

Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados
Centro de Documentação e Informação
Coordenação de Biblioteca
<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



AS ORDENS EXECUTIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

Antonio Octavio Cintra
Consultor Legislativo da Área XIX
Ciência Política, Sociologia Política, História,
Relações Internacionais

ESTUDO

JANEIRO/2005



Câmara dos Deputados
Praça 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF



SUMÁRIO

O papel legiferante do Executivo norte-americano: as ordens executivas	3
Alguns exemplos do uso de ordens executivas	5
O contexto político das ordens executivas	6
Bases constitucionais das ordens executivas	6
Tipos de ordem executivas	7
Observações finais	8

© 2005 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o autor e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu autor, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.

AS ORDENS EXECUTIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

Antonio Octavio Cintra

O PAPEL LEGIFERANTE DO EXECUTIVO NORTE-AMERICANO: AS ORDENS EXECUTIVAS ¹

Na aparência, teríamos nos Estados Unidos um caso de presidente enfraquecido pela própria construção constitucional. Falta-lhe, por exemplo, a iniciativa de projetos de lei e, sobretudo, competência privativa para propor leis sobre certas matérias. Tal fato acentua, à primeira vista, um grande contraste com o que se passa num sistema como o nosso, em que parte substancial da pauta legislativa advém de projetos iniciados pelo poder executivo.

Ademais, em poucos sistemas presidenciais temos um Congresso com tantos poderes e tão organizado para exercê-lo como o norte-americano. As comissões e subcomissões são fortes e têm ativo papel no processo legislativo. Ademais, durante longos períodos, na segunda metade do século passado, deram-se instâncias de “poder dividido”: o presidente de um partido, mas a maioria, numa ou nas duas casas do Congresso, sendo do outro. Na ocorrência dessa situação, o presidente ficaria tolhido, conseguindo o pouco que consegue apenas depois de árduas negociações com a maioria. Sem essas negociações, haveria impasse e paralisia do Executivo.

É bem verdade que o presidente norte-americano tem uma potente arma à sua disposição, que é o poder de veto. As condições de rejeição do veto presidencial são altas, pois se exige o quorum de 2/3 da composição de cada Casa, com voto nominal, para que isso aconteça. Essa elevada barreira faz com que, na prática, poucos vetos sejam derrubados, por bastarem 1/3, mais um, dos membros de qualquer uma das Casas votando pela manutenção do veto para que o presidente ganhe o jogo. Em conseqüência, quando ele explicita a intenção de vetar uma determinada matéria que esteja em votação no Congresso, seu poder de negociação cresce muito.

O outro lado da moeda, no caso do veto, é seu enfraquecimento, por não se permitir ao presidente o uso do veto parcial, lá conhecido como *item veto*². A proibição do veto

¹ Este estudo baseia-se no livro Kenneth R. Mayer, With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001, pg. 4

² Disponível, porém, para os governadores de estado com relação ao orçamento.

parcial faz com que, num projeto apoiado pelo Executivo, os congressistas possam inserir dispositivos alheios à matéria, de seu interesse, não raro contra a vontade do presidente, que é assim posto contra a parede. Se vetar o projeto, tem de fazê-lo no todo e, com isso, perde a parte da proposição que deseja ver aprovada.

Entretanto, apesar dessas limitações, o presidente norte-americano não tem um papel apenas decorativo. Ele pode impor sua vontade e pôr em prática seu programa mediante as “ordens executivas”. Esse instrumento equívale, até certo ponto, a nossas “medidas provisórias” e a dispositivos similares existentes em outros países, que são parte do que a literatura comparativa chama “poder de decreto do executivo”.

Kenneth R. Mayer, em livro recente dedicado ao assunto, assim as define:

Sem muito rigor, podemos dizer serem as ordens executivas diretrizes presidenciais que requerem ou autorizam alguma ação dentro do poder executivo (conquanto freqüentemente seu âmbito estenda-se para além do governo). São editos presidenciais, instrumentos legais que criam ou modificam leis, procedimentos ou políticas por um fiat.³

Segundo o mesmo autor, os presidentes, em sua condição de chefes do poder executivo e comandantes supremos das Forças Armadas, têm usado as ordens executivas para decisões de política pública de grande relevo. Por meio delas, criam ou extinguem órgãos do poder executivo, reorganizam processos administrativos, determinam como as leis serão implementadas e, em geral, empreendem as ações consideradas permissíveis dentro dos limites de sua autoridade constitucional ou legal.

O ponto crucial é que, no âmbito de seus poderes executivos, os presidentes têm sido capazes de “legislar”. Produzem efeitos de política pública que extrapolam de muito as atividades meramente administrativas, as quais são sempre requeridas na implementação de leis. A respeito dessa faculdade legiferante do presidente, que vai além das regulamentações e ações exigidas para “executar” o que a lei manda, Mayer cita Donald Elliot, jurista da Universidade de Yale, para quem muitas dos milhares de ordens executivas são lei plena em todos os sentidos da palavra. Louis Fisher, outro autor citado por Mayer, opina que, apesar de a Constituição norte-americana atribuir ao Congresso, sem lugar a dúvida, a função de legiferar, o papel legiferante dos presidentes é substancial, persistente, completo e, em muitos casos, motivo de preocupação.

³ Kenneth R. Mayer, op. cit., pg. 4

ALGUNS EXEMPLOS DO USO DE ORDENS EXECUTIVAS

Uma área crucial de política pública norte-americana no século XX foram as decisões relativas à integração racial. Os progressos na matéria advieram, em parte substancial, de “ordens executivas” presidenciais. Truman, por exemplo, promoveu a integração das Forças Armadas valendo-se de ordens executivas. Eisenhower, por sua vez, num histórico divisor de águas na política racial, convocou a Guarda Nacional de Arkansas mediante ordem executiva, para poder fazer valer a ordem judiciária de integrar uma escola secundária, a *Central High School*.

Para o Conselho Americano de Relações Raciais, em relatório de 1948, as ordens executivas de Truman que visavam ao fim da segregação racial entre os militares demonstravam a importância, equivalente à das leis e decisões judiciais, das ações da administração pública e do Executivo para lograr igualar as oportunidades entre as raças e fazer valer os direitos civis.

Em linha com essa verificação, lembre-se que foi também por meio de ordem executiva que a idéia de “ação afirmativa” – as quotas raciais obrigatórias em vários setores -- se cristalizou na consciência nacional norte-americana. John Kennedy usou tal expressão na criação, por ordem executiva, de uma Comissão Presidencial de Oportunidades Iguais no Emprego. Lyndon Johnson também recorreu à palavra em ordem executiva subsequente, de acordo com a qual os contratos governamentais condicionar-se-iam à implementação de programas de ação afirmativa pelos contratantes privados.

Também foi mediante ordens executivas que os presidentes norte-americanos estabeleceram a política de não-publicidade de documentos considerados de segurança nacional. Mayer observa que a extensão do controle presidencial sobre a informação foi um importante fator no fortalecimento da presidência no ambiente político pós Segunda Guerra mundial.

Da mesma forma, Reagan ganhou controle sobre as agências reguladoras mediante uma ordem executiva que deu poder ao Escritório de Administração e Orçamento (*Office of Management and Budget*) para rever as regras editadas por essas agências à luz de análise de custo/benefício e da política maior do presidente.

O presidente norte-americano pode, também, declarar uma situação como sendo de emergência nacional, por meio de ordem executiva. Uma medida dessa natureza autoriza um amplo leque de sanções unilaterais, inclusive – em teoria – o poder de restringir viagens, impor a lei marcial, e de requisitar propriedade, redes de transporte e instalações destinadas as comunicações.



O CONTEXTO POLÍTICO DAS ORDENS EXECUTIVAS

Para resguardar-se e não ver suas prerrogativas surrupiadas pelas ordens executivas, o Congresso norte-americano de tempos em tempos submete algumas delas a um exame mais atento, para ver se fogem dos limites toleráveis de autonomia do Executivo.

Quando se dá o “governo dividido”, as ordens executivas são um dos meios que permitem ao presidente agir, contornando as exigências normais de tramitação de projetos de lei.

Por essa razão, muitos comentaristas olham-nas como indicativas de tendências ditatoriais no governo norte-americano. A ordem executiva seria exemplo de poder irresponsável e um modo de fugir da opinião pública e das restrições constitucionais. Nas manifestações mais extremas, as ordens executivas são pintadas como instrumento do governo secreto e do totalitarismo.

BASES CONSTITUCIONAIS DAS ORDENS EXECUTIVAS

Tanto a constituição quanto as leis infraconstitucionais norte-americanas dão ao presidente importantes poderes, que a moldura institucional da presidência amplifica, ao permitir ao presidente dar o primeiro lance em muitas questões de política pública, se assim o decidir.

Órgãos de peso do Executivo foram criados ou tiveram seus poderes expandidos por ordens executivas, tais como o Escritório de Administração e Orçamento ou a Agência Central de Informações (CIA).

O sistema de separação de poderes põe, de fato, limites formais e informais ao que pode um presidente fazer. Contudo, resta ainda aos presidentes ampla capacidade de agir por iniciativa própria, tanto em termos substantivos de política pública, quanto em termos de proteção e promoção de seus interesses estratégicos e políticos.

No caso das políticas de regulação, o papel presidencial adveio de delegação do Congresso. Na política externa e de segurança nacional, porém, simplesmente os presidentes foram-se apropriando da área ao longo do tempo, até a situação tornar-se irreversível, com a esfera internacional hoje praticamente sendo domínio incontestado dos presidentes, os quais têm em geral contado, nessa apropriação, com a aquiescência do Judiciário.

TIPOS DE ORDEM EXECUTIVAS

Mayer propõe uma classificação das principais modalidades de ordens executivas. Algumas delas se aproximam de nossas “medidas provisórias”. Outras correspondem mais ao poder presidencial de implementar leis mediante decretos.

Assim, os presidentes, no uso de seus poderes formais e reconhecidos, dão ordens que esperam ser obedecidas. Truman, por exemplo, demitiu o General MacArthur, importante herói da Segunda Guerra Mundial,⁴ por ordem executiva e Eisenhower ordenou, conforme já mencionamos, à Guarda Nacional que garantisse a integração de uma escola em Arkansas, o que lançou um precedente decisivo para as ações posteriores de confirmação dos direitos iguais.

Outra modalidade de ordem executiva consiste na criação e alteração de estruturas e processos institucionais. Os presidentes usam sua autoridade para conformar e alterar o quadro organizacional do Executivo. Esse tipo de ordem executiva revela que, mesmo com relação a matérias fixadas na Constituição e no marco jurídico do país, pode haver mudança ao longo dos anos. Um caso muito citado nos Estados Unidos são os poderes de guerra, que, durante o século passado, foram-se transferindo do Congresso para a presidência, o que mostra que mesmo poderes definidos na constituição não são vistos estaticamente.

As ordens executivas nessa última categoria não são auto-executáveis. Diferentemente das anteriormente mencionadas, estas não levam diretamente a ação que traduza as palavras presidenciais em resultados. Ordens desse tipo alteram a posição de uma dada organização, ou oferecem novos estímulos para a ação, ou estabelecem novas organizações, com novos atores, que se consideram mais adequados para programas novos; assim, os presidentes procuram orientar comportamentos futuros, dentro do novo marco institucional que a ordem executiva fixa, dos quais se esperam resultados diferentes.

Um terceiro tipo de ordens executivas se dá quando os presidentes se valem de sua autoridade unilateral como instrumento de negociação, na tentativa de moldar o contexto da política pública. Nesse caso, é grande a importância das tomadas simbólicas de posição. Clinton, por exemplo, editou uma ordem executiva pela qual se tornou proibido fumar em prédios públicos. Com isso, agradou a um importante público de ambientalistas e sanitaristas, e trouxe a questão do fumo para o plano da intervenção estatal.

⁴ MacArthur, que dirigia a ocupação aliada no Japão, como comandante das forças norte-americanas na guerra da Coreia, desafiou abertamente a autoridade presidencial, querendo imprimir às operações bélicas o rumo que achava correto, ampliando-as para atacar a China. Tal ampliação não cabia na estratégia global dos Estados Unidos, que era a de evitar uma Terceira Guerra Mundial via apenas contenção da expansão comunista. O presidente Truman o demitiu, contrariando os conservadores norte-americanos, que o acusaram de fraco perante a ameaça comunista, mas, como presidente, estava correto, pois a política militar é atribuição do Presidente, comandante-em-chefe das Forças Armadas.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Algumas ordens executivas visam a preencher um vazio de poder. Permitem ao presidente antecipar-se a uma ação do Congresso. São como que uma ocupação prévia de terreno em alguma área de política pública, antes que uma lei seja feita. Criam um fato consumado. O Congresso fica, então, em posição incômoda para desfazer-lhe as implicações e efeitos.

Algumas ordens executivas são a arma presidencial para defender uma certa política. Valem como um pronunciamento político. Outras foram editadas em momentos difíceis e visaram a dar uma resposta rápida a reclamos de parcelas politicamente relevantes do eleitorado.

O presidente tem vantagens perante o Congresso para assumir um papel ativo, inclusive com incursões, via ordens executivas, na área que seria privativa do Congresso.

Tal vantagem presidencial resulta de a constituição investir o presidente de poderes para fazer a administração do país funcionar, responder às grandes expectativas nele colocadas pelo eleitorado. Assim, é da competência deles organizar o Executivo, em boa parte sem precisar de recorrer a medidas que requeiram tramitação legislativa. Podem organizar e dirigir a presidência como acharem melhor para seu desempenho, podem criar órgãos públicos, reorganizar os já existentes, mudá-los dentro do organograma, impor-lhes regras de procedimento, designar, para chefia-los, gente de sua confiança. Em suma, podem imprimir sua marca sobre a máquina do Executivo.

Os presidentes podem interpretar suas responsabilidades com certa flexibilidade e, ademais, ser bastante criativos no modo como implementam e aplicam as leis. Os intérpretes norte-americanos dos poderes presidenciais vêem-nos como sendo análogos ao que, no setor privado, são os “direitos residuais de decisão”. Ou seja, os direitos que um contratante pode ter de agir, unilateral e discricionariamente, quando o contrato formal seja ambíguo ou omissivo com relação ao que se requer. O presidente tem muitas oportunidades de exercer essa autoridade residual, dadas as lacunas legais.

Por sua vez, quando o Congresso quer circunscrever o poder presidencial, na hipótese de o chefe-do-executivo fazer incursão numa área antes não tratada pela presidência, acaba, na verdade, legitimando essa incursão, pois em geral a regula e, assim, reconhece o poder de o presidente atuar na matéria.

Outra vantagem presidencial é, conforme já lembrado, a capacidade de tomar a iniciativa, começar o jogo, deixando às outras instituições a tarefa de reverter o que fizeram os presidentes. Isso porque podem agir mais rapidamente do que o Congresso e os Tribunais, dada a natureza desses outros poderes.

O Congresso é uma organização coletiva e tem de atuar através do processo legislativo, uma corrida de obstáculos, com muitos personagens, individuais ou grupais, capazes de impedir a ação, pelo menos com a rapidez necessária. E mesmo que, no Congresso, se logre obter as maiorias necessárias em cada uma das subcomissões e comissões envolvidas, depois também no plenário e na fase de atuação da *Conference Committee*,⁵ o presidente ainda dispõe do poder de veto, que só pode ser derrubado por maioria de dois terços.

Quanto ao Judiciário, para agir, precisa esperar o surgimento de disputas para pronunciar-se, o que pode demorar anos para ocorrer.⁶

Lembra Mayer, também, haver doutrinas judiciais que tornam mais difícil desafiar a ação presidencial. A Suprema Corte deliberou que a interpretação de uma lei por um órgão do Executivo vale, a menos que o Congresso tenha-se pronunciado precisamente com relação à matéria questionada. Uma vez que o presidente tenha interpretado uma lei, o Congresso só pode derrubar essa interpretação mediante uma lei explícita com relação ao exato ponto em questão. Tal exigência põe pesado ônus sobre o Congresso quando este confronta a ação unilateral do presidente, dado tratar-se de um imenso colegiado, ademais com tendência a não mudar o *status quo*.

Há exceções, ocasiões em que o Congresso rapidamente circunscreve a discricção administrativa do presidente. É quando a base eleitoral dos congressistas é afetada por uma medida presidencial, concreta ou anunciada. Ou seja, os parlamentares respondem a coisas concretas, não a questões abstratas do tipo “o Executivo está invadindo as competências do Legislativo”.

Quando Clinton tentou proibir discriminação contra os homossexuais nas forças armadas, explicitando o desejo de editar uma ordem executivas sobre o assunto, houve forte reação de eleitorados conservadores e os congressistas, muitos deles democratas, como o Senador Sam Nunn, deixaram claro ao presidente que não apoiariam a proposição.

Mayer conclui sua análise acentuando que a existência e importância das ordens executivas no presidencialismo norte-americano induzem importantes reflexões sobre o relacionamento dos poderes no sistema presidencial. Trata-se de obter um precário equilíbrio, para evitar tanto um Executivo forte em demasia, quanto um muito fraco, incapaz de agir com eficácia. É preciso um presidente que possa enfrentar emergências, sem, contudo, exercer um poder que não responde por seus atos.

⁵ O Conference Committee é uma comissão mista indicada para apalmar as diferenças de texto entre o que foi aprovado numa Casa do Congresso e na outra.

⁶ Contudo, quando Truman, durante a guerra da Coréia, requisitou, em 1952, por ordem executiva, as usinas siderúrgicas para assegurar a produção de aço, sem a interrupção de uma greve anunciada, dado o esforço bélico, a Suprema Corte agiu com celeridade para anular a ordem, declarando não ter o presidente autoridade legal para aquele tipo de ação. Não foi decisão unânime, porém. Seis ministros deram o voto majoritário, contra o governo requisitar as siderúrgicas, mas três acharam legítima a intervenção.



Para Mayer, os constituintes norte-americanos foram capazes de criar um sistema em princípio equilibrado. A presidência tem poderes limitados, porém tem grande capacidade de agir, e o Congresso tem amplos poderes, mas está sujeito às restrições do princípio da maioria e da ação coletiva. Hamilton dizia que a energia no poder executivo é a característica principal na definição do bom governo.

Assim, conclui Mayer, apesar dos temores de que as ordens executivas possam enfraquecer a soberania popular, é também possível que elas, na verdade, aumentem a capacidade de o governo responsabilizar-se perante os cidadãos. Isso porque elas aclaram o percurso de uma decisão e esse percurso leva inequivocamente ao presidente. Ou seja, há alguém a quem responsabilizar por uma política.