

AS ORDENS EXECUTIVAS NO PRESIDENCIALISMO NORTE-AMERICANO

THE EXECUTIVE ORDERS IN THE NORTH-AMERICAN PRESIDENCIALISM

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

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

ÁREA(S) DO DIREITO: direito internacional; direito constitucional.

RESUMO: O texto analisa o Poder Legislativo protagonizado pelo Presidente norte-americano, no contexto dos arranjos institucionais dos Estados Unidos da América. Argumenta-se que, por meio de ordens executivas, o Presidente norte-americano exerce amplos poderes legislativos, de modo peculiar, que o direito constitucional brasileiro desconhece. Há um previsível campo de influência, cujos resultados são raramente contestados na ordem constitucional norte-americana.

PALAVRAS-CHAVE: ordens executivas; Poder Legislativo e atuação executiva; presidencialismo imperial.

ABSTRACT: *The paper analyses the legislative power accomplished by the President, in the context of the North-American institutional arrangements. It*

argues that by the means of the executive orders the President has a great deal of legislative power, in a peculiar manner, which our constitutional model does not acknowledge. There is a predictable area of influence, whose results are scarcely challenged in the North-American constitutional order.

KEYWORDS: *executive orders; Legislative power and Executive action; imperial presidentialism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As ordens executivas no direito constitucional norte-americano; 2 As ordens executivas e o presidencialismo imperial; Síntese conclusiva; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Executive orders in the American Constitutional Law; 2 Executive orders and the imperial presidentialism; Conclusions; References.*

¹ Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: asmgodoy@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2987368350054932>.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo apresentar as linhas gerais das chamadas *ordens executivas* no direito constitucional norte-americano. Cuida-se de arranjo institucional que outorga ao Presidente da República nos Estados Unidos uma ampla margem de atuação normativa. O modelo permite intensa produção legislativa por parte do chefe do Poder Executivo naquele país. Não se constata convergência conceitual e pragmática com o modelo de nossas medidas provisórias, bem como com o modelo de nossos decretos presidenciais, autônomos ou regulamentares.

As *ordens executivas* qualificam uma modalidade normativa muito própria do sistema norte-americano. A atuação legislativa do chefe do Poder Executivo nos Estados Unidos se justifica pela necessidade de respostas rápidas para problemas que exigem intervenção imediata. A espera da atuação do Poder Legislativo, nessa lógica, suscitaria uma demora que o regime não suportaria. Essa preocupação não atinge apenas questões e problemas negociais; há também fortíssima apreensão com questões de segurança interna e de controle de situações emergenciais. Mitiga-se a concepção tradicional de tripartição de poderes, em um contexto histórico absolutamente problemático, a exemplo do vivido pelo Governo dos Estados Unidos da América.

Entre nós, o Poder Executivo protagoniza não menos intensa atividade legislativa, primária, isto é, por delegação, e secundária, mediante regulamentação (cf. CLÈVE, 2011), a par, naturalmente, das medidas provisórias. Como se observará, o modelo norte-americano de *ordens executivas* transcende às fórmulas brasileiras, de modo que se identifica intensa atividade normativa por parte do Executivo, o que os norte-americanos nominam de *presidencialismo imperial* (cf. SCHLESINGER JR., 2004). Inevitável uma comparação entre o modelo dos Estados Unidos e o do Brasil; há certa identidade institucional, especialmente com a Constituição de 1891.

Essa comparação sugere que se compreenda que não há paralelos entre as *ordens executivas* e os arranjos normativos do Poder Executivo no Brasil, a exemplo do decreto-lei e da medida provisória. Ainda que não atente com profundidade aqui para o tema do estado de exceção, pode-se inferir, de algum modo, que as *ordens executivas* se prestariam para identificar quem detém o poder, nos momentos de angústia institucional, à luz das categorias propostas por Carl Schmitt.

Ao longo do presente ensaio, investiga-se esse modelo norte-americano, com especial atenção em sua fundamentação histórica, levando-se em conta que não há autorização expressa para a utilização das *ordens executivas* por parte da Constituição dos Estados Unidos. O modelo decorre substancialmente de experiência histórica, eventualmente recorrente em épocas de muito dissenso interno e externo, bem como de leitura sistemática do texto fundador do constitucionalismo norte-americano.

Metodologicamente, fez-se um levantamento de importantes *ordens executivas* baixadas por presidentes nos Estados Unidos, cotejando-as com o momento histórico nos quais, e para os quais, foram concebidas. Esse cotejamento permite algum nível de compreensão da factibilidade da utilização dessa forma, o que nos sugere um modelo presidencialista muito forte e que a literatura denominou de *presidencialismo imperial*. A fórmula das *ordens executivas*, nesse sentido, e dependendo do modo como explicadas, identificariam autoritarismo ou, no limite, alargado instrumento para controle de situações difíceis.

1 AS ORDENS EXECUTIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

O presidente norte-americano detém poder e competência para baixar *ordens executivas*. Estas não têm a mesma natureza de nossas medidas provisórias. Nos Estados Unidos, *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 estrangeiros (cf. HOWELL, 2003, p. 189 e ss.).

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 comércio (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 passaportes (cf. HOWELL, 2003).

Em assuntos relativos à 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 economicamente menos desenvolvidos, bem como relações financeiras com bancos internacionais.

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, programas de emergência, desenvolvimento de propulsão nuclear naval, desclassificação de informações sigilosas, distúrbios urbanos (*city riots*), restauração de ordem doméstica, salários de militares, recrutamento, militares na reserva, compra e produção de armamento militar, ameaças à segurança nacional, zonas de combate.

Em tema de bem-estar social, o Presidente dos Estados Unidos tem baixado ordens sobre sistema educacional, projetos de colaboração entre o Governo e a sociedade civil, segurança de trabalho, aposentadoria, seguro de trabalhadores, programas federais de combate às drogas, *food stamps* (selos que podem ser trocados por comida), reservas indígenas, 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-americana. 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. O presidente controla por meio de *ordens executivas* comitês de aconselhamento ao Governo.

Também há farta produção de *ordens executivas* presidenciais em questões ambientais, de energia e de utilização e destinação de terras públicas. 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.

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*). O presidente também legisla por meio de *ordens executivas* em questões de agricultura. Refiro-me à organização de comitês e a programas federais, a exemplo de incentivos para plantação e comercialização de determinados produtos.

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 Militar. O presidente também se vale de *ordens executivas* para reorganizar o funcionamento de conselhos governamentais. *Ordens executivas* ainda afetam sítios e monumentos históricos.

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 Marciais. *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 fiscais. Há *ordens executivas* em matéria de custódia de propriedade de estrangeiros, vinculadas ao *Trading with the Enemy Act* (uma lei que cuida do comércio norte-americano com nações inimigas), e que fixa fórmulas para apreensão e custódia de bens propriedade de estrangeiros em tempos de guerra.

O Congresso norte-americano eventualmente desafia *ordens executivas* presidenciais, com o objetivo de emendá-las, estendê-las, revogá-las, anulá-las ou codificá-las. Naturalmente, essa antinomia depende das relações do Executivo com o Legislativo. Isto é, enquanto o presidente controla o Congresso, as chances de enfrentamento são mínimas ou quase nulas.

Ordens executivas também são judicialmente questionadas. O primeiro grande questionamento deu-se no contexto da *Executive Order 9066*, em 21 de junho de 1943, junto à Suprema Corte. Trata-se do *Hirabayashi Case*, quando se manteve a decisão presidencial². A questão foi debatida na Suprema Corte dos Estados Unidos nos dias 10 e 11 de maio de 1943. A decisão é de 21 de junho daquele mesmo ano.

Trata-se de uma *ordem executiva* baixada pelo então Presidente Franklyn Delano Roosevelt, determinando a criação de áreas militares nos Estados

² U. S. Supreme Court, 320 U. S. 81.

Unidos, especialmente na costa oeste, nas quais seriam confinados japoneses, ainda que cidadãos norte-americanos. Calculava-se que havia cerca de 112.000 japoneses na costa oeste, e temia-se que alguns fizessem propaganda para o império japonês, na ocasião em guerra contra os Estados Unidos.

A referida *ordem executiva*, que também criava uma *autoridade para realocação de pessoas*, permitiu a utilização de um toque de recolher. Esta ordem foi desrespeitada por Gordon Hirabayashi, que, em consequência, foi condenado a três meses de detenção. A condenação foi mantida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, o que significa, na essência, a manutenção da *ordem executiva* questionada.

O questionamento mais emblemático e que resultou em anulação de uma *ordem executiva* por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos deu-se por ocasião da discussão do caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*³, debatido em 12 e 13 de maio de 1952, decidido em 2 de junho do mesmo ano. Trata-se de uma *ordem executiva* do Presidente Harry Truman que determinou intervenção em várias indústrias siderúrgicas no país.

Os norte-americanos combatiam a Guerra da Coreia. Trabalhadores da indústria siderúrgica entraram em greve. O Presidente dos Estados Unidos acreditou ser necessária uma intervenção, tendo-se em vista a importância da indústria de aço no esforço bélico que então se fazia. Acreditava que detinha poderes implícitos, especialmente em épocas de guerra. Assim, o presidente determinou que Charles Sawyer, então Secretário do Comércio, determinasse a ocupação, por forças do governo, de várias unidades produtoras de aço.

Houve insurgência, especialmente por parte dos trabalhadores que estavam em greve. O debate chegou à Suprema Corte. Por seis votos a três, decidiu-se que o presidente havia extrapolado o poder de editar *ordens executivas* e carecia de autorização do Congresso Nacional. Restringiu-se o poder presidencial.

Estatísticas pertinentes aos anos de 1943 a 1997 dão conta de 83 ações judiciais com o objetivo de desconstituir *ordens executivas*; o Presidente perdeu 22 delas (cf. HOWELL, 2003). 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. À data da conclusão da pesquisa que substancializa o presente ensaio, há notícias de

³ U. S. Supreme Court, 343 U. S. 579.

13.654 *ordens executivas*, ainda que divulgadas sistematicamente apenas aquelas que remontam ao Presidente Franklyn Delano Roosevelt⁴.

Mas há muitas *ordens executivas* que tratam de questões também graves⁵. *Ordens executivas* trataram de confecção e entrega de passaportes⁶, declaração de neutralidade no início do segundo grande conflito europeu⁷, posse e controle de uma ferrovia norte-americana em Porto Rico⁸, controle de empresas de exploração de carvão⁹, expropriação de uma companhia exploradora de borracha¹⁰. Foi uma *ordem executiva* que revogou a exigência do mínimo de 48 horas de trabalho por semana¹¹.

Ordens executivas cuidaram também de expropriação de companhias de petróleo¹², criação de um comitê presidencial sobre direitos civis¹³, concessão de privilégios diplomáticos a organizações internacionais¹⁴, adicional de periculosidade no trabalho¹⁵, criação de *Corpos de Paz* no Departamento de Estado¹⁶, formação de um comitê presidencial para enfrentar o tráfico de entorpecentes e o uso de drogas¹⁷.

O referido modelo normativo presidencial também foi utilizado para organizar políticas públicas contra a discriminação por idade¹⁸. *Ordens executivas* também foram utilizadas para declarar intervenção federal para restauração de

⁴ Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/disposition.html>>. Acesso em: 30 out. 2015.

⁵ 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 da obra de Kenneth Mayer.

⁶ *Ordem Executiva* nº 7.856, de 31 de maio de 1938.

⁷ *Ordem Executiva* nº 8.233, de 5 de setembro de 1939.

⁸ *Ordem Executiva* nº 9.341, de 14 de junho de 1943.

⁹ *Ordem Executiva* nº 9.476, de 3 de setembro de 1944.

¹⁰ *Ordem Executiva* nº 9.595, de 30 de julho de 1945.

¹¹ *Ordem Executiva* nº 9.607, de 30 de agosto de 1945.

¹² *Ordem Executiva* nº 9.639, de 29 de setembro de 1945.

¹³ *Ordem Executiva* nº 9.608, de 5 de dezembro de 1946.

¹⁴ *Ordem Executiva* nº 9.863, de 31 de maio de 1946.

¹⁵ *Ordem Executiva* nº 10.152, de 17 de agosto de 1950.

¹⁶ *Ordem Executiva* nº 10.924, de 1º de maio de 1961.

¹⁷ *Ordem Executiva* nº 11.076, de 15 de janeiro de 1963.

¹⁸ *Ordem Executiva* nº 11.141, de 12 de fevereiro de 1964.

ordem no Estado de Illinois, em represália a motins populares¹⁹, fixar condutas de preservação ambiental em relação a patrimônio cultural²⁰, para regulamentar exportações²¹ e estabelecer regras de proteção a espécies ameaçadas²².

Comprovando a variedade de matérias tratadas por essa espécie normativa, há também *ordens executivas* sobre gerenciamento de áreas federais²³, comprometimento do Executivo Federal com controle de poluição²⁴, revogação de sanções à Rodésia²⁵, tarifas de estradas de ferro no Alasca²⁶, tratado de livre-comércio com o Canadá²⁷, bloqueio de bens do Governo do Haiti²⁸, classificação de dados relativos à segurança nacional²⁹, pirataria em programas de computador³⁰, entre tantos outros assuntos.

2 AS ORDENS EXECUTIVAS E O PRESIDENCIALISMO IMPERIAL

A recorrente utilização de *ordens executivas* pelos presidentes norte-americanos revela superlativa ampliação de poderes conferidos ao chefe do Executivo por parte da Constituição norte-americana. Esse uso superlativo de prerrogativa de construção normativa, por parte da chefia do Executivo, remete-nos ao tema do *presidencialismo imperial*; isto é, o Presidente exerce uma autoridade que os *pais fundadores* do constitucionalismo norte-americano não haviam cogitado (cf. SCHLESINGER JR., 2004). Exemplifica-se.

Franklyn Delano Roosevelt (dados de 1936 a 1945) baixou 1.768 *ordens executivas*³¹. Roosevelt enfrentou a grande crise de 1929, com amplo plano de reconstrução nacional, o *New Deal*, por intermédio do qual aproximou

¹⁹ *Ordem Executiva* nº 11.404, de 7 de abril de 1968.

²⁰ *Ordem Executiva* nº 11.593, de 13 de maio de 1971.

²¹ *Ordem Executiva* nº 11.796, de 30 de julho de 1974.

²² *Ordem Executiva* nº 11.911, de 13 de abril de 1976.

²³ *Ordem Executiva* nº 12.072, de 16 de agosto de 1978.

²⁴ *Ordem Executiva* nº 12.088, de 13 de outubro de 1978.

²⁵ *Ordem Executiva* nº 12.183, de 16 de dezembro de 1979.

²⁶ *Ordem Executiva* nº 12.434, de 19 de julho de 1984.

²⁷ *Ordem Executiva* nº 12.262, de 31 de dezembro de 1988.

²⁸ *Ordem Executiva* nº 12.853, de 30 de junho de 1993.

²⁹ *Ordem Executiva* nº 12.958, de 17 de abril de 1995.

³⁰ *Ordem Executiva* nº 13.103, de 30 de setembro de 1998.

³¹ Cf. WARBER, Adam L. *Executive orders and the modern presidency* - Legislating from the oval office. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006. p. 151.

Estado e sindicatos na luta contra a grande depressão (cf. LIMONCIC, 2009). Questionaram-se frequentemente em juízo as políticas de Roosevelt (cf. WHITE, 2000); uma geração de juristas saiu em socorro das políticas governamentais (cf. WHITE, 1994), a exemplo de Louis Brandeis³², Jerome Frank³³, Felix Frankfurter³⁴ e Thurman Arnold³⁵, todos ligados ao realismo jurídico norte-americano³⁶.

³² 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. p. 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.

³³ Jerome Frank nasceu em Nova Iorque, em 1889, e faleceu de ataque cardíaco em New Haven, em 1957. Advogado, 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 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.). Op. cit., p. 201 e ss. Conferir, também, FRANK, Jerome. *Courts on trial, myth and reality in American justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973; ROSENBERG, Jehiol Mitchell. *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.

³⁴ 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.). Op. cit., p. 204 e ss. Conferir também HIRSCH, H. N. *The enigma of Felix Frankfurter*. New York: Basic Books, 1981.

³⁵ 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.). Op. cit., p. 17 e ss. Conferir também ARNOLD, Thurman W. *The folklore of capitalism*. Washington: BeardBooks, 2000.

³⁶ 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; 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.

Com objetivo de reverter decisões da Suprema Corte, que afetavam substancialmente seu programa de governo, Roosevelt, profeta de uma nova era (cf. SCHLESINGER JR., 1985), pretendeu alterar a composição daquele Tribunal (cf. KALMAN, 2001). Porém, sem que tal medida fosse necessária, o Tribunal passou a cancelar as políticas de Roosevelt (cf. MCCLOSKEY, 2000).

Ampliando a ação estatal como forma de enfrentamento à crise de 1929 (cf. LEUCHTENBURG, 1963), contando inclusive com conselho e ajuda de John Maynard Keynes (cf. SCHLESINGER JR., 1986), Roosevelt comandou os norte-americanos na Segunda Guerra Mundial (cf. SMITH, 2007), elegendo-se por três vezes, fato único na história do presidencialismo norte-americano (CF. BURNS, 1956).

Harry Truman (1945-1953) baixou 873 *ordens executivas*. Sua época foi marcada pela perseguição aos acusados de simpatia para com o comunismo (cf. GRAUBARD, 2000), bem como por uma retomada de posições por parte do partido democrata, que elegerá Dwight David Eisenhower. Este último, herói da Segunda Guerra Mundial, presidente de 1953 a 1961, baixou 522 *ordens executivas*. Como chefe do Poder Executivo, teve de executar políticas definidas pela Suprema Corte, em matéria de direitos civis (cf. TUSHNET, 1994, HALBERSTAN, 1993).

John F. Fitzgerald Kennedy (1961-1963) baixou 214 *ordens executivas*, enfrentando, corajosamente, resistências a políticas de realização de direitos civis (cf. SCHLESINGER JR., 1965). Seu sucessor, Lyndon B. Johnson (1963-1969), baixou 325 *ordens executivas*, em um mesmo contexto de divisão política e social caracterizado pela expansão de movimentos de contracultura (cf. ISSERMAN; KAZIN, 2000).

Richard Nixon (1969-1974) baixou 346 *ordens executivas*, em um ambiente marcado pela Guerra do Vietnã (cf. SCHULMAN, 2002) e pelo Caso Watergate. Gerald Ford (1974-1977) baixou 169 *ordens executivas*. Jimmy Carter (1977-1981), reconhecido por sua compreensão da agenda dos direitos humanos, baixou 320 *ordens executivas*. Ronald Reagan (1981-1989), agente da expansão de modelo neoliberal (cf. HARVEY, 2005), marcado pela diminuição do Estado (cf. OHMAE, 1995, POGGI, 1999), baixou 381 *ordens executivas*.

George H. W. Bush (1989-1993) baixou 166 *ordens executivas*, em momento absolutamente conturbado, especialmente por força da guerra no Iraque. Bill Clinton (1993-2001), cuja administração foi marcada também por escândalos pessoais, baixou 363 dessas *ordens*. George W. Bush (dados de 2001 a 2004), em

cuja presidência se intensificou a guerra contra o terrorismo, havia baixado 171 *ordens executivas*.

Barack Obama, que tomou posse em janeiro de 2009, baixou 163 *ordens executivas*³⁷. São textos legais sobre miríade de assuntos. O conjunto de competências do presidente norte-americano, em tema de normatividade, é muito grande, à luz do que se compreende do contexto conceitual e pragmático das *ordens executivas*.

Exemplifica-se com congelamento de propriedade de pessoas que ameaçam a paz, a segurança e a estabilidade em Burma e no Iêmen; com regramento sobre enriquecimento de urânio russo; com ordem de sucessão nos Ministérios da Agricultura e do Comércio e na agência de controle ambiental (*Environmental Protection Agency*); com identificação e redução de ônus de regulação; com sanções ao Irã e à Síria; com a criação de um conselho presidencial para o desenvolvimento global.

Há também *ordens* dispendo sobre a fixação de objetivos para processamento e concessão de vistos, bem como criação de uma força de trabalho para aumentar a competitividade no turismo e para a fixação de um plano nacional de ação para políticas de mulheres, paz e segurança. Há *ordem* que dispõe sobre emendas a um manual de Corte Marcial.

Há *ordem* que trata de promoção de programa de gasto eficiente, bloqueio de propriedades do Governo da Síria, proibição de transações comerciais com a Coreia do Norte, fixação de um programa de excelência para educação de hispânicos, criação de uma força-tarefa para restauração do ecossistema da costa do Golfo. Exemplos se multiplicam, a propósito de *ordem* para criação de um conselho nacional para esportes e nutrição, criação de uma comissão nacional para reforma e responsabilidade fiscal, organização de um programa visando a um governo eficiente, efetivo e responsável, entre tantos outros assuntos.

Neste último exemplo, realça-se a *Ordem Executiva* nº 13.576, baixada em 13 de junho de 2011, com objetivos de melhorar a efetividade e a transparência do Governo norte-americano. A referida *ordem* contempla tendência de corte de desperdícios, bem como pretende otimizar (*to streamline*) operações governamentais. De tal modo, pretende-se reforçar ganhos gerenciais para a

³⁷ Números colhidos no sítio eletrônico da Casa Branca. Disponível em: www.whitehouse.gov. Acesso em: 30 out. 2015.

Administração. Segundo a *ordem*, deve-se servir ao povo norte-americano com o máximo de efetividade e eficiência.

A *ordem* implica mecanismos de controle de gastos decorrentes de contratos mal-administrados, abandono de projetos governamentais de baixo impacto tecnológico, percepção de um governo inteligente (*smart and learned*). Programas governamentais duplicados e que não apresentam resultados, marcados pela ineficiência, assim demonstrados mediante mecanismos de transparência nos gastos fiscais, serão abandonados.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Ordens executivas qualificam permanente busca de eficiência na atuação estatal, tratando dos mais variados assuntos. Identificam intenso poder presidencial, com baixíssimo nível de contestação, no Judiciário e no Congresso. Não há notícias de críticas relativas a alguma instabilidade institucional, decorrente do uso de *ordens executivas*, porquanto, como já indicado, pequeno o nível de enfrentamento.

Sob uma perspectiva histórica, não há dúvidas de que as *ordens executivas* são mais recorrentes em momentos que demandam uma maior atuação presidencial, a exemplo do que se verificou com o Presidente Franklyn Delano Roosevelt ao longo do *New Deal* e com os Presidentes Bush, pai e filho, primeiramente, na Guerra do Iraque e, posteriormente, no combate ao terrorismo.

Ordens executivas matizam arranjo político e jurídico típico do pragmatismo institucional norte-americano, forjado menos na sofisticação conceitual e mais na experiência e na necessidade imediata, reveladas no cotidiano da Administração.

Há dificuldade conceitual em se identificar no modelo constitucional brasileiro alguma fórmula que lembre o arranjo institucional das *ordens executivas*. A medida provisória sugere uma participação do Poder Legislativo, a propósito do tema da rejeição, que não se encontra no modelo norte-americano. A medida provisória se qualifica por alguns contornos de participação democrática que as *ordens executivas* efetivamente desprezam. Não há, em relação às *ordens executivas*, algum nível de controle democrático, tal como se percebe no contexto das medidas provisórias do Direito brasileiro.

Também não há parâmetros para comparações com o decreto-lei brasileiro, especialmente como construído e vivido ao longo da vigência da Constituição

de 1969. Nesse caso, um autoritarismo substancialmente ilimitado valia-se de uma fórmula rápida, decidir com rapidez, em matérias de muita abrangência.

As *ordens executivas* identificam um sistema muito peculiar, fiado na autoridade e na responsabilização do Presidente, que dispõe de meios ágeis para o enfrentamento de questões delicadas. De um ponto de vista da história das ideias, a pesquisa constata que *ordens executivas* são expressões normativas do pragmatismo norte-americano, ideal que não hesita em sacrificar o justo pelo eficiente, a construção metafísica para a solução empírica dos problemas da política.

REFERÊNCIAS

- ARNOLD, Thurman W. *The folklore of capitalism*. Washington: Beard Books, 2000.
- BEEB, Wouter de. *Legal realism regained – Saving realism from critical acclaim*. Stanford: Stanford Law Books, 2008.
- BURNS, James MacGregor. *Roosevelt: the lion and the fox*. New York: Harvest Book, 1956.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 2011.
- FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton; REED, Thomas A. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- FRANK, Jerome. *Courts on trial, myth and reality in American justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973.
- _____. *Law and modern mind*. Garden City: Anchor Books, 1963.
- GLENNON, Robert Jerome. *The iconoclast as reformer – Jerome’s Frank impact on American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985.
- GRAUBARD, Stephen. *The presidents – The transformation of American presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*. London: Penguin Books, 2010.
- HALBERSTAN, David. *The fifties*. New York: Fawcett Books, 1993.
- HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- HIRSCH, H. N. *The enigma of Felix Frankfurter*. New York: Basic Books, 1981.
- HOWELL, William G. *Power without persuasion – The politics of direct presidential action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.
- ISSERMAN, Maurice; KAZIN, Michael. *America divided – The Civil War of the 1960s*. New York: Oxford University Press, 2000.

KAISER, Charles. *1968 in America – Music, politics, chaos, counterculture and shaping of a generation*. New York: Grove Press, 1988.

KALMAN, Laura. *Legal realism at Yale – 1927-1960*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

LEUCHTENBURG, William. *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*. New York: Harper & Row, 1963.

LIMONCIC, Flávio. *Os inventores do New Deal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

MAYER, Kenneth R. *With the stroke of a pen – Executive orders and presidential power*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 2000.

MURPHY, Bruce Allen. *The Brandeis/Frankfurter connection – The secret activities of two Supreme Court Justices*. Oxford University Press, 1982.

NEWMAN, Roger K. (Ed.). *The Yale biographical dictionary of American law*. New Haven & London: Yale University Press, 2009.

OHMAE, Kenich. *The end of the Nation State – The Rise of Regional Economies*. New York: Free Press, 1995.

ROSENBERG, Jehiol Mitchell. *Jerome Frank: jurist and philosopher*. New York: Philosophical Library, 1970.

SCHLESINGER JR., Arthur. *The age of Roosevelt – Vol. I – 1919-1933 – The crisis of the old order*. Boston: Mariner Book, 1985.

_____. *The imperial presidency*. Boston e New York: Mariner Book, 2004.

_____. *A thousand days – John F. Kennedy in the White House*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1965.

_____. *The coming of New Deal*. New York: Mariner Book, 1986.

SCHULMAN, Bruce J. *The seventies – The great shift in American culture, society and politics*. Cambridge: Perseus Book, 2002.

SMITH, Jean Edward. *FDR*. New York: Random House, 2007.

STRUM, Philippa. *Louis D. Brandeis – Justice for people*. New York: Schocken Books, 1984.

TUSHNET, Mark V. *Making civil rights law – Thurgood Marshall and the Supreme Court – 1956-1961*. New York: Oxford University Press, 1994.

WARBER, Adam L. *Executive orders and the modern presidency* – Legislating from the oval office. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006.

WHITE, G. Edward. *Intervention and detachment, essays in legal history and jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

Submissão em: 22.07.2015

Avaliado em: 07.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 05.05.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 14.05.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 24.05.2016

