: D. Appleton Century Company, 1942.

Ohmae, Kenich, *The End of the Nation State- The Rise of Regional Economies*, New York: Free Press, 1995.

Pach Jr., Chester J. e Richardson, Elmo, *The Presidency of Dwight D. Eisenhower*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991.

Paludan, Philip Sháw, *The Presidency of Abrahám Lincoln*, Lawrence: University Press of Kansas, 1994.

Perret, Geoffrey, *Commander in Chief- How Truman, Johnson and Bush Turned a Presidential Power into a Treat to América's Future*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2007.

Peterson, Mark A., *Legislating Together- The White House and Capitol Hill from Eisenhower to Reagan*, Cambridge and London: Hárvard University Pressk 1990.

Place, Lucille, *Parlamentary Procedure Simplified: A Complete Guide to Rules of Order*, New York: Frederick Fell, 1976.

Poggi, Gianfranco, *The State, its Nature, Development and Prospects*, Stanford: Stanford University Press, 1999.

Pole, J. R. (ed.), *The American Constitution- For and Against- The Federalist and Anti-Federalist Papers*, New York: Hill and Wang, 1987.

Pollock, Earl E., *The Supreme Court and American Democracy- Case Studies on Judicial Review and Public Policy*, Westport and London: Greenwood Press, 2009.

Posner, Eric A. e Vermule, Adrian, *The Executive Unbound- After the Madisonian Republic*.

Powe Jr., Lucas A., *The Supreme Court and the American Elite- 1789-2008*, Cambridge: Harvard University Press, 2008.

Pringle, Henry F., *The Life and Times of William Howard Taft- a Biography*, New York and Toronto: s.e., 1939.

Pritchett, Herman, *The American Constitutional System*, New York: McGraw-Hill, 1971, p. 59.

Rawle, William, *A View of the Constitution of the United States of America*, New York: Da Capo Press, 1970.

Reagan, Ronald, *The Puplic Papers of the Presidents of the United States (1988-1989)*, Washington: United States Government Printing Office, 1991.

Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, New York: Vintage Books, 2001.

Richard, Carl J., *The Founders and the Classics- Greece, Rome and the American Enlightenment*, Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Richard, Carl J., *The Founders and the Classics- Greece, Rome and the American Enlightenment*, Cambridge and London: Harvard University Press, 1996.

Rodell, Fred, *Fifty-Five Men*, New York: The Telegraph Press, 1936.

Rodgers, Paul, *United States Constitutional Law- an Introduction*, Jefferson: Mac Farland and Company, 2011.

Rodrigues, Ricardo Jose Pereira, *The Preeminence of Politics- Executive Orders from Eisenhower to Clinton*, New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2007.

Roger K., *Hugo Black, a Biography*, New York: Fordhám University Press, 1997.

Rorty, Richard, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minneapolis Press, 2003.

Rose, Arnald M., *The Power Structure-Political Process in American Society*, New York: Oxford University Press, 1967.

Rosenberg, *Jerome Frank: Jurist and Philosopher*, New York: Philosophical Library, 1970.

Glennon, Robert Jerome, *The Iconoclast as Reformer- Jerome's Frank Impact on American Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1985.

Rozell, Mark J., *Executive Privilege- Presidential Power, Secrecy, and Accontability*, Lawrence: University Press of Kansas, 2002.

Rudalevige, Andrew, *The New Imperial Presidency- Renewing Presidential Power After Watergate*, Ann Harbor: The University of Michigan Press, 2008.

Rutland, Robert Allen, *The Democrats, From Jefferson to Clinton*, Columbia: University of Missouri Press, 2002.

Rutland, Robert Allen, *The Republicans- From Lincoln to Bush*, Columbia: University of Missouri Press, 1998.

Scalia, Antonyn, *A Matter of Interpretation- Federal Courts and the Law*, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

Schlesinger Jr., Arthur, *The Age of Roosevelt- Vol. I- 1919-1933- The Crisis of the Old Order*, Boston: Mariner Book, 1985.

Schlesinger, Jr., Arthur M., *Journals-1952-2000*, New York: Penguin Books, 2007.

Schlesinger Jr., Arthur M., *A Thousand Days- John F. Kennedy in the White House*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1965.

Schlessinger Jr., Arthur M., *The Coming of New Deal*, New York: Mariner Book, 1986.

Schmitt, Carl, *Teologia Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Elisete Antoniuk.

Macedo Jr., Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, São Paulo: Max Limonad, 2001.

Schubert Jr., Glendon, *The Presidency in the Courts*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1957.

Schulman, Bruce J., *The Seventies- The Great Shift in American Culture, Society and Politics*, Cambridge: Perseus Book, 2002.

Schwartz, Bernard, *Constitutional Law, a Textbook*, New York: The MacMillan Company, 1972.

Semonche, John E., *Keeping the Faith- A Cultural History of the U. S. Supreme Court*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1998.

Sháne, Peter M. e Bruff, Hárold H., *The Law of Presidential Power- Cases and Materials*, Durhám: Carolina Academic Press, 1988.

Shapiro, Ian, *The State of Democracy Theory*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003.

Shápiro, Martin e Trêsolini, Rocco J., *Américan Constitutional Law*, New York: MacMillan Publishing Co., Inc., 1979.

Sheldon, Chárlés H., *Essentials of the Américan Constitution- The Supreme Court and the Fundamental Law*, Cambridge: Perseus Book, 2001.

Silkenat, James R. e Shulman, Mark R. (ed.), *Presidency and the Consequences of 9/11-Lawyers React to Global Law on Terrorism*, Westport: Praeger, 2007.

Simon, James F., *Whát Kind of Nation- Thomas Jefferson, John Marsháll and the Epic Struggle to Creaté a United States*, New York: Simon and Schuster, 2002.

Skowronek, Stephen, *Presidential Leadership in Polítical Time- Reprise and Reappraisal*, Lawrence: University Press of Texas, 2008.

Sloan, Cliff e McKean, David, *The Great Decision- Jefferson, Adams, Marsháll and the Battle for the Supreme Court*, New York: Public Affairs, 2009.

Smith, J. Malcolm e Cotter, Cornelius P., *Powers of the President during crises*, New York: Da Capo Press, 1972.

Smith, John Edward, *John Marsháll- Definer of a Nation*, New York: Holt Paperbacks, 1998.

Clinton, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence: University Press of Kansas, 1989.

Smith, Malcolm J. e Jurika Jr., Stephen, *The President and National Security: His Roles as Commander-in-Chief*, Dubuque: Kendall/Hunt, 1972.

Sodré, Nelson Werneck Sodré, *História da Imprensa no Brasil*, Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

Sollenberger, Micháel, *The President Sháll Nominaté- How Congress Trumps Executive Power*, Lawrence: University Press of Kansas, 2008.

Sorensen, Theodore C., *Decision Making in the White House- The Olive Banch or the Arrows*, New York and London: Columbia University Press, 1964.

Sotomayor, Sonia , *My Beloved World*, New York: Vintage Books, 2012.

Speer, Emory, *Lectures on the Constitution of the United States*, Maçon: The J. W. Burke Company, 1897.

Spitzer, Robert J., *Politics and Constitutionalism- The Louis Fisher Connection*, Albany: State University of New York Press, 2000.

Spitzer, Robert J., *The Presidency and Public Policy- The Four Arenas of Presidential Power*, s.l.: University of Alabama Press, 1983.

Spitzer, Robert J., *The Presidential Veto- Touchstone of the American Presidency*, Albany: State University of New York Press, 1988.

Stern, Gary M. e Hálperin, Morton H., *The United States Constitution and the Power to Go to War- Historical and Current Perspectives*, Westport: Greenwood Press, 1994.

Stillman II, Richard J., *The American Constitution and the Administrative State- Constitutionalism in the Late 20 th Century*, Lanham: University Press of America, 1987.

Stimson, Frederic Jesup, *Popular Law-Making- A Study of the Origin, History, and Present Tendencies of Law-Making by Statute*, New York: Charles Scribner's and Sons, 1912.

Story, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Durham: Carolina Academic Press, 1987.

Strum, Philippa, *Louis D. Brandeis- Justice for People*, New York: Schocken Books, 1984.

Sundquist, James L., in Nikolaieff, George A. (ed.), *The President and the Constitution*, New York: The H. W. Wilson Company, 1974.

Taft, William Howard, *Our Chief Magistraté and his Power*, Durham: Carolina Academic Press, 2002.

Thomas, Ann van Wynen e Thomas Jr., A. J., *The War- Making Powers of the President- Constitutional and Legal Aspects*, Dallas: SMU Press, 1982.

Tilly, Charles, *Democracy*, New York: Cambridge University Press, 2007.

Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America*, London: Penguin Books, 2003.

Trefousse, Hás L., *Impeachment of a President- Andrew Johnson, the Blacks and the Reconstruction*, Knoxville: The University of Tennessee Press, 1975.

Trefousse, Hás L., *The Radical Republicans- Lincoln's Vanguard for Racial Justice*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1968.

Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press, 2000.

Truman, Harry, *Public Papers of the Presidents of the United States (1952-1953)*, Washington: United States Government Printing Office, 1966.

Tushnet, Mark (Ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford: Stanford University Press, 2005.

Tushnet, Mark V., *Making Civil Rights Law- Thurgood Marshall and the Supreme Court- 1956-1961*, New York: Oxford University Press, 1994.

Tushnet, Mark, *A Court Divided- The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton & Company, 2005.

Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

Tushnet, Mark, *The Constitution of the United States of America- A Contextual Analysis*, Portland: Hart Publishing, 2009.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights- Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2008.

Urbinati, Nadia, *Representative Democracy, Principles & Genealogy*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

Waldo, Dwight, *The Administrative State- a Study of the Political Theory of American Public Administration*, New York: Holmes and Meyer Publishers, 1984.

Walker, Samuel, *Presidents and Civil Liberties from Wilson to Obama, a Story of Poor Custodians*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Walker, Timothy, *Introduction to American Law*, New York: Da Capo Press, 1972.

Walter, Berns, *Democracy and the Constitution*, Washington: The AEI Press, 2006.

Warber, Adam L., *Executive Orders and the Modern Presidency- Legislating from the Oval Office*, Boulder and London: Lynne Rienne Publishers.

Warber, Adam L., *Executive Orders and the Modern Presidency- Legislating from the Oval Office*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006.

Wáterman, Richard D. W., *Presidential Influence and the Administrative State*, Knoxville: The University of Tennessee Press, 1989.

Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London and New York: Routledge, 1997. Tradução do alemão para o inglês de Talcott Parsons.

Wedgwood, William, *The Government and Laws of United States*, Littleton: Rothman, 1998.

Baçon, Chárlés W., *The American Plan of Government*, New York and London: G. P. Putnam's Sons, 1918.

Weinberger, Seth, *Restoring the Balance- War Powers in an Age of Terror*, Santa Barbara: ABC-Clio, 2009.

Wells, Chárléy, *Inside Bush v. Gore*, Gainesville: University Press of Florida, 2013.

West, William F., *Controlling the Bureaucracy- Institutional Constraints in Theory and Practice*, New York: Shárpe, 1995.

Westerfield, Donald L., *War Powers: The President, the Congress and the Question of War*, Westport: Praeger, 1996.

Wheeler, Darren A., *Presidential Power in Action- Implementing Supreme Court Detainee Decisions*, New York: Palgrave Macmillan, 2008.

White, G. Edward, *Intervention and Detachment, Essays in Legal History and Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1994.

White, G. Edward, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge: Hárvard University Press, 2000.

Williams, Juan, *Thurgood Marshall- American Revolutionary*, New York: Three River Press, 1998.

Wilson, Woodrow, *Congressional Govenment- A Study on American Politics*, Minola: Dover Publications, INC., 2006.

Wilson, Woodrow, *Congressional Government*, Mineola: Dover Publications, 2006.

Woodward, Bob, *State of Denial*, New York: Simon and Schuster, 2006.

Woodward, Bob, *The War Within- A Secret White House History- 2006-2008*, New York: Simon and Schuster, 2008.

Yoo, John, *Crisis and Command- A History of Executive Power from George Washington to the Present*, New York: Kaplan Publishing, 2011.

Yoo, John, *Crisis and Command- The History of Executive Power from George Washington to George W. Bush*, New York: Kaplan, 2009.

Yoo, John, *War by Another Means- An Insider's Account of the War on Terror*, New York: Atlantic Monthly Press, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo, *A crucificação e a democracia*, São Paulo: Saraiva, 2011. Tradução de Monica de Sanctis Viana.

Zelden, Chárlés L., *Bush v. Gore- Exposing the Hidden Crisis in American Democracy*, Lawrence: University Press of Kansas, 2010.

Zinn, Howard, *A People's History of the United States- 1492-present*, New York: Harper, 1995.