

DA REPÚBLICA MODERADA À PRESIDÊNCIA IMPERIAL: A PROPÓSITO DOS 230 ANOS DA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

DE LA REPÚBLICA MODERADA A LA PRESIDENCIA IMPERIAL: A PROPÓSITO DE LOS 230 AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

David Mendieta¹

UNIVERSIDADE DE MEDELLÍN (COLÔMBIA)

Resumo

Durante muito tempo, a democracia e o sistema de freios e contrapesos existente nos Estados Unidos têm sido referentes de estabilidade para os países latino-americanos. Para muitos, a chegada de Donald Trump à Casa Branca colocou as instituições estadunidenses em risco. A presente pesquisa propõe que Donald Trump não é a causa da crise no sistema de *Checks and Balances*, mas sim uma consequência de tal crise. A metodologia utilizada é de caráter histórico-dogmático. A principal conclusão é que nunca antes a democracia estadunidense correu tanto risco, pois o equilíbrio entre os poderes públicos foi perdido em favor do executivo e os freios e contrapesos se tornaram ineficazes para enfrentar a denominada presidência imperial.

Palavras-chave:

Estados Unidos, Constituição, presidência imperial, controle de constitucionalidade, sistema de freios e contrapesos, Trump.

Resumen

Durante mucho tiempo la democracia y el sistema de frenos y contrapesos existente en los Estados Unidos han sido referentes de estabilidad para los países latinoamericanos. Para muchos la llegada de Donald Trump a la casa blanca ha puesto en riesgo las instituciones estadounidenses, la presente investigación propone que Donald Trump no es la causa de la crisis en el sistema de Checks and balances, sino consecuencia de dicha crisis. La metodología utilizada es de carácter histórico dogmática. La principal conclusión es que nunca antes la democracia estadounidense estuvo en tanto riesgo pues el equilibrio entre los poderes públicos se ha roto en favor del ejecutivo y los frenos y contrapesos se tornan ineficaces para enfrentar la presidencia imperial.

Palabras clave:

Estados Unidos, Constitución, presidencia imperial, control de constitucionalidad, sistema de frenos y contrapesos, Trump.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a democracia se encontra em perigo diante dos discursos nacionalistas, dos partidos políticos radicais e dos líderes extremistas com pretensões de caudilhos. Estamos atravessando uma crise que não se via desde o período anterior à Segunda Guerra Mundial e todos nós sabemos que as coisas terminaram mal. Mas, por que as democracias correm perigo? Durante muito tempo, nós — os constitucionalistas — nos preocupamos com o estudo dos Direitos Humanos e deixamos de lado os temas relacionados com a estrutura do Estado, a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, necessários para preservar o equilíbrio entre os diferentes poderes públicos. Pensávamos que a

¹ Advogado, especialista em Direito Constitucional e mestre em Direito pela Universidade de Antioquia (Colômbia). Diplomado em Estudos Avançados (DEA) e doutor em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madri (Espanha). Professor de dedicação exclusiva na Universidade de Medellín (Colômbia), membro do grupo de pesquisas jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Medellín (Colômbia). E-mail: dmendieta@udem.edu.co; davidmendietaagonzalez@hotmail.com ORCID: 0000-0002-6944-6815

democracia poderia ser perdida para líderes de fato, ditadores que, por meio de golpes de estado, buscassem pisotear as instituições, mas hoje a democracia corre perigo desde seu interior. São muitos aqueles que buscam usar as instituições para prejudicar os direitos e valores que dão sentido à vida em sociedade.

Em outras palavras, pretendem usar a democracia para acabar com a democracia. Existem aqueles que, por meio de sofismas, como a chamada “democracia iliberal”, desejam acabar com os pilares que dão sentido à verdadeira democracia, como a diversidade ideológica, o reconhecimento e o respeito às liberdades e a dignidade humana (MENDIETA; TOBÓN, 2018a).

A chegada de Donald Trump à Casa Branca é um marco importante, que fez com que outros líderes demagogos buscassem, e inclusive conseguissem, emular sua façanha. Os discursos que usam o medo e buscam polarizar as sociedades democráticas são cada vez mais frequentes. A democracia e o sistema de freios e contrapesos estadunidenses estão em crise e muitos consideram que a causa é a chegada de uma figura dominante, como é o caso de Trump, ao poder.

Com uma análise histórico-dogmática, pretende-se mostrar como os pais fundadores da União Americana idealizaram um sistema moderado e equilibrado, denominado “*Checks and Balances*”, mas com o passar do tempo, tal modelo se perdeu e estabeleceu-se um mercado presidencialismo que alguns autores chamaram de “presidência imperial”. O que acontecer com as instituições estadunidenses terá consequências, em geral, em todas as democracias e, particularmente, nas latino-americanas — daí a importância de abordar o tema. Hoje faz-se necessário relembrar o Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Uma sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição.” (FRANÇA, 1789)

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NOS ESTADOS UNIDOS

Quando os pais da União Americana conceberam sua Constituição escrita, queriam uma forma de governo moderada que eles chamaram de “*República*”, temiam a anarquia que o vazio deixado pelos ingleses podia originar, mas também o despotismo, que poderia surgir para preencher esse vazio. Repudiavam o autoritarismo, inclusive do povo e suas maiorias — daí a necessidade de criar um sistema no qual os diferentes órgãos interagissem entre si,

mas ao mesmo tempo que os “*checks and balances*” fossem limitados e que existissem mecanismos para frear inclusive o povo soberano.

Os pais fundadores da Nação estadunidense se preocupavam profundamente em salvaguardar a democracia por meio de mecanismos de seleção. Ao planejar a Constituição e o sistema eleitoral, enfrentaram um dilema que, em muitos aspectos, continua vigente. Por um lado, optaram não por um monarca, mas sim por um presidente eleito, um presidente que se ajustasse à sua ideia de Governo popular republicano e que refletisse a vontade do povo. Por outro lado, os fundadores não confiavam plenamente na capacidade da cidadania para julgar os candidatos à presidência. Alexander Hamilton se preocupava com uma presidência por eleição popular que pudesse cair facilmente nas mãos daqueles que aproveitam o medo e a ignorância para ganhar eleições e que estes acabassem governando como tiranos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, tradução minha)

Os três primeiros artigos da Constituição dos Estados Unidos se ocupam dos três poderes públicos clássicos: o primeiro é o legislativo, o segundo é o executivo e o terceiro é o judiciário — sendo que o mais extenso e regulado é o primeiro, pois é no legislativo onde recai maior desconfiança. O texto constitucional de 1787 é muito cuidadoso ao limitar o Congresso dos Estados Unidos, que faz a lei; mas não tanto com o presidente da União, pois este está limitado pela Constituição e pela lei. Em princípio, não se pensou no presidente legislador. Os dois primeiros artigos da Constituição dos Estados Unidos não preveem um executivo competente para fazer leis. Lembremos que o Artigo I, Seção 1, expressa que: “todos os poderes legislativos outorgados por esta Constituição residirão em um Congresso dos Estados Unidos” (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, 1787).

Se a Constituição diz que são “todos”, não há dúvidas de que não se pensou na possibilidade de que o presidente dos Estados Unidos pudesse criar normas com força de lei. O anterior é de suma importância, pois, posteriormente, quando o presidente dos Estados Unidos se faz legislador ao expedir “*ordens executivas*”², as normas que emanem dele com força de lei terão controles advindos dos Tribunais Federais, da Suprema Corte de Justiça e do Congresso dos Estados Unidos; os primeiros, ao fazer uso do *judicial review*, e, o último, da lei como instrumento de correção dos excessos, o que requer colocar em prática o sistema de freios e contrapesos.

Apesar de o executivo-legislador não ser uma figura que os pais da União tenham estabelecido no texto da Constituição, os presidentes estadunidenses, com o argumento da defesa da liberdade e da democracia e com a justificativa da “*ameaça externa*”, foram se

² “As ordens executivas são documentos oficiais, numerados consecutivamente, por meio dos quais o **Presidente dos Estados Unidos administra as operações do Governo Federal.**” (ESTADOS UNIDOS, 2018). As ordens executivas não são uma competência expressa da Constituição de 1787, mas seu sustento provém do Artigo 2, Seção 1, que confia o poder executivo ao presidente dos Estados Unidos.

apropriando desta e de outras competências, somado ao seu protagonismo, e romperam o equilíbrio entre os poderes públicos — isso prejudica o sistema de freios e contrapesos original e estabelece o que alguns chamaram de “presidência imperial” (BACEVICH, 2008).

Mas esse não era o desejo dos pais fundadores da União que, com a Constituição dos Estados Unidos, buscavam a implementação de um sistema de poderes equilibrado, um soberano moderado e a existência de mecanismos de freios e contrapesos entre os poderes públicos, que evitasse cair no autoritarismo. A seguir, algumas das bases desse sistema serão expostas a partir da maneira como foram concebidas por alguns de seus ideólogos e analisaremos como esses limites foram perdendo eficácia com o passar de 230 anos de vigência da Constituição.

3. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DE 1787 POR HAMILTON E MADISON

Foram os norte-americanos que estabeleceram a ideia de supremacia constitucional a partir de um texto codificado e é, na segunda parte do Artigo VI da Constituição de 1787, que se constitui expressamente tal critério, mais como uma ferramenta de unidade e coerção do que como uma declaração de direitos humanos. Estes, somente entrariam no texto constitucional por meio das dez primeiras emendas. O Artigo VI da Constituição dos Estados Unidos de 1787 aponta:

Esta Constituição, e as leis dos Estados Unidos que sejam expedidas de acordo com ela, e todos os tratados celebrados ou que se celebrem sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a suprema lei do país e os juízes de cada Estado estarão obrigados a observá-los, apesar de qualquer coisa em contra que se encontre na Constituição ou nas leis de qualquer Estado. (ESTADOS UNIDOS, 1787)

Por sua vez, o Artigo III, Seções 1 e 2 do texto constitucional, situa o poder judicial na Corte Suprema de Justiça, e demais tribunais, mas entende tal poder como o de dizer o direito em geral e interpretar a lei em particular:

Seção 1

O poder judicial dos Estados Unidos será depositado em um Tribunal Supremo e nos tribunais inferiores que o Congresso instituir e estabelecer no sucessivo. Os juízes, tanto do Tribunal Supremo quanto dos inferiores, continuarão em suas funções enquanto observem boa conduta e receberão, em períodos fixos, uma remuneração por seus serviços que não será diminuída durante o tempo de seu encargo.

Seção 2

O Poder Judicial se estenderá a todos os Casos que em Direito e Igualdade surjam sob esta Constituição, as Leis dos Estados Unidos e os Tratados celebrados ou que venham a ser celebrados sob sua Autoridade... (ESTADOS UNIDOS, 1787)

O texto constitucional não comenta nada sobre quem deveria ser o encarregado de salvaguardar que todos os órgãos do Estado cumprissem com a Constituição, mas desde antes que a Carta de 1787 entrasse em vigência, Hamilton já havia expressado a conveniência de que os juízes fossem os encarregados de velar pela Constituição. A possibilidade de os juízes na América do Norte não aplicarem normas nos casos que contradizem a Constituição é estabelecida por Hamilton (2001) em *O Federalista*, nestes termos:

Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei proveniente do corpo legislativo. E, se ocorrer uma discrepância entre as duas, deve-se preferir, naturalmente, aquela que tenha força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deve-se preferir a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de mandatários. Essa conclusão não supõe de modo algum a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Significa apenas que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade da legislatura declarada em suas leis se encontrar em oposição à do povo declarada na Constituição, os juízes deverão governar-se pela última, em relação às primeiras. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 340)

Madison (2001) também se pronunciou no sentido de o poder judicial ser o encarregado de fazer valer os direitos consagrados na Constituição, diante da tentativa do legislativo ou do executivo de desconhecer as garantias constitucionais:

Uma vez que a Declaração de Direitos fosse incorporada à Constituição, os Tribunais de justiça independentes considerariam a si mesmos os guardiães de tais direitos. As Cortes se transformariam em uma base impenetrável contra qualquer abuso por parte de algum dos outros ramos do Estado Federal, Legislativo e Executivo, e seriam levadas naturalmente a resistir cada usurpação sobre os direitos estipulados expressamente na Constituição por tal declaração de Direitos. (PADOVER, 1953, p. 344)

Hamilton deixará clara a ideia da supremacia constitucional e do dever dos poderes constituídos de acatar a norma fundamental nos seguintes termos:

Não há proposição que dependa de princípios mais claros do que aquela que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário ao teor do mandato sob o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhuma lei contrária à Constituição pode ser válida. Negar isso seria como afirmar que o deputado é superior ao mandante; que o servo é superior ao amo; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; e que os homens que agem em virtude da apropriação podem fazer não somente o que esta não permite, mas inclusive o que proíbe. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 342)

Como já foi dito, a supremacia da Constituição sobre a lei e o dever dos juízes de salvaguardar tal primazia são uma constante no pensamento de Hamilton, como foi registrado em *O Federalista* n. 78. Mas existe outra grande preocupação para quem é considerado um dos pais da União Americana, que é a defesa das minorias que podem estar

em perigo diante das maiorias políticas, religiosas ou econômicas e, de novo, delega aos juízes o dever de evitar tais injustiças:

Mas não é somente como via para prevenir as infrações da Constituição que a independência judicial pode constituir uma salvaguarda contra os efeitos dos maus humores que podem ser produzidos ocasionalmente na sociedade. Em alguns casos, estes não se estendem mais além de prejudicar em seus direitos a determinadas classes de cidadãos particulares, por meio de leis injustas e parciais. Também aqui a firmeza da magistratura tem uma grande importância para mitigar a severidade e limitar os efeitos de tais leis. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 334)

Hamilton também considerou que uma maneira de limitar o poder do presidente era estabelecer um período de mandato fixo que, para os Estados Unidos, é de quatro anos, e que existisse a possibilidade de realizar um juízo político ou *impeachment*:

O Presidente dos Estados Unidos seria um funcionário escolhido pelo povo para um período de quatro anos; o rei da Inglaterra é um príncipe perpétuo e hereditário. Um deles seria suscetível ao castigo pessoal e a cair em desgraça (por meio do impeachment); a pessoa do outro é... inviolável. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001 p. 296)

Mas nem todos os contemporâneos de Hamilton estavam de acordo com o modelo federal, pois temiam que os estados até então confederados perdessem liberdades e autonomia em favor de um governo central forte (KETCHAM, 2003, p. 16). Os chamados “antifederalistas” apenas aceitaram o modelo federal e a nova Constituição em troca de um catálogo de direitos e garantias, ou *Bills of Rights*, que entrarão na Constituição em 1791 por meio das dez primeiras emendas.

4. MARSHALL, O HERDEIRO DE HAMILTON E MADISON

O *Federalista*, e especialmente Hamilton, havia estabelecido as bases de uma Constituição forte e de um poder judicial competente para fazê-la cumprir e será o juiz Marshall, herdeiro dessa concepção, que em 1803 deixará claro e de maneira definitiva que as autoridades encarregadas de velar pela Constituição dos Estados Unidos são os juízes, consolidando o *judicial review*, ou controle judicial de constitucionalidade, na famosa sentença do processo Marbury *vs.* Madison (ESTADOS UNIDOS, 1803), tendo em vista preservar a supremacia da Constituição sobre todas as leis estatais e federais³.

³ A sentença de *Madison vs. Marbury* não é a primeira a estabelecer a Supremacia Constitucional nos Estados Unidos. Houve, antes, outras decisões no mesmo sentido, tais como: caso *Commonwealth vs. Caton* (Virgínia, 1782); caso *Bayard vs. Singleton* (Carolina do Norte, 1787); caso *Vanborne's Lessee vs. Dorrance* (Pensilvânia, 1795);

Assim como Hamilton, Marshall terá que argumentar a supremacia da Constituição sobre a lei e por que os juízes são os convocados a velar para que essa supremacia seja conservada, mas apresenta outro problema não menos importante, que é o da impossibilidade de que um poder limitado, como é o legislador, possa reformar a norma escrita que o limitou por mecanismos ordinários, ou seja, a Constituição. Tampouco está de acordo com aqueles que pretendiam ignorar a Constituição nos casos em que colidisse com a lei e que os juízes preferissem esta última, pois isso significava que o poder legislativo era desmedido e cairia no absurdo de estabelecer limites para os poderes públicos na Constituição e, ao mesmo tempo, a possibilidade de transgredi-los à vontade.

Marshall justificará porque os juízes são os protetores da Constituição apesar do silêncio sobre o tema do texto constitucional e, para essa finalidade, fará uso do citado Artigo III, Seção 1, ao interpretar a frase “o poder judicial dos Estados Unidos será depositado...” como “o que os juízes têm feito tradicionalmente no passado”. Em outras palavras, trata-se da competência dos juízes de desentranhar o sentido das leis, mas irá mais além ao torná-los competentes para declará-las nulas quando forem contrárias à Carta Fundamental e sua fórmula é simples: a Constituição é uma lei emanada de um poder constituinte e a lei questionada que emana de um poder constituído corresponderá aos juízes na hora de ter duas leis aplicáveis a um mesmo caso, mas de diferente nível hierárquico, preferir a de maior hierarquia.

Ou a Constituição é uma lei superior e suprema, inalterável por meios ordinários; ou se encontra no mesmo nível das leis e, como qualquer uma delas, pode ser reformada ou anulada sempre que compraza ao legislativo.
Se a primeira alternativa é correta, então uma lei contrária à Constituição não é lei; se, por outro lado, a segunda é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas do povo de limitar um poder ilimitável por natureza.
(ESTADOS UNIDOS, 1803)

Para Marshall, quando um juiz perceber que, em um mesmo caso, são aplicáveis a Constituição e a lei, mas que propõem soluções opostas, o juiz deve preferir a norma constitucional, por ser hierarquicamente superior à lei ordinária. O anterior é uma das premissas mais importantes para o constitucionalismo moderno e já havia sido proposta por Hamilton, ainda que com outras palavras.

Enquanto o poder judicial se tornava protagonista, o executivo não se conformou em ser espectador, mas, em um jogo público de mútua conveniência, respaldou à Corte Suprema

caso *Hylton vs. United States* (Corte Suprema dos Estados Unidos, 1796). Para uma análise do conteúdo das sentenças anteriores, ver González Quintero (2011).

de Justiça em seu papel de máxima protetora da Constituição (WHITTINGTON, 2009) e acrescentou seu poder graças às ordens executivas e à sua interferência nas agências administrativas federais (AAF) (BREGER; EDLES, 2000).⁴

5. A AMEAÇA DA PRESIDÊNCIA IMPERIAL

Mesmo que os pais fundadores da União, ao redigir a Constituição de 1787, estivessem pensando em um sistema de governo moderado — influenciados por Locke (2005) e Montesquieu (1977) —, no qual os três poderes públicos interagissem, mas ao mesmo tempo limitassem uns aos outros, ao longo do tempo, a maneira vaga em que se regulou a figura do poder executivo foi aproveitada por alguns presidentes estadunidenses para acumular competências, o que resultou na perda do equilíbrio e deu origem ao que vários autores (BACEVICH, 2009; FABBRINI, 2009; ORTIZ, 2004; CHOMSKY, 2005; SCHLESINGER, 2004; MENDIETA; TOBÓN, 2018b) têm chamado de “*presidência imperial*”. Nesse modelo de governo, o equilíbrio dos poderes públicos se perde em favor do presidente, que acumula competências que prejudicam as de outros poderes e aumentam, com sua figura, o protagonismo do Poder Executivo. O sistema presidencial dos Estados Unidos, que durante muito tempo se mostrou ao mundo como exemplo de democracia, separação de poderes e respeito pelas instituições, como um referente de freios e contrapesos eficiente, na realidade, apresenta uma hipertrofia presidencial, na qual a figura do presidente é tão influente que assustaria aos pais fundadores da União. Já há quem denuncie os perigos do sistema:

Na mesma linha, a Constituição não declara nada sobre a autoridade do presidente para agir de maneira unilateral, seja mediante decretos ou ordens executivas, e não estabelece os limites do poder executivo durante as situações de excepcionalidade. Isso levou Huq e Ginsburg a advertir recentemente que “nas mãos de um dirigente verdadeiramente antidemocrático, as salvaguardas constitucionais e legais da democracia [estadunidense] [...] resultariam bastante fáceis de manipular”. (LEVITSKY; ZIBLATI, 2018, p. 120, tradução minha)

Atualmente, o grande controle da presidência dos Estados Unidos é a personalidade do mandatário em exercício: se a moderação é uma de suas qualidades, então estaremos diante de um mandato moderado, mas se ele tiver uma personalidade forte, ousada e beligerante, estaremos

⁴ As AAF surgem da necessidade de criar e implementar normas que regulem atividades produtivas, econômicas, científicas, de segurança, entre outras, e que requerem um altíssimo conhecimento técnico, mais além do alcance dos instrumentos ordinários da administração convencional. São classificadas em agências administrativas regulares (AAR) e agências administrativas independentes (AAI). As primeiras com uma claríssima dependência do Presidente e as outras concebidas inicialmente como entes autônomos da figura presidencial, mas que com o passar do tempo caíram sob sua influência. Delas, questiona-se que, apesar de pertencerem ao poder executivo em seu papel de vigilância e controle, acabam cumprindo também funções legislativas e jurisdicionais. As AAF não serão abordadas no presente trabalho, mas isso não significa que não sejam importantes no processo de consolidação da presidência imperial.

diante de uma figura dominante que poderá colocar em risco a institucionalidade. No século XIX, Jackson (que governou entre 1829 e 1837) e Lincoln (que governou entre 1861 e 1865) são exemplos de presidentes imperiais. O primeiro aproveitou sua popularidade para ampliar o poder da presidência e enfrentou o Congresso dos Estados Unidos ao fazer uso constante de seu direito de veto sobre as leis, competência que até então havia sido pouco usada.

O segundo, Lincoln, que é considerado o melhor presidente de todos os tempos, teve que enfrentar duas situações extraordinárias: a abolição da escravidão, que foi levada a cabo inicialmente por uma ordem executiva, e a Guerra Civil, que fez com que ele tivesse poderes que nenhum outro presidente havia tido⁵.

No século XX, chegarão à Casa Branca vários indivíduos com personalidades dominantes e que com seu caráter ajudarão a construir um “império”, começando pelo presidente da virada do século, William McKinley (que governou entre 1897 e 1901) e foi quem levou os Estados Unidos à vitória sobre a Espanha, arrebatando Cuba, Porto Rico e as Filipinas do moribundo império espanhol. Theodore Roosevelt (presidente entre 1901 e 1909) aproveitou sua popularidade para aumentar os poderes do executivo, invadiu a República Dominicana (1904-1905), assinou um tratado internacional com Santo Domingo e, ao não ser ratificado pelo Senado, ele o ratificou com uma ordem executiva alegando que a Constituição não concede expressamente essa competência ao presidente, mas tampouco a proíbe. E não se pode esquecer, nas palavras do próprio Roosevelt — “Eu tomei o Panamá” —, o que facilitou o comércio dos Estados Unidos com a Europa e com o Oriente distante.

Outro Roosevelt, Franklin Delano (cujo mandato se estendeu de 1933 a 1945) enfrentou duas situações catastróficas: uma é a Grande Depressão e a outra é a Segunda Guerra Mundial. Para enfrentá-las, pediu faculdades extraordinárias ao Congresso, próprias para a guerra:

No dia 4 de março de 1933, as famílias estadunidenses reunidas em torno a seus rádios durante os dias mais funestos da Grande Depressão para escutar o primeiro discurso inaugural de Franklin D. Roosevelt como presidente ouviram sua voz pausada e ensurdecadora declarar: “Pedirei ao Congresso o único instrumento que resta para enfrentar a crise: um amplo poder executivo para livrar uma batalha contra a emergência, equivalente ao que se concederia se estivéssemos sendo invadidos por um inimigo”, com essas palavras, Roosevelt solicitava que lhe fosse concedida a competência presidencial mais ampla existente na Constituição: os poderes extraordinários para situações de guerra, com o fim de combater uma crise ‘doméstica’. (LEVITSKY; ZIBLAT, 2018, p. 139, tradução minha)

⁵ “Lincoln presidiu um — Estado executivo — assumindo uns — poderes de guerra — enormes, de uma maneira que excedeu qualquer outra presidência anterior. Mais tarde, no entanto, sua presidência serviria de modelo para as de Woodrow Wilson (1913-1921), Franklin D. Roosevelt (1933-1945), Harry S. Truman (1945-1953), Lyndon B. Johnson (1963-1969) e Richard Nixon (1969-1974).” (ORTIZ, 2004, p. 34)

Roosevelt foi a pessoa que mais vezes ocupou a presidência dos Estados Unidos — foi eleito quatro vezes para o cargo — e, de longe, foi o presidente que expediu mais ordens executivas, com uma média de 310 por ano, e assim substituiu em grande parte o papel do Congresso dos Estados Unidos e ampliou as competências presidenciais mais do que seus antecessores — que por si só já o haviam feito — e abriu o caminho para que seus sucessores fossem considerados hiperpresidentes. Mas também criou campos de concentração para japoneses por meio de uma ordem executiva. Apesar disso, Roosevelt é considerado o melhor presidente dos Estados Unidos no século XX e um dos melhores de todos os tempos.

No século XXI, temos Donald Trump que, no período em que está na Casa Branca, mostrou ao mundo sua personalidade narcisista, instável, insensível, que não tolera a crítica e despreza as instituições quando não estão de seu lado. Mas seu papel na história como presidente ainda está por ser escrito, mesmo que, quando candidato, já tenham dito dele que:

Nenhum outro candidato presidencial importante da história moderna dos Estados Unidos, nem sequer Nixon, demonstrou em público um compromisso tão frágil com os direitos constitucionais e com as normas democráticas. Trump era precisamente o tipo de figura que Hamilton e outros fundadores tanto temiam quando conceberam a presidência dos Estados Unidos. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 80, tradução minha)

Segundo a Constituição dos Estados Unidos, é competência do Congresso declarar guerra a outro estado, mas são muitos os exemplos de presidentes dos Estados Unidos que enviaram tropas ao exterior ou atacaram outros Estados sem autorização prévia do Congresso, respaldados por ordens executivas — é o caso de Truman na Coreia, Johnson no Vietnã, Nixon no Camboja, Reagan em Granada, Bush (pai) no Panamá, Clinton na Somália e no Haiti, Bush (filho) no Iraque e no Afeganistão e Trump na Síria. Depois do 11 de setembro de 2001, George W. Bush expediu duas ordens executivas — uma no dia 24 de setembro e outra no dia 9 de novembro de 2001 — que permitiram a criação de tribunais militares competentes para julgar civis estrangeiros suspeitos de terrorismo. Tais atribuições acrescentaram ao poder do executivo e às agências administrativas de segurança um patamar que não era visto desde o governo de Franklin D. Roosevelt. Isso ocorreu sustentado no ideal de patriotismo. As competências surgidas do *USA PATRIOT Act* têm valido para que Trump justifique juridicamente o ataque à Síria em 2018.

Os presidentes dos Estados Unidos foram determinantes para que o país se convertesse na grande potência que é hoje. Eles fizeram com que a União ganhasse guerras, expandisse territórios e superasse crises econômicas. O presidente da União Americana é o indivíduo mais poderoso da terra, concentra muito poder em sua figura e, como foi mostrado no presente texto, esse poder se manifesta conforme a personalidade do presidente. O que significa que as características pessoais

do presidente são o primeiro dos freios a recair sobre o executivo. Até agora a fórmula tem sido efetiva, mas é perigoso que tanto poder recaia na personalidade equivocada. Não podemos esquecer que Roma teve imperadores que trouxeram prosperidade, riqueza e conhecimento ao império, como Augusto, Adriano e Marco Aurélio, mas também teve figuras com personalidades instáveis, erráticas e fora de controle, como Calígula, Nero e Cômodo. É aí que se faz necessário recordar os pais fundadores e seu desejo de unidade, mas também de moderação.

Um dos efeitos mais evidentes da presidência imperial é o uso, o abuso, das ordens executivas, que, na prática, têm força de lei e substituem o Congresso e sua competência legisladora, sem ter que se sustentar na anormalidade, como acontece em outros modelos jurídicos que consagram os estados de exceção (TOBÓN; MENDIETA, 2017). Como dito anteriormente, não são uma competência entregue diretamente pela Constituição dos Estados Unidos aos presidentes, mas eles foram se apropriando desse poder. A seguir, vê-se um quadro comparativo com o número de ordens executivas expedidas por Chefes de Estado estadunidenses a partir de Franklin D. Roosevelt até Trump (MENDIETA; CALDERON, 2019)

Nome	Período	Número de ordens executivas	Média de ordens executivas por ano
Donald Trump	2017-2018	92	46
Barack Obama	2009- 2017	276	34.5
George W. Bush	2001- 2009	291	36.4
William J. Clinton	1993- 2001	364	45.5
George Bush	1989- 1993	166	41.5
Ronald Reagan	1981- 1989	381	47.6
Jimmy Carter	1977- 1981	320	80
Gerald R. Ford	1974- 1977	169	42.3
Richard Nixon	1969- 1974	346	57.7
Lyndon Johnson	1963- 1969	324	46.2
John F. Kennedy	1961- 1963	124	41.3
Dwight Eisenhower	1953- 1961	486	60.8
Harry Truman	1945- 1953	896	112
Franklin D. Roosevelt	1933- 1945	3.728	310.6

Fonte: Arquivo Nacional dos Estados Unidos.

Como pode-se observar no quadro anterior, as ordens executivas têm sido uma constante durante os mandatos dos presidentes dos Estados Unidos. Assim, a ameaça externa, defender-se do comunismo, o terrorismo islâmico, a imigração ilegal etc. serviram de desculpa para sua expedição, mas são um claro exemplo de concentração de poder, além de muito criticadas, porque implicam uma evasão do trâmite de regulação ordinário, que é o legislativo, o que deixa nas entrelinhas o sistema de freios e contrapesos proposto pelos pais fundadores e entrega um grande poder àquele que ocupa a presidência. O quadro também nos permite notar como o maior número de ordens executivas por ano foi expedido no governo de Roosevelt (foram 310), mas desde o fim da Segunda Guerra Mundial até o governo de Obama nota-se uma diminuição (com exceção do governo de Carter), para depois passar a um notável aumento no governo Trump (46 ordens executivas), durante dois anos (2017 e 2018) com maiorias republicanas em ambas câmaras, mas tal maioria se perdeu a partir das eleições de 6 de novembro de 2018 na Câmara dos Representantes, o que levará Trump a acudir com mais frequência às ordens executivas⁶ e com a possibilidade existente de abusar desse poder. Um exemplo claro é a declaração do estado de emergência nacional feito pelo presidente dos Estados Unidos no dia 15 de fevereiro de 2019, com o argumento de que há uma crise de imigração ilegal e de entrada de drogas pela fronteira com o México. Isso busca evitar o Congresso e obter a faculdade de construir o muro, prometido na campanha, por meio de uma ou várias ordens executivas, o que abre um debate jurídico sem precedentes.

Os imensos poderes do poder executivo podem tentar os presidentes a governar de maneira unilateral, à margem do Congresso e do poder judicial. Os presidentes que encontrem obstáculos para levar adiante seu programa podem esquivar a assembleia legislativa ao emitir ordens executivas, proclamações, diretivas, acordos executivos ou memorandos presidenciais, os quais adquirem o peso de lei sem precisar da aprovação do Congresso. A Constituição não proíbe tal atuação. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 150, tradução minha)

Diante do aumento das competências do executivo e do estabelecimento da presidência imperial (SCHLESINGER, 2004, p. 45), faz-se necessário reestabelecer o sistema de freios e contrapesos como, por exemplo, os mecanismos de controle do legislativo sobre o executivo. O Congresso dos Estados Unidos pode derrogar as ordens executivas expedindo leis, mas esse controle costuma ser ineficaz quando o partido do presidente tem as maiorias em uma ou em ambas as câmaras, além de que o trâmite da lei é complexo e demorado, o que dificulta ainda mais a eficácia do sistema. Também é possível que o presidente seja impedido de culminar seu mandato em duas situações: a primeira, se o Senado dos Estados Unidos realizar um julgamento político ao

⁶ No caso de Donald Trump, coletamos o número de ordens executivas expedidas desde sua posse (20 de janeiro de 2017) até dezembro de 2018.

presidente tendo em vista a sua destituição, o anterior por petição da Câmara de Representantes — controle do legislativo sobre o executivo. Em 230 anos, apenas três presidentes passaram pelo início do processo de *impeachment* e são eles: Andrew Johnson, William Clinton e Richard Nixon. Os dois primeiros tiveram o julgamento adiantado, mas a petição de destituição não alcançou as maiorias necessárias — dois terços —, e Nixon renunciou ao saber que sua destituição era eminente. A segunda situação, se o Vice-presidente da União, e com o respaldo da maioria de diretores de departamento executivos — controle do executivo sobre o executivo —, pedir aos presidentes do Senado e da Câmara de Representantes, a suspensão do presidente, que, por sua vez, poderá escrever à mesma corporação negando que esteja incapacitado. Então, será o Congresso dos Estados Unidos que decidirá definitivamente, por uma maioria de dois terços, quem tem a razão, conforme a emenda XXV, Seção 4a. Essa opção não foi usada até agora:

Quando o Vice-presidente e a maioria dos principais funcionários dos departamentos executivos, ou de qualquer outro corpo que o Congresso autorizasse por lei, transmitirem ao Presidente *pro tempore* do Senado e ao Presidente de Debates da Câmara de Deputados sua declaração escrita de que o Presidente está impossibilitado de exercer os direitos e deveres de seu cargo, o Vice-presidente assumirá imediatamente os direitos e deveres do cargo como Presidente em funções... (ESTADOS UNIDOS, 1787)

Os estadunidenses tardaram 230 anos para construir um modelo jurídico e político que se sustenta na supremacia constitucional, na separação de poderes e na existência de freios e contrapesos que evitem que um dos poderes se exceda e pretenda ocupar o lugar dos outros dois. Na prática, o equilíbrio se perdeu em favor do executivo, e assim surgiu, como dito anteriormente, a chamada “presidência imperial”, a qual é moderada, não pelos controles horizontais, mas pelo tipo de personalidade do presidente em exercício. A personalidade do presidente não pode ser o primeiro freio de seu poder, tem que ser a Constituição, haja vista o juramento presidencial ao assumir o cargo: “Juro solenemente que servirei fielmente ao cargo de Presidente dos Estados Unidos e que farei todo o possível para preservar, proteger e defender a Constituição dos Estados Unidos. ” (ESTADOS UNIDOS, 1787)

A lei como limite do executivo perde eficácia quando o Presidente se torna legislador ou quando seu partido tem as maiorias no Congresso, e aqui é onde o poder judicial é chamado a enfrentar os excessos do executivo na hora de expedir ordens executivas — controle do poder judicial sobre o executivo — isso graças à *judicial review*, que poderia se pensar como o mais protetor dos controles, mas lembremos que a Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos declarou constitucionais as ordens executivas 9066 de Roosevelt, que criou os campos de concentração e outros tratos discriminatórios contra japoneses durante

a Segunda Guerra Mundial⁷ e, mais recentemente, a 13780 de Trump que estabeleceu um veto claramente por razões religiosas para pessoas de vários países de maioria muçulmana que queriam ingressar aos Estados Unidos.

Atualmente, os controles do poder judicial sobre o executivo não são tão seguros, pois recentemente houve mudanças que poderiam diminuir a eficácia do modelo de *judicial review*. As regras de eleição da Corte Suprema de Justiça, que ostenta o grande poder do *overruling*, ou seja, não está atada a seu próprio precedente, mudaram a partir de 2017 com a eleição de Gorsuch. Antes, os magistrados da Corte eram nominados pelo presidente e o Senado os ratificava por uma maioria simples. Ainda que os nominados compartilhassem ideias políticas com o presidente, em uma regra não escrita, buscavam-se candidatos que não fossem radicais para poder obter votos de ambos os partidos que garantissem a eleição. Com a crescente animosidade entre os partidos políticos, corre-se o risco de que estes, por serem contrários ao partido opositor, prefiram eleger um juiz radical — esse é o caso da recente eleição de Kavanaugh e sua questionada designação. Isso poderia desequilibrar as forças no interior da Corte por décadas.

A democracia dos Estados Unidos está em perigo, pois o sistema de freios e contrapesos se rompeu em favor do executivo. Durante muitos anos o poder do presidente da União vem aumentando e os controles verticais e horizontais, por diferentes razões, foram enfraquecendo. Os partidos políticos são parte da crise, pois alimentaram a polarização do eleitorado e a confiança mútua foi perdida. A possibilidade de que o presidente expeça normas com força de lei anula, em grande medida, o controle do Congresso por meio da lei e do controle que os juízes poderiam exercer sobre o executivo, com a última palavra da Corte Suprema, mas, com maiorias conservadoras, e isso não é alentador.

As tradições que as instituições democráticas estadunidenses sustentam estão desmoronando e está abrindo um abismo desconcertante entre como funciona nosso sistema político e nossas expectativas de como ele deveria ser, baseadas em seu funcionamento histórico. Conforme os protetores da democracia dos Estados Unidos se debilitam, nos tornamos mais vulneráveis aos líderes antidemocráticos. (LEVITSKY; ZIBLATI, 2018, p. 170, tradução minha)

Há 230 anos, Madison expressava um medo constante ao que ele chamava de “facção”, que não era mais do que um grupo de cidadãos que, levados pela paixão ou por interesses pessoais, pretendiam vulnerar direitos de outros cidadãos ou da comunidade em conjunto. O sistema de freios e contrapesos deve ser encaminhado não apenas para efetivar

⁷ Os casos que chegaram até a Corte Suprema de Justiça foram *Hirabayashi vs. United States*, *Yasui vs. United States* e *Korematsu vs. United States*.

a separação de poderes e equilíbrio entre os diferentes poderes públicos, mas também para garantir direitos das pessoas, das minorias, da sociedade. Os *checks and balances* são chamados para assegurar o pluralismo em todas as suas manifestações, pois perseguir a diversidade é perseguir a democracia. Mas não podemos esquecer os controles verticais — sempre será importante lembrar como começa o preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos (Nós, o Povo dos Estados Unidos) — nem a importância da Primeira Emenda da Constituição e sua proibição de prejudicar as liberdades, entre elas, as de culto, expressão e imprensa.

Recordando uma famosa frase de Madison, expressada na parte final de *O Federalista X*, em defesa do sistema federal, que reflete o problema do caudilhismo no exercício do poder: “A influência dos líderes facciosos pode acender uma chama em seu próprio Estados, mas não conseguirá propagar uma conflagração geral nos restantes” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 41)

Mas, o que pode acontecer quando o líder faccioso chegar a ocupar a presidência dos Estados Unidos? O sistema político dos Estados Unidos não pode seguir dependente da personalidade de seus presidentes. A presidência imperial deve dar a vez para a República moderada tão sonhada pelos pais fundadores da União. Os freios horizontais devem ser mais efetivos do que nunca, mas também devem estar acompanhados dos freios verticais por meio dos quais o povo e os meios de comunicação sirvam para evitar a tirania à que Hamilton, Madison e Marshall tanto temiam.

6. CONCLUSÕES

Autores como Hamilton, Madison e Marshall, quando pensaram no modelo político estadunidense, conceberam um sistema moderado, com separação de poderes e a existência de freios e contrapesos capazes de evitar a tirania. Com o passar do tempo e a chegada de presidentes com personalidades fortes e expansionistas, o equilíbrio se perdeu em favor do executivo e surgiu a chamada “presidência imperial”.

Ainda que a Constituição dos Estados Unidos tenha sido um referente teórico de democracia, eficácia de controles horizontais e institucionalidade durante seus mais de 230 anos de vigência, hoje podemos afirmar que é um sistema hiperpresidencial, no qual as características pessoais do presidente são determinantes na hora de medir o protagonismo do executivo dentro da estrutura dos poderes públicos e que tanto inclinará a balança a seu favor. Existem muitos exemplos de presidentes que quebraram o equilíbrio de poderes e implementaram estados executivos — nos quais o presidente substitui, em grande medida, o

poder legislativo do Congresso por meio de ordens executivas —, o que foi justificado para que a União pudesse se modernizar, enfrentar guerras ou crises econômicas, mas a concentração de tantas competências é perigosa, especialmente se quem se ocupa da Casa Branca chega a ter uma personalidade instável.

Trump não é a causa da crise das instituições estadunidenses, mas ele se aproveitou da crise para chegar ao poder. Durante muitos anos, o executivo foi acumulando competências, como legislar ou controlar atividades por meio das agências administrativas, e os controles sobre o presidente foram enfraquecendo. Impedir a chegada do líder faccioso tão temido pelos pais fundadores foi responsabilidade dos partidos políticos, mas, desde a postulação de Trump, todos os filtros falharam. O inquilino da Casa Branca é um indivíduo que despreza as instituições quando não fazem sua vontade.

O caminho a seguir é voltar a um modelo moderado, equilibrado, no qual os partidos políticos alcancem consensos e a figura do presidente volte a estar limitada, não por sua personalidade, mas por um sistema de freios e contrapesos efetivo. Caso contrário, a democracia estadunidense poderia estar em perigo, pois o executivo, com a justificativa da ameaça externa ou interna, poderia estar tentado a passar por cima da institucionalidade e converter-se em um tirano, que era o que Hamilton, Madison e Marshall tanto temiam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACEVICH, Andrew. **The Limits of Power: The End of American Exceptionalism**. Nova York: Metropolitan Books, 2008.

BREGER, Marshall.; EDLES, Gary. **Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies**. 52 ADMIN. L. REV. 1111, 2000.

CHOMSKY, Noam. **La presidencia imperial y sus consecuencias**. 2005. Disponível em: <http://www.voltairenet.org/article123439.html>. Acesso em: 5 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS. [Constituição (1787)]. Constituição dos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>. Acesso em: 5 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos. **Sentença Marbury vs. Madison**. Relator: Juiz Marshall. 24 de fevereiro de 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#tab-opinion-1958607>. Acesso em: 5 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **The U.S. National Archives and Records Administration**. 2018. Disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/disposition.html>. Acesso em: 5 mar. 2019.

FABBRINI, Sergio. **El ascenso del príncipe democrático: quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

GONZÁLEZ, Rodrigo. Ley fundamental, supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad: una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. **Revista Jurídicas**, v. 8, n. 2, p. 13-29. 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **El Federalista**. Tradução de Gustavo R. Velasco. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

KETCHAM, Ralph. (ed.). **The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates**, Turtleback School & Library Binding Edition, 2003, p. 16-20.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Cómo mueren las democracias**. Bogotá. Ed: Ariel, 2018.

LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. México: Porrúa, 2005.

MENDIETA, David; TÓBON, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 10, n. 3, set/dez. 2018a. DOI: 10.4013/rechtd.2018.103.05

MENDIETA, David; TÓBON, Mary Luz. La separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en Estados Unidos: del sueño de Hamilton, Madison y Marshall a la amenaza de la presidencia imperial. **Revista Jurídicas**, v. 15, n. 2, p. 36-52, 2018b. DOI: 10.17151/jurid.2018.15.2.3.

MENDIETA, David; CALDERON, Felipe. La “Presidencia Imperial” y su evolución en la estructura constitucional de los Estados Unidos de América. **Revista Derecho Político**, n. 104, p. 257-291, 2019. DOI:

MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. México: Porrúa, 1977.

ORTIZ, David. **La presidencia de los Estados Unidos: ¿un modelo de poder ejecutivo?** 2004. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/ETFV/article/view/3084>. Acesso em: 5 mar. 2019.

PADOVER, Saúl. **The complete Madison**. Nova York: Harper and Brothers, 1953.

SCHLESINGER, Arthur. **War and American Presidency**. Nova York: Norton, 2004.

TOBÓN, Mary Luz.; MENDIETA, David. Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. **Opinión Jurídica**, n. 31, p. 67-88. 2017.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy**. New Jersey: Princeton University Express, 2009.