

OS PODERES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

OSWALDO TRIGUEIRO

SUMÁRIO: — *O Poder Executivo nos Estados Unidos. Regime parlamentar. As nossas Constituições republicanas. Os textos vigentes. Atribuições executivas, administrativas e legislativas. A ampliação e o fortalecimento do Executivo. Poderes inerentes e implícitos. Exemplos norte-americanos. Reflexos no constitucionalismo brasileiro. Conclusões.*

* 1. As Constituições dos Estados republicanos em via de regra regulam, de maneira exaustiva, as condições de investidura, as prerrogativas e a competência do Presidente da República como órgão do Poder Executivo. As raras exceções verificam-se nos países de governo colegiado, como a Suíça e o Uruguai, onde não existem atribuições especiais expressas para a presidência, de resto nominal, do órgão coletivo que enfeixa as responsabilidades daquele poder.

O regime jurídico da Presidência da República é mais ou menos uniforme, quer nas Constituições da Europa, onde predomina o governo de índole parlamentar, quer nas da América, onde impera o estilo forte do presidencialismo.

Em tôdas as Constituições dispõe-se sôbre a elegibilidade e o processo de escolha do chefe do Poder Executivo, bem como sôbre as imunidades e prerrogativas que lhe revestem o mandato. Em tôdas discriminam-se as atribuições através de cujo exercício o Presidente da República deve desempenhar a sua missão.

A Constituição dos Estados Unidos, que é, há mais de século e meio, o modelo presidencialista por excelência, discrimina, em poucos itens, todos os poderes do presidente — o comando das fôrças armadas, a celebração de tratados, o veto, a nomeação dos funcionários públicos, o perdão dos crimes federais, a convocação extraordinária do Congresso, a fiel execução das leis.

Por paradoxal que pareça, a Constituição da Terceira República Francesa (Leis Constitucionais de 25 de fevereiro e 16 de julho de

* NOTA DA RED.: Conferência pronunciada no Instituto de Direito Público e de Ciência Política, da Fundação Getúlio Vargas, em agosto de 1952.

1875), apontada como paradigma do governo parlamentar republicano, revestiu o Presidente da França de uma soma de poderes mais ampla, porque lhe atribuiu expressamente, além dos poderes previstos na Constituição Americana, mais o de dissolver a Câmara dos Deputados.

Sabemos como, nessas duas grandes democracias, a evolução política deu sentido e alcance exatamente opostos a textos constitucionais análogos e de objetivos idênticos. Nos Estados Unidos, o regime de exclusiva responsabilidade do Presidente deu a êste, com o correr do tempo, um prestígio e uma autoridade, quer do ponto de vista político, quer do ponto de vista administrativo, que ultrapassaram de muito os limites fixados pelos cautelosos *founding fathers* da Constituição de Filadélfia. Na França, o Governo de Gabinete, cada vez mais dependente do arbítrio das câmaras, anulou por completo os amplos poderes que a Constituição conferiu ao Chefe da Nação, de modo a transformá-lo naquilo que o Professor Preuss chamou um rei sem corôa e sem fôrça.

Partindo, assim, de concepções jurídicas similares, a prática constitucional criou, na França e nos Estados Unidos, as doutrinas políticas antagônicas que hoje extremam o parlamentarismo e o presidencialismo.

2. Os poderes conferidos, em 1787, ao Presidente dos Estados Unidos, foram parcamente discriminados e cuidadosamente contrabalançados pelo sistema dos freios constitucionais. Criou-se um Executivo estável, pela instituição do mandato de tempo certo, o que levou um crítico europeu a dizer que o governo americano era baseado na astronomia. Criou-se, porém, intencionalmente, um poder mais fraco que o dos monarcas da época, a começar por George III.

Meio século depois, um observador tão penetrante como o Conde de Tocqueville ainda considerava o Presidente americano com autoridade inferior à do Rei de França. Dizia êle, em referência ao ocupante da Casa Branca que, embora as leis lhe permitissem ser forte, as circunstâncias faziam-no fraco (*De la Démocratie en Amérique*, I, pág. 210).

O quadro contemporâneo, porém, é inteiramente diverso, o que permitiu a Harold Laski observar, em livro recente (*The American Presidency*, pág. 11) que o Presidente dos Estados Unidos é mais e é menos que o Rei da Grã-Bretanha, e, ao mesmo tempo, é mais e é menos que o primeiro ministro britânico.

Os próprios americanos já não se iludem quanto à importância cada vez maior que a vida política atribui ao cargo de Presidente dos Estados Unidos, e à espantosa soma de autoridade que nêle se concentra, transformando-o no pôsto de governo mais influente e poderoso do mundo democrático. A consciência dessa transformação foi nitidamente expressa pela Comissão nomeada pelo Presidente Roosevelt em 1937, para estudar a reforma da administração federal, em cujo relatório se lê:

“Equipado com amplos poderes constitucionais, reforçados pela lei, pelo costume, pelo consentimento geral, o Executivo Americano

deve ser olhado como uma das maiores contribuições feitas por nossa Nação ao desenvolvimento da democracia moderna — uma instituição única cujo valor é tão evidente em tempos de inquietude e tensão como em períodos de tranqüilidade. Como instrumento destinado a executar o julgamento e a vontade do povo de uma nação, o Executivo Americano ocupa posição invejável entre os executivos dos estados do mundo, combinando, como o faz, os elementos do contróle popular e os meios de ação e liderança vigorosas — unindo estabilidade e flexibilidade” (*President's Committee in Administrative Management*, pág. 2).

Em verdade, os poderes do Presidente, nos Estados Unidos, têm sido consideravelmente acrescidos nos 163 anos de vigência de sua Constituição. Permanecendo inalterável o texto constitucional, êsse acréscimo resulta tanto da construção jurisprudencial, que tem preenchido as omissões mais sensíveis, quanto da aplicação das leis ordinárias e dos usos e costumes políticos.

Cumpre considerar entretanto que a ampliação do Poder Executivo, naquele país, não importou na anulação dos demais poderes, com a conseqüente rutura do equilíbrio que entre êles deve existir. Explica-se o fato mais como um reflexo da expansão do papel do Estado, em nossos dias, e do alargamento das funções e recursos do govêrno nacional americano, que nos últimos tempos passou a dominar, sem contraste, no quadro federativo.

Até certo ponto, a expansão do Poder Executivo tem sido acompanhada por um crescimento paralelo da autoridade do Congresso e do prestígio do Poder Judiciário.

3. No sistema presidencial americano, transplantado para o texto das Constituições de tôdas as Repúblicas do Continente, com a atual exceção do Uruguai, o presidente da República é, ao mesmo tempo, o chefe cerimonial do Estado, o gestor da administração pública, e o chefe do partido que o elegeu e ao qual cabe a responsabilidade de governar o país por quatro anos.

Essa acumulação de chefias põe em relêvo a diferenciação profunda que existe, na prática, entre o govêrno presidencial e o parlamentar. Neste último o Presidente é apenas o chefe da nação em sentido formal, irresponsável de direito e de fato, mero titular simbólico de poderes exercidos pelo Gabinete. Nos governos parlamentaristas da Europa, o Presidente, nem pode exercer atividade partidária, nem tem ingerência na administração do país, pela qual responde o primeiro ministro, depositário da confiança do Poder Legislativo.

No sistema americano o Presidente reúne encargos que, na Europa, são conferidos a órgãos distintos, o que já é muito. Mas, além disso, tem o seu poder enormemente expandido, fora de suas atribuições constitucionais, pela delegação da chefia partidária, que resultou das transformações operadas na vida política da grande República. Não devemos esquecer que, ao tempo de George Washington, não existiam partidos e que os autores da Constituição Americana de nenhum modo previram o sistema bipartidário que veio a representar,

depois, a própria essência da política americana. Na verdade essa divisão e êsse tônus partidário somente ficaram caracterizados a partir do governo do General Jackson (1829-1837), quando se realizaram as primeiras convenções nacionais.

Pelo poder estatal que personifica, pela responsabilidade administrativa que individualmente lhe incumbe, pela atuação partidária que é obrigado a exercer, o Presidente é, nos Estados Unidos, como de resto em toda a América, uma entidade inteiramente diversa do seu homônimo europeu. Daí a importância que tem, no direito continental, o estudo das atribuições constitucionais do Chefe da Nação, pois que, enquanto na Europa elas são quase inteiramente decorativas, entre nós, os textos constitucionais não definem em sua integridade um poder, que é o predominante e que tão freqüentemente zomba dos frágeis “freios e contrapesos” que a técnica constitucional opõe à sua expansão avassaladora.

4. A nossa primeira Constituição republicana, elaborada após cem anos de vigência da Constituição Americana, procurou suprir todas as deficiências, que a prática apontara, na relação dos poderes atribuídos ao Presidente da República. A Constituição de Filadélfia limitara-se a arrolar a meia dúzia de poderes referidos nas Seções 2 e 3 do seu Artigo II; a nossa, de 1891, já discriminou, no Art. 48, dezesseis atribuições expressas.

Nêle estavam previstos os poderes que a Constituição Americana enumerara — os de comandar as forças armadas, conceder indultos, celebrar tratados, nomear os servidores da União, fazer uso do veto, convocar extraordinariamente o Congresso e a este enviar mensagens sobre a marcha dos negócios públicos e as necessidades legislativas do país. Mas, além destes, tornaram-se expressos outros poderes de que o funcionamento do Poder Executivo não poderia prescindir — sancionar as leis, expedir decretos, administrar as forças armadas, declarar a guerra, fazer a paz, manter relações diplomáticas, entabular negociações internacionais, declarar o estado de sítio.

A Constituição de 1934 (art. 56) manteve os poderes relacionados na de 1891, a ela acrescentando os do veto parcial, de nomeação e demissão do Prefeito do Distrito Federal, de permitir o trânsito de tropas estrangeiras pelo território nacional, de decretar a mobilização, de intervir nos Estados nos casos constitucionalmente previstos, de autorizar brasileiros a aceitarem pensão, emprêgo ou comissão remunerada de governo estrangeiro.

A Constituição atual (Art. 87) relaciona, em dezenove alíneas, as atribuições privativas do Presidente da República, consolidando tudo quanto a respeito dispuseram as duas Constituições de 91 e de 34, e juntando-lhes ainda as atribuições relativas à apresentação da proposta orçamentária e da prestação anual de contas.

As nossas Constituições apresentam uma discriminação tanto quanto possível completa, com a sistematização que a matéria exige da boa técnica constitucional. Isso, porém, não significa que os poderes

do chefe do Executivo, no Brasil, sejam, na teoria constitucional, muito mais amplos do que nos Estados Unidos. Em linhas gerais, os poderes que a nossa Constituição explicitamente relaciona são os mesmos de que dispõe o Presidente americano e a êle atribuídos pela Constituição, pela jurisprudência e pelo direito costumeiro.

Ao que parece, os poderes do Presidente da República, entre nós, sòmente superam os do Presidente dos Estados Unidos, — além do caso da nomeação do Prefeito do Distrito Federal, que parece condenado a desaparecer — em três pontos de real importância, a saber: no veto parcial, que ali sòmente o constitucionalismo estadual adota; no exercício da intervenção federal, instituto que os americanos por completo desconhecem; na decretação do estado de sítio, com suspensão de certas garantias fundamentais, coisa que a prática americana por igual repudia. Dir-se-á, à vista disso, que não há diferença maior na soma dos poderes normais da Presidência da República, no exercício das atribuições executivas que lhe são peculiares. E' inegável, porém, que, no adminículo dos poderes referentes ao sítio e à intervenção nos Estados, está tôda a diversidade de estilo que caracteriza a democracia da América Latina e que tantos sacrifícios exige das liberdades públicas e da autonomia federativa.

5. A Constituição brasileira não define nem discrimina os *poderes* do Presidente da República. O que o art. 87 faz é arrolar as *atribuições* privativas da competência do Poder Executivo. Estas atribuições abrangem não só os poderes principais a êle atribuídos, como certos deveres que o exercício daquele cargo pressupõe.

Seria decerto preferível que êles fôssem definidos e enumerados separadamente, uma vez que se trata de conceitos inconfundíveis.

O conceito de poder traduz a atribuição de uma competência a ser exercida com certa margem de discricção, de acòrdo com as circunstâncias de interêsse público que ao órgão executivo cabe apreciar, em cada caso. Na noção de dever, ao contrário, nada se deixa ao arbítrio ou à escolha da autoridade, que pode ser judicialmente compelida ao seu cumprimento, ou responsabilizada politicamente por sua eventual omissão.

O art. 87 inclui os poderes presidenciais no sentido próprio — sancionar e vetar projetos de lei, prover os cargos públicos, celebrar tratados e convenções, mobilizar as fôrças armadas, decretar estado de sítio, etc. — poderes que lhe cabe exercer quando entender oportuno e pela forma que julgar mais conveniente ao interêsse nacional. Mas, nas atribuições previstas no artigo mencionado, figuram algumas que nenhum poder ou faculdade conferem ao presidente, mas apenas lhe impõem o cumprimento, sem alternativa, do *ministerial duty* da doutrina americana. E' o que occuré em relação à decretação da intervenção por fôrça de lei ou requisição da justiça, bem como em relação aos itens XVI, XVII e XVIII, em que se impõe ao Presidente a obrigação formal de apresentar mensagem ao Congresso por ocasião da abertura da sessão legislativa, de enviar a proposta do orçamento e as contas do exercício anterior, dentro do prazo certo.

Apesar de parecer casuística, a verdade é que a discriminação do art. 87 não é exaustiva. Encontram-se ainda esparsos, por vários capítulos e artigos da Constituição, numerosos preceitos que fixam outros deveres e definem outros poderes do Presidente.

No tocante aos deveres podemos citar: o de prestar compromisso (art. 83), o de não ausentar-se do país sem licença do Congresso (art. 85), o de convocar o Congresso após a decretação do Estado de sítio (arts. 208 e 211); o de relatar ao Congresso as medidas de exceção postas em prática durante o sítio (art. 214).

Com relação aos poderes, tem o Presidente, além dos que constam do art. 87, os seguintes: o de convocar extraordinariamente o Congresso (art. 39, parágrafo único); o de abrir créditos extraordinários, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública (art. 75, parágrafo único); o de iniciativa das leis (art. 67); em caráter privativo, o de iniciativa das leis que criem empregos em serviços existentes, aumentem vencimentos ou modifiquem a lei de fixação das forças armadas (art. 67, § 2.º); o de autorizar registro de despesa sob reserva, pelo Tribunal de Contas (art. 77, § 3.º); o da direção política da guerra e escolha dos comandantes-chefes das forças em operação (art. 178); o de nomear interventores quando fôr caso (art. 12); o de tomar as medidas admissíveis no estado de sítio (art. 209); os de prover os cargos dos Tribunais da União e do Conselho Nacional de Economia (arts. 99, 103, 110, 112, 126, 205).

6. Considerando a natureza das atribuições de que o Presidente está constitucionalmente investido, alguns autores costumam classificá-las em executivas, administrativas e legislativas.

As primeiras referem-se às prerrogativas tradicionais dos chefes de estado e que se incluem no âmbito de sua competência, mesmo nos regimes monárquicos e nos governos parlamentares. Figuram, entre elas, a promulgação das leis, o comando supremo das forças armadas, a representação de direito internacional, a velha prerrogativa real do direito de graça, que o republicanismo não aboliu.

As atribuições administrativas compreendem todos os encargos derivados da gestão dos serviços públicos, em seus complexos e variados aspectos. São as funções do *general manager* da administração pública que, no direito europeu, como já assinalamos, cabem ao primeiro ministro, mas que, no presidencialismo de origem norte-americana, constituem uma sobrecarga imposta à responsabilidade do Presidente.

Por último vêm as atribuições decorrentes da qualidade de co-legislador, insito na ampla esfera de competência do Poder Executivo.

A Constituição dos Estados Unidos dá ao Presidente, nesse particular, apenas o poder do veto global, o de convocar as casas do Congresso *on extraordinary occasions*, o de encerrar a sessão legislativa em caso de desacôrdo entre o Senado e a Câmara (atribuição esta que parece revogada pelo desuso), o de informar ao Congresso sobre o *state of the Union*, e o de recomendar à sua consideração as medidas que julgar necessárias e úteis.

Em nosso direito constitucional a competência correspondente é mais ampla, permitindo-lhe exercer influência mais direta e mais profunda na elaboração das leis. A nossa Constituição atribui-lhe, expressamente, não só os poderes previstos na Constituição Americana, como ainda os de exercer a iniciativa das leis e de vetar parcialmente os projetos enviados à sua sanção. Esse poder é tanto mais importante quanto, para certa classe de leis — as que criam empregos em serviços existentes, as que aumentam vencimentos e as que modificam, no decurso de cada legislatura, a fixação das forças armadas — a iniciativa cabe exclusivamente ao Poder Executivo (art. 67).

A nossa Constituição dá ao Presidente, por essa forma, uma importante participação na tarefa legislativa. E' o que explica que grande parte da atividade do Congresso seja atualmente dedicada à apreciação das centenas de Mensagens, através das quais o Presidente apresenta projetos de leis. E' excusado dizer, que, entre êles, figuram iniciativas da maior significação para o país, as quais o govêrno considera indispensáveis à realização de seu plano administrativo e que por isso mesmo, e por força do apoio da maioria parlamentar, têm precedência forçada em sua tramitação. Transforma-se assim o Executivo em grande legislador que, aos poucos, vai deixando o Congresso reduzido ao papel de revisor da legislação de origem governamental, que a maioria em regra não recusa formalmente, mas a que pode opor a rejeição resultante de sua inação ou de sua resistência passiva.

O fato verifica-se igualmente no direito americano, com a diferença de que ali a influência legislativa do Presidente deriva não da Constituição, mas de seu papel de chefe do partido que é normalmente o detentor da maioria do Congresso.

7. Theodore Roosevelt, que governou os Estados Unidos de 1901 a 1909, pretendeu adotar o princípio de que o Presidente tem o direito de fazer "tudo o que as necessidades do país exigirem, salvo naquilo que fôr proibido pela Constituição ou pelas leis" (Apud Munro — *The Government of the United State*, pág. 188).

Essa tese está longe de ser aceita pacificamente. Nem por isso é ela de somenos importância na doutrina presidencialista americana, para a qual os poderes do Presidente não são somente os que constam da Constituição, considerando-se que a discriminação constitucional de atribuições não pode ser tida como exaustiva e completa.

No direito europeu, a controvérsia é inexistente porque, como os Presidentes não governam, não há interesse político na exata definição dos poderes a êles teoricamente atribuídos.

No direito americano, vale dizer, no direito presidencialista, êsse problema constitucional é da maior importância, quer do ponto de vista teórico, em consideração à doutrina da separação rígida dos poderes e de seu suposto equilíbrio, quer do ponto de vista prático, pela necessidade permanente de definir-se a linha de separação que deve conter a autoridade discricionária do poder executivo.

O interêsse que a matéria desperta, no direito americano, explica-se pelas condições peculiares que ali se verificam. Trata-se de um país que, a despeito de seu espantoso progresso e da velocidade de suas transformações econômicas, é politicamente regido por uma Constituição elaborada ainda no Século XVIII, quando New York, a maior cidade da federação e sua capital provisória, contava apenas 33 mil habitantes.

Documento naturalmente imperfeito e omisso, que não encontrava modelo em que inspirar-se, a Constituição de Filadélfia decerto não poderia prever, com exatidão, nem a continuada expansão do govêrno federal, nem a enorme soma de poderes de que, no estado intervencionista dos nossos dias, o Presidente seria detentor necessário.

Em outros países, particularmente nos de origem latina, êsse problema, teria solução diversa, pelo periódico ajustamento do texto constitucional às transformações da realidade política. Nos Estados Unidos, porém, predomina, em relação à ordem constitucional, o formalismo conservador do espírito anglo-saxão. Mantém-se aparentemente inalterável uma lei constitucional, preservada nas linhas mestras da estrutura governamental, mas freqüentemente modificada — pelas emendas, pela jurisprudência da Côrte Suprema, pelo desuso, pelas inovações do direito costumeiro — na letra e no espírito de seus preceitos fundamentais.

Desde o início, verificou-se ali que o poder da União não se fortaleceria com a fiel observância do texto constitucional. Não se reformou a Constituição pela forma própria, ou seja pelo processo de emenda, mas a jurisprudência dos poderes inerentes e dos poderes implícitos, deu à competência da União o alargamento que lhe permitiu transformar-se em poder dominador, no esquema federativo interno, e em poder incontrastável no cenário internacional.

Ao tempo de Jefferson, o Govêrno Federal era tão fraco que, segundo êle, não passava de uma espécie de ministério do exterior das treze colônias recém-emancipadas. E foram precisos 150 anos para que a União conquistasse o primeiro lugar na participação das rendas públicas. Nesse período inverteram-se as posições: em 1789 o Estado-membro era ali a entidade política mais importante; hoje a balança pende definitivamente para o lado da União, que detém o primado financeiro e, com êste, a maior fôrça política.

Essa transformação do federalismo só foi constitucionalmente possível graças à doutrina criadora dos poderes inerentes e, sobretudo, dos poderes implícitos.

Essa doutrina, que é pacífica no que diz respeito à definição dos poderes da União não tem tido a mesma fortuna na interpretação dos poderes do Presidente. Na primeira hipótese, tratava-se de fortalecer a União, o que, se prejudicava os Estados, era favorável à unificação política e econômica do país, sem afetar as liberdades públicas. Na segunda, o alargamento dos poderes conferidos ao Presidente teria de dar-se forçosamente em detrimento do Congresso, ou da Côrte Su-

prema, e importaria, além disso, em consagrar-se uma concepção de poder pessoal inconciliável com as tradições da democracia americana.

8. A teoria de poderes inerentes e implícitos remonta, ali, aos primórdios do regime.

Muito antes da famosa decisão do caso *Mc Culloch versus Maryland*, já Hamilton sustentava que “todo poder atribuído a um govêrno é por sua natureza soberano, e inclui, por fôrça do têrmo, o direito de empregar todos os meios adequados e razoavelmente aplicáveis ao atendimento dos fins dêsse poder e que não sejam impedidos em restrições e exceções especificados na Constituição” (*apud Evans — Leading Cases*, pág. 84).

A distinção entre poderes inerentes e implícitos já estava esboçada pelo juiz Wilson desde 1775. Os primeiros estão envolvidos na própria natureza do govêrno e nas exigências das circunstâncias. Os segundos são sempre derivados de uma atribuição expressa, como consequência lógica e indispensável (Evans, *loc. cit.*).

Em relação aos poderes inerentes, parece fora de dúvida que a doutrina não se consolidou e a jurisprudência não se manteve uniforme. Em algumas raras decisões, a Côrte Suprema reconheceu a existência dêsses poderes. Por exemplo, no caso *Neagle*, em 1890, reconheceu-se que o direito de autodefesa constitui poder inerente a qualquer govêrno. No caso *Jones versus United States*, da mesma época, reconheceu-se ao Presidente o poder de subordinar à jurisdição do país (era a questão das ilhas de guano) território adquirido por descoberta ou ocupação. Três anos depois, sustentava-se, em outra decisão, que o contrôle da admissão e residência de estrangeiros é um poder inerente a todo govêrno soberano (*op. cit.*, pág. 86).

Em 1907, porém na decisão do caso *Kansas versus Colorado*, a Côrte Suprema repudiou terminantemente a doutrina daqueles julgados, decidindo que, no direito constitucional dos Estados Unidos, nenhum poder inerente pode ser admitido (Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, vol. I, pág. 50).

9. Os poderes implícitos, ao contrário do que ocorreu com os poderes inerentes, têm tido na jurisprudência e na teoria política, desde o caso *Mc Culloch versus Maryland*, que é de 1819, aceitação quase isenta de controvérsias.

Sustentou Marshall que os poderes dados ao govêrno contém os meios ordinários de execução. O govêrno constitucional é um govêrno de poderes enumerados, mas, nestes poderes, estão logicamente incluídos os que dêle naturalmente decorrem, desde que não impedidos por proibição constitucional.

Sessenta anos depois de Marshall, o *Chief Justice* Waite ampliou a doutrina dos poderes implícitos, sustentando que os poderes conferidos ao govêrno federal não estão confinados aos instrumentos em uso quando se elaborou a Constituição, mas “acompanham passo a passo o progresso do país e adaptam-se aos novos desenvolvimentos do tempo e das circunstâncias” (Macdonald, *American State Government*, pág. 40). Daí explicar-se que o preceito constitucional que, no Século

XVIII, deu poderes à União para regular o comércio interno, sirva ainda hoje para subordinar à competência federal as estradas de ferro e de rodagem, a aviação, as comunicações rádio-telegráficas e até para justificar, com apoio no poder de regular o comércio entre os Estados, a constitucionalidade de lei proibitiva do tráfico de meretrizes (Caso Hoke *v.* United States, *apud* Macdonald, *op. cit.*, pág. 41).

A doutrina também se refletiu na delimitação da competência do Poder Executivo, pois, como escreve Munro “há poderes executivos implícitos tanto quanto há poderes legislativos implícitos” (*The Government of the United States*, pág. 189). Observa êste tratadista que é difícil determinar os exatos limites do “poder executivo”, que a Constituição expressamente determina será investido no Presidente; mas os tribunais têm-se mostrado inclinados a interpretá-lo liberalmente”.

A Constituição, para citar alguns exemplos, atribuiu ao Presidente apenas o poder de nomear os ministros e altos funcionários, com a aprovação do Senado. A jurisprudência entendeu implícito nesse poder o de exonerar os mesmos funcionários, sem a audiência do Senado. O poder de demitir está implícito no de nomear e não no de aprovar, eis em síntese a doutrina consagrada no Myers Case, julgado em 1926.

Da atribuição de velar pela fiel execução das leis decorrem todos os imensos poderes que o Presidente dos Estados Unidos exerce como gestor da administração pública, inclusive o poder regulamentar, que é um poder quase-legislativo de proporções enormes e que é ali partilhado pelo Presidente, pelos Secretários de Estado e pelas comissões regulatórias autônomas.

A Constituição Americana dá ao Presidente a faculdade de celebrar tratados, mas êstes ficam sujeitos à aprovação por dois têrços do Senado. A doutrina dos poderes implícitos, entretanto, reconhece ao Poder Executivo a faculdade de celebrar acordos executivos, independentemente da aprovação senatorial, considerando êsse poder implícito no de comandante em chefe e de responsável pela política diplomática. Teòricamente, seriam ajustes de importância secundária, como as convenções militares, os acordos provisórios ou preparatórios, as medidas de execução de um tratado formal, os protocolos de interpretação, as convenções administrativas (Roger Pinto, *La Crise de L'État aux États-Unis*, pág. 73). Na prática, contudo, tem sido possível concretizar, por êsse meio, atos da maior repercussão na política internacional, como o reconhecimento da “porta aberta” na China, a neutralidade do Canal de Panamá e a cessão de 50 *destroyers* à Grã-Bretanha em troca de bases no Mar das Antilhas, no início da última guerra.

O setor dos poderes militares é, porém, aquêle onde têm sido mais acentuados os efeitos da interpretação expansionista dos poderes implícitos. A Constituição limitou-se a dizer que o Presidente é o comandante em chefe do exército e da marinha dos Estados Unidos, de nenhum modo definindo o que se abrange nessa atribuição. Essa definição vem crescendo progressivamente pelas faculdades associadas

a essa designação, pelas oriundas do costumes e pelas concedidas ou ratificadas pelo Congresso, em cada contenda internacional (Garcia-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 294). Daí a observação de que o poder de comandante em chefe evoluiu “de um simples poder de mando militar para uma vasta reserva de poderes indeterminados para tempos de crise” (Corwin, *The President*, pág. 317).

O direito constitucional americano considera atualmente como implícitos na noção do comando supremo, os seguintes poderes: *a*) de nomeação e destituição dos comandos militares; *b*) de enviar fôrças armadas, mesmo sem declaração de guerra, a qualquer parte do mundo onde haja interêsses americanos a proteger (intervenção na China, em 1900; desembarque no México, em 1913; intervenção na Rússia, em 1918 e intervenções menores nas Repúblicas Antilhanas); *c*) de direção política e estratégica da guerra; *d*) de estabelecer governos militares e nêles exercer poderes praticamente absolutos (destituição dos governos e libertação dos escravos nos Estados secessionistas em 1865; ocupação e govêrno do Japão após a rendição de 1945); *e*) de terminação de hostilidades por meio de armistício (Garcia-Pelayo, *op. cit.*, pág. 295).

10. A natural tendência expansionista dos poderes implícitos terminaria talvez por transformar em ditadura virtual a Presidência dos Estados Unidos se os outros poderes estivessem, por sua vez, restringindo sua ação no terreno constitucional sôbre o qual lhes incumbe desempenhar as suas atribuições.

Sabemos, porém, que isso felizmente não acontece. De certo, o Congresso sempre se mostrou inclinado a tolerar o inevitável fortalecimento da autoridade do Presidente, que em certo sentido é a própria autoridade da nação, na conduta da guerra e nos encargos que dela decorrem no campo da política estrangeira. Todavia nenhum êrro seria maior do que subestimar o poder efetivo e o contrôle final que exercem, naquele país, um Senado que se recusou a ratificar o Tratado de Versalhes e um Congresso que, ainda recentemente, proibiu a remessa de tropas para o exterior sem o seu consentimento prévio.

A despeito das transformações da doutrina constitucional e das vacilações da jurisprudência, é sobretudo na Côrte Suprema que repousam tôdas as garantias de preservação da Constituição e defesa dos direitos fundamentais da cidadania. Sem dúvida, consagrou ela a doutrina dos poderes implícitos e, através desta, concedeu ao Presidente uma autoridade muito mais ampla que a que a Constituição timidamente esboçara. Mas, mantêm êsse elastério dentro de limites razoáveis e sob constante vigilância, de modo a impedir que o Presidente usurpe a autoridade do Congresso ou desrespeite os direitos e liberdades que a Constituição assegura.

Em 1864, em plena Guerra Civil, as autoridades militares da União prenderam um cidadão de Indiana, submeteram-no a uma côrte marcial e condenaram-no à fôrça. A sentença foi aprovada pelo Presidente, no pleno exercício de seus poderes de comandante em chefe, após vários anos de uma guerra que punha em risco a unidade do país

e a sobrevivência da federação. A Côrte Suprema, porém, concedeu-lhe *habeas-corpus* numa decisão relatada pelo juiz Davis, a qual é sem favor, um dos pontos luminosos na gloriosa tradição do judiciário americano. Dela constam êstes ensinamentos imperecíveis:

“A Constituição dos Estados Unidos é uma lei para os governantes e para o povo, tanto na guerra como na paz, e cobre com o escudo de sua proteção tôdas as classes de pessoas, em todos os tempos e sob tôdas as circunstâncias. Nenhuma doutrina envolvendo conseqüências mais perniciosas foi jamais inventada pela argúcia humana que esta de que qualquer de seus preceitos pode ser suspenso durante alguma das grandes exigências do govêrno. Essa doutrina conduz diretamente à anarquia ou ao despotismo, e o princípio de necessidade em que ela se baseia é falso; porque o govêrno, dentro da Constituição, tem todos os poderes que são necessários à preservação de sua existência, como tem sido felizmente provado pelo resultado do grande esforço feito para derrubar sua justa autoridade” (*Ex-parte* Milligan, *apud* Evans, op. cit., pág. 376).

Dentro da maior crise econômica da história americana, empenhado numa verdadeira tarefa de salvação nacional, o segundo Roosevelt teve sua ação contida por decisões judiciárias que causaram profunda repercussão e que à opinião mais liberal do país pareciam uma reação conservadora incompatível com as circunstâncias da época.

11. Em nossos dias, ante uma situação de verdadeira mobilização econômica, para fazer face à eventualidade de nova guerra, vimos a Côrte Suprema proferir uma decisão que decerto terá ressonância histórica. Entendeu o govêrno que uma greve geral na indústria do aço era uma catástrofe para a produção e, ao mesmo tempo, deixava em perigo a segurança do país. Resolveu, por isso, ocupar as usinas e fazê-las trabalhar para a nação, o que evitaria uma paralisação de efeitos tão funestos.

A Suprema Côrte, entretanto, não achou que fôsse inerente à função executiva o exercício de tão ampla autoridade, nem entendeu que ela se pudesse considerar implícita nos poderes militares do chefe da nação.

Diz-se, nessa decisão, de que foi relator o juiz Black:

“O poder do Presidente para expedir a ordem em causa deve derivar ou de um ato do Congresso ou da própria Constituição. Não há lei que expressamente autorize o Presidente a tomar posse de propriedade como êle aqui fez. Nem existe qualquer lei do Congresso... da qual êste poder resulte como razoavelmente implícito”.

“Está claro que se o Presidente tem autoridade para expedir essa ordem, ela deve basear-se em algum preceito da Constituição. E não se sustenta que a linguagem constitucional conceda êsse poder ao Presidente”.

Depois de refutar a alegação de que o poder de ocupação da indústria privada está implícito no conjunto dos poderes que a Constituição concede ao Presidente, diz o julgador que a solução das dispu-

tas trabalhistas é tarefa para os legisladores da nação, não para suas autoridades militares. E conclui:

“Os fundadores desta nação confiaram o poder de fazer as leis exclusivamente ao Congresso, tanto nos bons como nos maus tempos. Não será preciso relembrar os acontecimentos históricos, os receios do poder e as esperanças de liberdade que ficaram por trás daquela escolha. Esse reexame apenas confirmaria o nosso ponto de vista de que o ato em causa não pode prevalecer”.

Quando esse rumoroso caso foi discutido perante a Côrte Suprema o juiz Jackson perguntou ao procurador da República até onde iria a autoridade do Presidente, onde estaria o seu fim. “*The end of it*, respondeu o procurador Perlman, *is always in this Court*”.

Nesta resposta está talvez resumida tôda a doutrina dos poderes implícitos. A autoridade do Presidente é mais ampla do que se diz na letra da Constituição e poderá variar com os tempos e as circunstâncias. Mas é a Côrte Suprema, no seu papel de intérprete e definidora da lei das leis, que compete dizer até onde o poder executivo pode legitimamente estender a sua autoridade.

12. A esta altura cabe indagar-se qual a receptividade que tem encontrado no direito constitucional brasileiro a doutrina dos poderes implícitos. Por outras palavras, indaga-se se aos poderes expressamente outorgados à União e, particularmente ao Poder Executivo, é permitido adicionar outras competências dêles decorrentes e razoavelmente presumidas em sua finalidade constitucional.

Do ponto de vista teórico, a resposta terá que ser afirmativa. A nossa atual Constituição, como as de 91 e 34, adota não só a estrutura como a técnica jurídica do constitucionalismo americano. Governamo-nos por uma Constituição rígida, que estrutura um regime federativo em que à União cabe somente as competências expressamente delegadas, e em que o govêrno nacional é formado à base da separação dos poderes. Nada mais lógico, portanto, do que recorrermos eventualmente ao expediente dos poderes implícitos, para nela assentar algum poder derivado de que o govêrno da União tivesse de utilizar-se para o integral desempenho de seu papel constitucional.

Na prática, entretanto, o que se verifica é que, no Brasil, não se reproduzem as condições que, na grande República Americana, fizeram da concepção dos poderes implícito um expediente indispensável ao funcionamento das instituições governamentais.

Em primeiro lugar, a doutrina dos poderes implícitos é uma contingência da deficiência e da omissão do texto constitucional, através da qual se procura interpretar, extensiva e liberalmente, uma enumeração incompleta. Dessa forma, quanto mais explícita fôr uma Constituição menos se fará sentir a necessidade de procurarmos nela alguns preceitos implícitos.

Em segundo lugar, a doutrina somente se faz realmente útil nas Constituições de duração excepcional, pois só lentamente vão sendo descobertas as omissões mais sensíveis e, só em momentos de crise, se faz preciso adaptar o texto imutável às exigências “dos tempos e

das circunstâncias”. Quando se julgou o caso *Mc Culloch versus Maryland*, que estabeleceu a doutrina famosa, a Constituição dos Estados Unidos já vigorava havia trinta anos.

Ora, a nossa atual Constituição, elaborada mais de século e meio depois da americana, tem quatro vezes a extensão desta e obedece a uma sistematização muito mais perfeita, na qual se refletem os ensinamentos do direito público e as experiências adquiridas, quer em nosso país, quer nas democracias que nos servem de paradigma.

No campo da distribuição de competências, entre a União e os Estados, a doutrina dos poderes implícitos encontra aqui, como nos Estados Unidos, maiores possibilidades de êxito. Ali, porque, na partilha inicial, os Estados se reservaram uma enorme massa residual de poderes, de sorte que só muito lentamente, e graças ao predomínio da jurisprudência de tendência centralizadora, pôde a União construir o grande poder, que hoje desfruta, e impor-se como autoridade preponderante. Aqui, porque se faz sentir constantemente a tendência unitarista que procura cercear, na teoria e na prática, a autonomia dos Estados.

E’ certo que a Constituição ainda reserva a êstes os poderes remanescentes. Mas a verdade é que os poderes expressos da União têm sido tão consideravelmente ampliados nas Constituições que se seguiram à de 91, que aos Estados, embora dotados da faculdade de organizar-se e desfrutando ampla autonomia administrativa, quase nada resta em matéria de competência normativa. Mesmo assim, a inflação legislativa que caracteriza o governo federal tende, a cada passo, a invadir e a perturbar a reduzida esfera da competência estadual. Isso se evidencia sobretudo nas matérias em que à União compete a legislação de princípio. Nela a avidez da União espalha-se sem limites, praticamente nada deixando à competência complementar dos Estados.

Para justificar-se a expansão dessa política legislativa de sentido unitarista, está claro que a doutrina dos poderes implícitos traz uma ajuda substancial.

No que se refere, porém, aos poderes do Presidente da República, cremos que ela terá poucos serviços a prestar. Não nos consta que, nos seis anos de prática da Constituição de 46, já se haja verificado, no elenco das atribuições presidenciais, alguma lacuna de maior importância, a ser suprida por aquêlê expediente.

Enquanto a Constituição Americana catalogou apenas sete ou oito atribuições do Presidente, a nossa, no art. 87, discriminou dezenove, e ainda prevê atribuições expressas, aqui e ali, em pelo menos dezesseis dispositivos esparsos. Embora se considere que as enumerações nunca são realmente exaustivas, podemos crer que a sabedoria dos constituintes dotou a panóplia presidencial de tôdas as armas necessárias.

13. Para começar, tem o Presidente não só o poder de sancionar as leis, como o de expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução. Aí está outorgado, dessa forma, um poder regulamentar ir-

restrito e que cresce de dia para dia, acompanhando e multiplicando os passos de uma legislação a que as exigências da vida contemporânea emprestou proporções tão amplas quanto irreprimíveis. Na faculdade de expedir regulamentos está explícita a responsabilidade pela gestão de todos os serviços compreendidos na administração federal.

Em relação à política exterior, os poderes expressos parecem-nos igualmente completos. Incluem-se nêles o de manter relações com Estados estrangeiros (art. 87, VI), o de celebrar tratados e convenções (VII), o de declarar guerra (VIII), o de fazer a paz (IX), o de permitir o trânsito de fôrças estrangeiras pelo território nacional. A aprovação do Congresso, para muitos dêsses atos, não importa em reduzir aquêles poderes, mas apenas em sujeitá-los a uma forma de controle inerente ao regime democrático.

Quanto aos poderes de natureza militar, também não parece que o Presidente, entre nós, esteja desprovido da autoridade necessária para enfrentar qualquer emergência de guerra ou comoção intestina. A Constituição lhe confere o comando supremo das fôrças armadas, bem como sua administração por intermédio dos órgãos competentes (art. 87, XI). Cabe-lhe decretar a mobilização total ou parcial das fôrças armadas (XII). Compete-lhe ainda, decretar, o estado de sítio e praticar, enquanto suspensas as garantias constitucionais, os atos previstos no art. 209. Está assim explicitamente definida uma autoridade imensa, cuja ampliação, além dos expressos têrmos constitucionais, de nenhum modo se justificaria.

Pelos exemplos aqui considerados parece que o legislador constituinte não deixou, fora dos preceitos claros da Constituição, nenhum recanto onde se pudessem lobrigar poderes adicionais implícitos do Presidente da República.

Não devemos esquecer o estilo latino-americano do nosso presidencialismo, onde o Poder Executivo só permite a coexistência dos demais enquanto lhe reconhecerem o primeiro lugar. Não devemos esquecer que êsse poder é, na realidade da vida política, muito maior do que o configura o texto constitucional, porque o Presidente é, também entre nós, o primeiro chefe de partido e porque, em nossos dias, detém um poder econômico que supera e anula muitas das garantias, das cautelas ou dos freios da Constituição.

Como quer que seja, aqui, como nos Estados Unidos, se tivermos de aplicar a doutrina dos poderes implícitos, devemos considerar, como condição indispensável ao seu reconhecimento, que ela seja definida por lei ou consagrada pela jurisprudência. Seria a postergação do regime da separação de poderes e o repúdio das garantias democráticas essenciais, se o próprio Poder Executivo, à revelia do Congresso e do Supremo Tribunal, se permitisse desvendar, nos refolhos da Constituição, novas e imprevistas inspirações de autoridade e de fôrça.

14. A análise dos textos de direito positivo que delimitam as atribuições do Presidente da República não dispensa a advertência de que os seus poderes não são apenas os que constam dos dispositivos constitucionais.

Observa Laski que as instituições políticas mais importantes acumulam ao seu redor tradições, convenções, formas de comportamento que, mesmo sem atingirem o *status* de lei formal, não são menos formidáveis em sua influência do que a própria lei poderia representar. Essa observação levou o grande pensador político a comparar os processos de governo aos icebergues: o que aparece na superfície pode ser apenas uma pequena parte da realidade que está por baixo (*The American Presidency*, pág. 2).

Nos mares políticos americanos são os Presidentes os icebergues maiores e mais perigosos, de cujos poderes reais as Constituições dão apenas uma visão esquemática.

E' inegável que, nos Estados Unidos, os freios e contrapesos sempre funcionaram com eficiência, a começar pelos de regime federativo, que ali assegura ampla autonomia legislativa e auto-suficiência financeira aos Estados-membros.

No Brasil, porém, como de resto em tôdas as Repúblicas Latino-Americanas, se bem que o direito constitucional escrito reproduza o modelo comum, é incontestável que o Poder Executivo exerce um predomínio muito mais caracterizado.

Deve-se isso, em primeiro lugar, ao fato de que, entre nós, todos aquêles freios e contrapesos da técnica constitucional — a autonomia dos Estados, o *self-government* local, o contrôle do Congresso, a ação revisora da justiça, os partidos nacionais, a opinião pública — são notòriamente mais fracos e estão sujeitos a eclipses freqüentes e, às vêzes, fatais.

Em segundo lugar, as contingências do Estado moderno encontram, entre nós, condições mais propícias à hipertrofia da autoridade presidencial. Note-se, como exemplo, que nada existe na Constituição que dê ao Executivo qualquer atribuição de contrôle sôbre a vida econômica do país. Entretanto, os poderes que o Presidente da República detém, pelo simples fato de poder nomear livremente o presidente do Banco do Brasil, lhe atribuem maior força política do que a resultante das atribuições militares cuidadosamente discriminadas pelo legislador constituinte. A atitude de hostilidade econômica que o Governo da União entendesse de adotar, em nossos dias, contra qualquer Estado, teria força coercitiva mais temível que a dos bombardeios que, há quarenta anos passados, precediam à intervenção federal.

Estas circunstâncias, todavia, não demonstram a inanidade dos processos constitucionais, através dos quais estamos tentando, ainda uma vez, estabelecer e aprimorar um regime político em que a ação dos governantes esteja submetida ao império da lei.

Infelizmente uma conquista dessa ordem, da qual sòmente algumas poucas nações se podem verdadeiramente orgulhar, não depende apenas do patriotismo e da sabedoria revelados na elaboração dos textos de lei. Já os romanos nos ensinavam que as leis pouco significavam sem os costumes, o que vale dizer, nos tempos que correm, sem a base de cultura política, que sòmente se adquire em longa e persistente educação para a democracia.