



Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade

Institutional dialogues: structure and legitimacy

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE*

Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Brasil)
cleve@uol.com.br

BRUNO MENESES LORENZETTO**

Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Brasil)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

Recebido/Received: 08.07.2015 / July 8th, 2015

Aprovado/Approved: 05.08.2015 / August 5th, 2015

Resumo

O artigo versa sobre a tese dos diálogos institucionais como alternativa para a legitimação do controle de constitucionalidade. Apresenta uma visão crítica sobre a dicotomia entre direito e política e sobre a proposta de separação rígida entre os poderes. Expõe a gênese da teoria dos diálogos institucionais no Canadá e traça a diferença entre os casos em que o diálogo efetivamente acontece e quando ele se torna uma demanda normativa. Trata dos questionamentos que foram apresentados às teorias do diálogo e apresenta qual seria sua versão teórica mais

Abstract

The article talks about the thesis of the institutional dialogues as an alternative to the judicial review legitimacy. It presents a critical view on the dichotomy between law and politics and on the proposal for strict separation of powers. Exposes the genesis of the theory of institutional dialogues in Canada and traces the difference between cases where dialogue actually occurs and when it becomes a normative demand. It deals with questions that were presented to the theories of dialogue and presents the one that would be its most promising theoretical version. Reports the

Como citar esse artigo/How to cite this article: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain - Bélgica. Professor Visitante do Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Líder do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR. Foi Procurador do Estado do Paraná e Procurador da República. Atualmente, é sócio fundador do escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados, em Curitiba.

** Professor de Direito do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil e da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2008). Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR.

promissora. Relata os mecanismos para a realização dos diálogos institucionais no Brasil e, por fim, retoma a dicotomia entre direito e política para sugerir a manutenção das instituições em que os desacordos possam continuar a acontecer.

Palavras-chave: Diálogos Institucionais; Jurisdição Constitucional; Legitimidade.

mechanisms for achieving the institutional dialogue in Brazil and, at last, returns to the dichotomy between law and politics to suggest the maintenance of the institutions in which disagreements can continue to happen.

Keywords: Institutional Dialogues; Constitutional Jurisdiction; Legitimacy.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A estrutura dos diálogos: o início da conversa; 3. A promessa (normativa) do diálogo; 4. Diálogos institucionais no Brasil; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Perante o questionamento sobre qual instituição possui as melhores condições para responder casos controvertidos foi formulada a resposta que propugna a manutenção de uma conversa produtiva entre os Poderes. A busca por soluções de casos complexos, os quais demandam respostas institucionais elaboradas, precisa ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na sua confecção e na sua fiscalização posterior.

Tal solução está respaldada nas preocupações atinentes à legitimação das atividades realizadas pelos Poderes. O conjunto de fatos históricos arbitrários que marcaram o século XX conformam sinalizadores fundamentais para indicar que quaisquer decisões proferidas por órgãos públicos precisam de algum respaldo democrático. A edificação de um Estado Democrático de Direito realiza-se “tijolo por tijolo”, em uma contínua construção, numa orquestração social que não tem em seu horizonte um final pré-definido, mas, possui como cerne o necessário intercâmbio entre os aspectos potenciais e as limitações de cada ramo do governo.

A proposta por diálogos tem seu início teórico na separação das atividades pertinentes a cada ramo do Poder. Sob influência dessa ideia, a cisão clássica entre direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de *rule of law* (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 252. Nos termos de Clèmerson Clève: “A tentativa de recuperar o político para o direito é a proposta epistêmica mais interessante, embora ambiciosa, do pensamento crítico voltado para o jus: Não se trata de fazer nova teoria jurídica com pretensão de substituir as escolas jurídicas tradicionais. Do contrário, procura-se criar renovada dimensão para o discurso jurídico, de tal modo que, além das preocupações instrumentais, possa ele conhecer o seu objeto como algo inserido na história.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 139).

No plano da sua produção o direito não pode ser separado da política, pois é fruto da vontade majoritária da sociedade e de disputas políticas que são estabilizadas através da formulação de normas com pretensão de universalidade. No âmbito da aplicação, contudo, a separação entre o direito e a política é defendida como possível e tem como finalidade a não colonização do jurídico pelo político.² A cisão na aplicação procura resguardar, por exemplo, o princípio da legalidade. Porém, ela não deve ser absolutizada, a ponto de ser defendida certa “neutralidade” de magistrados ou a pura instrumentalização do fenômeno jurídico, como se fosse possível afastar por completo a presença de elementos ideológicos no processo de tomada de decisão.

Também auxilia na compreensão da proposta dos diálogos institucionais a definição do conceito de supremacia da Constituição. Sem referido predicado a tensão entre constitucionalismo e democracia perderia sua força. A supremacia da Constituição é um “traço distintivo” que a posiciona em hierarquia superior em relação às demais normas do sistema.³ Espera-se que ela seja o resultado da confluência de uma manifestação política superqualificada da vontade popular,⁴ e se coloque para além da vontade majoritária estabelecida regularmente. Trata-se de um momento constituinte originário, ou de uma produção constitucional “elevada” (higher lawmaking).⁵

De outra sorte, a supremacia constitucional é o fator inicial que habilita a realização da fiscalização de constitucionalidade. Isso ocorre pelo fato de que as normas precisam guardar compatibilidade com os preceitos insculpidos na Carta Magna,⁶ a qual teve papel renovado na definição da organização do Estado:

² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. p. 252-253.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

⁴ A afirmação é feita em sentido normativo, pois, não se desconsidera que mudanças constitucionais possam ocorrer via golpe ou outras formas não democráticas: “As Constituições (...) são elaboradas em quatro grandes cenários: criação ou emancipação de um Estado, reestruturação do Estado após uma guerra, na sequência de movimento revolucionário ou culminando algum processo de transição política negociada.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 161).

⁵ “The Founders were clever fellows, but they made serious mistakes, moral no less than instrumental. And so will every generation. In a democracy, the People of today must have the chance to change their minds about the fundamental choices made by preceding generations. The object of higher lawmaking design is not to frustrate this process, but structure it – so that it occurs when a mobilized citizenry wants it to occur, so that it will proceed in a deliberate and focused fashion, so that changes in constitutional identity will occur, when they occur, in a deliberate and weighty fashion that will gain respect as a *considered* judgment of We the People.” (ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 279).

⁶ “No Brasil, esse controle é desempenhado por meio de dois ritos diversos: a) a via *incidental*, pela qual a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, cabendo ao órgão judicial deixar de aplicar a norma indigitada ao caso concreto, se considerar fundada a arguição; b) a via *principal*, pela qual algumas pessoas, órgãos ou entidades, constantes no art. 103 da Constituição Federal, podem propor uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discutirá a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de determinada lei ou ato normativo.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 299).

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.⁷

Por isso, a concepção que localiza a Constituição como a Lei Fundamental demanda o reconhecimento da sua posição privilegiada no ordenamento jurídico, mas, igualmente, de instrumentais jurídicos que garantam a manutenção de referida qualidade.⁸ Tais mecanismos se colocam em relação com a busca por instituir um Estado Democrático de Direito, com a garantia de direitos fundamentais para os cidadãos e de estruturas procedimentais que estabeleçam condições democráticas de deliberação.

Para tanto, entende-se que o governo precisa tratar a todos com igual consideração e respeito. A concepção liberal de igualdade defende o *igual tratamento*, compreendido como a mesma distribuição de bens e oportunidades para todos, e que *todos sejam tratados como iguais*, ou seja, igual consideração e respeito no que tange à decisão política que promove a distribuição de bens e oportunidades.⁹ Nesse contexto, as decisões em casos controvertidos passam a dispor de faróis normativos que orientam os atores políticos na definição de respostas institucionais dotadas de legitimação.¹⁰

Percebe-se, com isso, que as Constituições acabam por criar instituições que possam implementar os fundamentos basilares do constitucionalismo. Dentre tais ideias está a de que o governo precisaria operar de acordo com um rol previamente

⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 29.

⁹ “O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 419).

¹⁰ “No contexto plural em que vivemos, a comunidade política só se legitima plenamente quando assegura o igual direito de cada indivíduo de viver de acordo com os seus próprios projetos e escolhas existenciais; quando proporciona os meios materiais básicos para isso; quando respeita e valoriza as identidades particulares de cada um dos seus membros. É papel das constituições democráticas garantir esses elementos, que são vitais para a generalização entre os cidadãos do sentimento de pertencimento à comunidade política.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 238).

estabelecido de regras e princípios e que estes deveriam ter como conteúdo a proteção de direitos fundamentais.

Diferentes arranjos institucionais podem ser utilizados para observar as características principais do constitucionalismo, as quais costumam estar dispostas no texto constitucional. Este, por sua vez, é o suporte muitas vezes utilizado para barrar escolhas democráticas majoritárias. Logo, a guarda da Constituição e um conjunto de decisões majoritárias que definem o autogoverno de um povo são os elementos binários da tensão entre constitucionalismo e democracia.

Percebe-se, com isso, que os questionamentos a respeito da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade não são mais uma “questão estrangeira”. Vive-se no Brasil uma crescente vaga crítica ao ativismo judicial.¹¹ Contudo, parte dessas considerações acaba por reproduzir o mesmo equívoco da aposta em uma “última palavra” e olvida a estrutura institucional em que os poderes estão inseridos.

De uma parte, afirma-se que o Executivo possui melhores condições para avaliar casos concretos e que o Judiciário deveria prestar deferência a decisões das agências do governo.¹² Do lado do constitucionalismo popular, o Povo seria o agente ideal para a solução de conflitos.¹³ Há ainda quem defenda que o controle de constitucionalidade devesse ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados nas casas do Parlamento.¹⁴ Tais construções, feitas a partir de diferentes referências ideológicas, as quais

¹¹ Ver sobre o ativismo judicial: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹² VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI: v.2**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

¹³ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004; WILLEMANN, Marianna Montebello. Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade, constitucionalismo popular e humildade institucional. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 43, 2013; CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014. Para uma perspectiva crítica ver: LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006. “Para Waldron, contudo, justificar o controle judicial de constitucionalidade a partir de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ou seja, ignoraria o fato de que as pessoas têm concepções diferentes acerca dos seus direitos mais básicos (da mesma forma que têm concepções diferentes sobre justiça social e políticas públicas). Em decorrência disso, isto é, em face da existência de um amplo desacordo acerca dos direitos fundamentais, a decisão sobre a questão ‘quem deve decidir sobre esses direitos?’ deve ser tomada em igualdade de condições pelos cidadãos em uma comunidade, algo que não ocorre quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária.” (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009. p. 204).

buscam potencializar modos diversos de arranjos institucionais, dirigem-se pela preocupação a respeito da legitimidade da prática da jurisdição constitucional.

Ao invés de romantizar ou pintar uma caricatura inadequada de algum dos Poderes (ou dos agentes políticos) envolvidos nos processos de disputa sobre temas que promovem grandes divergências, entende-se que, nos passos sugeridos pela Justice Ruth Bader Ginsburg, os juízes tem um papel interdependente na democracia, eles sozinhos não definem a doutrina jurídica, mas, participam em um diálogo com outros órgãos do governo, e também com o povo.¹⁵ Por isso, o presente artigo procura analisar as teorias do diálogo institucional e a contribuição que elas podem fornecer para a legitimação da jurisdição constitucional.

2. A ESTRUTURA DOS DIÁLOGOS: O INÍCIO DA CONVERSA

A prática da reprodução de categorias antigas que procuram justificar o atual estado da arte das instituições possui, no campo jurídico, um velho e recorrente autor. Montesquieu e sua doutrina sobre a separação de poderes constitui alicerce para discursos dos mais variados matizes e foi utilizado em diferentes contextos históricos e culturais.¹⁶ O imprescindível filósofo do século XVIII e os avanços que o mesmo realizou nas formulações aristotélicas a respeito das formas de governo não devem ser olvidados, mas, refinados e testados perante uma realidade na qual as instituições de governo passam a adquirir funções híbridas e múltiplas como forma de responder ao aumento da complexidade do mundo social.¹⁷

A partir das lições de Jorge Miranda é possível denotar que a separação de poderes foi consagrada em todas as Cartas constitucionais dos séculos XVIII e XIX, em virtude do artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sua adoção, porém, não foi uniforme. Enquanto na França acabou por prevalecer uma perspectiva mecanicista e a recusa da fiscalização constitucional, nos Estados Unidos, a separação de poderes adquiriu um sentido “coordenador”, de freios e contrapesos, ao que se admitiu, desde o início, o controle de constitucionalidade: “Não por acaso tem-se dito que a Constituição de 1787 é a que melhor tem levado à prática a distinção de um *pouvoir de statuer* e de um *pouvoir d’empêcher*.”¹⁸

¹⁵ GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. **New York University Law Review**, v. 67, 1992. p. 1198.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁷ “Uma ‘nova separação de poderes’ está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias – ou talvez mais. E, assim, nós podemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu (...)” (ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014. p. 15). A expansão institucional que pode ser observada na breve história do CNJ no Brasil é um exemplo da insuficiência do cânone da tripartição para explicar fenômenos contemporâneos.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 383.

Pensa-se, por isso, na contemporânea questão dos desenhos institucionais e não mais na simples replicação da fórmula da tripartição de poderes. A criação de novas instâncias de poder não pode ser feita de maneira inadvertida sobre sua estrutura e suas diretrizes normativas, ou seja, seus poderes dentro do governo e suas finalidades. Ademais, tratar de um poder é também versar sobre seus limites, com a lembrança de que, em termos gerais, se a um poder é conferida determinada competência, aquilo que se espera é que ele venha a exercê-la para justificar sua existência e sua continuidade, mas, além disso, devem-se considerar as possíveis consequências do mau funcionamento de determinada instituição.¹⁹

Para Conrado Mendes, a distribuição das faculdades de instituir e de vetar em diferentes agentes públicos conduz a um desenho institucional, no qual é feita a distribuição de poderes, a determinação dos objetivos e dos canais de comunicação entre eles, até que uma decisão venha a ser tomada, após o crivo de diferentes agentes. Nessa arquitetura, a fiscalização de constitucionalidade comporia mais um veto na rede de faculdades que perfaz a separação de poderes.²⁰

Os processos de modelagem das instituições representam um importante passo na definição não apenas teórica e normativa de quais deveriam ser as funções idealizadas de cada um dos poderes. Apresentam um convite para a reflexão a respeito da insuficiência da visão tradicional sobre a separação de poderes e indicam que a busca por determinar fronteiras intransponíveis entre eles não apenas é pouco prática, mas, indesejável.

Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos

¹⁹ De acordo com Jorge Miranda: "O princípio da separação de poderes vai, pois, permanecer como princípio de organização ótima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão. Daí uma dimensão *positiva*, a par de uma dimensão *negativa*, de controlo e limitação de poder. E, conseqüentemente, reconhece-se a necessidade de um *núcleo essencial* de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata." (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 385).

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132.

jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria.

A fiscalização de constitucionalidade é uma estrutura que está inserida na tensão e no diálogo entre os poderes e pode ser justificada desde uma perspectiva institucional, que procura apontar os aspectos positivos de ela atuar na ordem da separação dos poderes como um “contrapoder”,²¹ ou em termos da proteção de um conjunto de direitos fundamentais, em que os direitos funcionariam como “trunfos” contra práticas políticas majoritárias inadequadas.²²

Tome-se o emblemático caso canadense, sublinhado como importante marco no que tange à prática dos diálogos institucionais. Diante da edição da “Carta de Direitos e Liberdades” em 1982 o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade foi suscitado. A resposta para tal dificuldade foi a de que o controle seria parte do *diálogo* entre juízes e legisladores;²³ por isso, nos casos em que a decisão judicial se abre para correções pelo Legislativo, pode-se dizer que se está a estabelecer um diálogo interinstitucional.

Em solo canadense é possível observar a continuidade de decisões institucionais nas quais a decisão judicial pode ser revertida, modificada ou evitada por uma nova lei. Os diálogos institucionais poderiam substanciar uma restrição ao processo democrático. Entende-se, todavia, que as práticas de revisão das leis editadas e do acomodamento das decisões da jurisdição constitucional são características importantes do próprio jogo democrático.²⁴

Nesse sentido, a Carta de Direitos canadense acabou por agir como catalisadora dos intercâmbios entre o Judiciário e o Legislativo, ao não erguer uma barreira intransponível para as decisões tomadas pelas instituições. A ideia de diálogo institucional, por isso, não teve uma de suas gêneses sobre uma demanda normativa para que as instituições dialogassem. No Canadá, elas de fato trocavam experiências e isso se deve aos casos em que o controle de constitucionalidade foi seguido por uma ação providenciada pelo corpo legislador responsável.²⁵

²¹ “Esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema política contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27).

²² DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

²³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997. p. 79.

²⁴ “The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process.” (HOGG, Peter W.; BUSH-ELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 80).

²⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 82.

A realização da jurisdição constitucional no Canadá é amparada por um conjunto de níveis de escrutínio ou de fiscalização (*standards of review*), pois, a Carta de Direitos, em sua seção 1, estabelece que os direitos garantidos precisam observar os limites razoáveis definidos pela lei e que possam ser justificados em uma sociedade livre e democrática.

Os níveis de escrutínio da seção 1 foram estabelecidos no caso *R v. Oakes* (1986), o qual dispõe que: 1) a lei deve perseguir um objetivo importante; 2) a lei precisa estar racionalmente conectada com seu objetivo; 3) a lei não pode limitar o direito para além do necessário para atingir o seu objetivo; 4) a lei não deve ter um efeito desproporcionalmente severo quando aplicada em seus destinatários.²⁶ Boa parte das disputas jurídicas acaba por se centrar no ponto 3, ou seja, a lei é declarada inconstitucional por não buscar seu objetivo pelos meios menos restritivos de um direito protegido pela Carta.²⁷ Ainda, a seção 1 possibilita a resposta institucional por parte do legislador, que pode defender a manutenção da lei com base no ponto 4, ao argumentar que a legislação procura atingir determinados objetivos através dos meios menos restritivos possíveis.

A solução buscada pelos canadenses não consiste em apostar na participação popular direta como corretora das decisões tomadas pelas Cortes, mas, na própria estrutura institucional e na contínua tradição dialógica estabelecida entre os Poderes.²⁸ As decisões advindas da jurisdição constitucional são observadas como provocações para o diálogo, pois, trazem para a arena pública temas controvertidos que poderiam ficar adormecidos e, além disso, forçam a realização de uma nova discussão a respeito da matéria. No caso de leis antigas, a nova rodada de debates serve para restaurar a legitimação em torno da lei eventualmente declarada inconstitucional.²⁹

A ideia de diálogo interinstitucional não procura impedir que as discussões venham a extravasar o âmbito da jurisdição constitucional, logo, o diálogo pode ter continuidade para além das Cortes. No caso canadense as decisões abrem espaço para uma resposta legislativa; nesse cenário, o controle de constitucionalidade não se torna um veto sobre as decisões políticas, mas o *início da conversa* no sentido da busca pela

²⁶ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. p. 84-85. RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Belloso; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça: jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 624.

²⁷ Ver sobre o caso dos níveis de escrutínio nos Estados Unidos: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional*. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, 2015.

²⁸ Tanto que os casos em que não foi possível o diálogo entre a Corte e o Legislativo são excepcionais. HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. p. 96.

²⁹ A respeito da cláusula não-obstante (*notwithstanding clause*) ver: LORENZETTO, Bruno Meneses; MELLO, Tanya Kozicki de. *Revisão legislativa dos atos jurisdicionais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

reconciliação entre os valores da Carta de Direitos e as políticas sociais e econômicas editadas pelo Parlamento.³⁰

A tese dos diálogos institucionais atravessou os muros das universidades e passou a ser efetivamente utilizada em decisões de Cortes Constitucionais. Diante do modelo fraco de controle de constitucionalidade adotado no Canadá, o mesmo não significa a *última palavra* e, sob este viés, a ideia de diálogo consistiria em abrir espaço depois da decisão judicial para respostas pelo Legislativo.

No caso *Vriend v. Alberta* (1998) o Justice Iacobucci fez menção expressa à tese dos diálogos: “Como eu vejo a questão, a *Carta* tem dado origem a uma interação mais dinâmica entre os Poderes. Esta interação foi apropriadamente descrita como um ‘diálogo’ (...)”³¹ Além disso, o Justice procurou afastar a leitura simplista da democracia como a regra da maioria, especialmente nos casos em que interesses de grupos minoritários são afetados.³²

O apelo democrático do controle de constitucionalidade realizado Canadá tem sua lógica específica. Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei o papel de reconstrução cabe ao Legislativo – esta é a ideia de diálogo. O parlamento possui em seu favor o fato de ser democraticamente eleito e detentor da possibilidade de impedir a fiscalização constitucional através do uso da seção 33 da Carta de Direitos, a qual anula qualquer controle de constitucionalidade ao suspender as proteções da própria Carta por um período de tempo limitado. A forma final da lei cabe ao legislador, caso esse assim o queira.³³

A tese do diálogo apresenta, por isso, uma série de razões para repensar a legitimidade do controle de constitucionalidade e o papel das Cortes na fiscalização legislativa. Nos casos em que a Corte entende que o Legislativo está em uma posição institucional mais vantajosa para decidir a questão controvertida, ela pode abrir uma

³⁰ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. p. 105. A tese foi mantida pelos autores em artigo posterior: HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited – or ‘much ado about metaphors’*. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 45, 2007.

³¹ “In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.” *Vriend v. Alberta* (1998).

³² O caso tratava de uma omissão legislativa da província de Alberta. O código da província incluía todas as proteções típicas dos códigos canadenses de proteção de direitos fundamentais, mas era omissão no que tratava da proteção contra discriminação com base na orientação sexual. Delwin Vriend apresentou o caso perante a Corte Constitucional por ter sido demitido de uma faculdade em razão da sua orientação sexual e não encontrar respaldo na legislação de Alberta para o seu pleito. A decisão da Corte foi no sentido de que a omissão legislativa representava uma violação à garantia da igualdade protegida pela Carta de Direitos e Liberdades.

³³ HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 13.

oportunidade para a manifestação do Parlamento ou assumir posição deferente perante a lei estabelecida pela via democrática tradicional.³⁴

Isso, porém, não quer dizer que a Corte está a renunciar sua responsabilidade fiscalizatória perante os outros Poderes, apenas decide que outros poderes podem primeiro apresentar remédios para corrigir a violação Constitucional. Caso essa oportunidade ofertada pelo Judiciário não seja utilizada, a declaração de inconstitucionalidade toma lugar e afasta a lei do ordenamento jurídico.

A postura dialógica ou preventiva, que garante a oportunidade para a manifestação do Legislativo, também foi encampada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Luís Roberto Barroso endossa explicitamente essa mudança de racionalidade na postura do Tribunal.³⁵ Isso pode ser observado em diferentes ocasiões em que o Ministro demandou a manifestação do legislador, ao garantir determinados períodos para que este se pronunciasse.

No julgamento sobre a perda do mandato de parlamentares, Questão de Ordem na Ação Penal 606, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.08.2014, DJe 18.09.2014, o Ministro asseverou que:

Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.

No RE 661.256, em 09 de outubro de 2014, o Ministro afirmou que:

Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes. A solução aqui alvitada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem.

³⁴ HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 15-16.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2014. **Consultor Jurídico**, 31 dez. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 07.07.2015. No mesmo sentido: “Em alguns casos, tenho adotado uma posição doutrinária que se denomina de ‘diálogos institucionais’, que é uma interação entre o Judiciário e o Poder Legislativo, o chamado apelo ao legislador.” (BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. **Consultor Jurídico**, 02 jul. 2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 07.07.2015).

No julgamento da ADI 4357, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013, DJe 26.09.2014, que trata do regime especial de pagamento de precatórios pelos estados, Distrito Federal e municípios, o Ministro Luiz Fux já havia arrazoado o seguinte:

(...) parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotadas de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É tênue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais.

Porém, deve-se perceber que a diferença entre as culturas jurídicas brasileira e canadense são significativas. Enquanto no Brasil, em decorrência da opção teórica de certos Ministros do Supremo Tribunal Federal para a promoção da conversa institucional, pode-se dizer que os diálogos ocupam um espaço de uma meta a ser buscada para o aprimoramento dos arranjos institucionais. No Canadá, os diálogos fazem parte da prática contínua da atuação limitada da Corte Constitucional, a qual espera respostas por parte do legislador e inclusive, decide sobre leis que já foram corrigidas pelo parlamento após o controle de constitucionalidade (*second look cases*).³⁶

A diferença seria, por isso, que no Brasil o diálogo institucional adota um caráter normativo enquanto no Canadá ele se transformou em um instrumental recorrente na interação entre os Poderes.³⁷ Ademais, a tese dos diálogos sozinha não é suficiente para justificar a fiscalização constitucional. Logo, trata-se na sequência da perspectiva normativa do diálogo e das críticas que a teoria recebeu.

3. A PROMESSA (NORMATIVA) DO DIÁLOGO

³⁶ "(...) the notion of dialogue that we proposed in 'Charter Dialogue' was descriptive rather than normative. We described how legislatures *did* behave – rather than how they *should* behave – following a court decision striking down one of their laws on *Charter* grounds." (HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 26).

³⁷ "No Brasil, houve a tentativa de aprovação da PEC 33, que facultaria ao legislativo a possibilidade de superar as decisões do Supremo Tribunal Federal, em modelo muito parecido com o estabelecido no Canadá. Todavia, os efeitos no Brasil, para nosso entendimento, seriam nefastos (...)" (RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Bellosio; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça**. p. 624).

A justificação para o controle de constitucionalidade – se há alguma preocupação com a legitimidade da fiscalização constitucional – não pode ser conferida apenas pela teoria dos diálogos institucionais. O fato de que as Cortes Constitucionais efetivamente oportunizam uma conversa com o legislativo ou deveriam fazê-lo, não é suficiente para solucionar a dificuldade contramajoritária. Além disso, argumentos críticos da tese dos diálogos institucionais indicam outros pontos de divergência sobre a questão.

Afirmam que a teoria seria falha quando a palavra final sobre a interpretação constitucional cabe aos tribunais. Para os críticos, o problema estaria no pressuposto do monopólio judicial da interpretação correta enquanto o Legislativo não teria os meios efetivos para afirmar sua interpretação.³⁸ Anotam que as decisões tomadas por Cortes Constitucionais podem distorcer políticas e assumir o controle da agenda legislativa.³⁹ E que a teoria foi utilizada tanto para defender posturas de deferência judicial como para legitimar o controle de constitucionalidade.⁴⁰

A série de interrogações é importante, pois acaba por suscitar temas fundamentais a respeito da relação entre constitucionalismo e democracia. O questionamento sobre a palavra final se conecta com o tópico da supremacia constitucional e com a necessidade de um corpo de agentes que tenha o poder para dizer qual é o sentido dos direitos resguardados pela Constituição.

Outro aspecto relevante diz respeito ao arranjo institucional determinado pela Constituição de cada país. Em determinados contextos o controle de constitucionalidade não é uma ferramenta que se sobressaia diante da atividade legislativa, em outros, porém, o controle de constitucionalidade assume expressão forte e definitiva.⁴¹ Propostas que almejem modificar tais construções precisam, ao mesmo tempo, transformar o design institucional e justificar a revisão na tradição governamental.

Também deve ser observado que na presença do controle de constitucionalidade, o legislador pode ser levado a prestar maior atenção em apelos realizados por grupos minoritários que venham a ser excluídos de maneira injustificada da arena

³⁸ “The third, and most crucial, flaw in the normative argument is its assumption of a judicial monopoly on correct interpretation.” (MANFREDI, Christopher; KELLY, James B. Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, 1999. p. 523).

³⁹ MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough: Broadview Press, 2000. p. 157.

⁴⁰ “When dialogue is invoked to support activism in one case and its opposite in another, it is difficult to conclude that principles matter to the Court. Decisions appear instead to follow a political barometer which tells the judges either that the legislature has been progressive and that its law should be upheld, or that the legislature has acted regressively, in which case the *Charter* can be enforced. Though the institutions may be placated, the concept of *constitutional* rights is certain to be compromised.” (CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: a comment on R. V. Mills. *Alberta Law Review*, v. 38, 2001. p. 1063).

⁴¹ “The design differences are significant and should be studied, but the idea that there should be dialogue between courts and legislatures with respect to the treatment of rights seems to be gaining ground.” (ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. *Supreme Court Law Review*, v. 23, 2004. p. 50).

pública ou não recebam a devida proteção de seus direitos. Ademais, de acordo com os aspectos institucionais de cada país, há a possibilidade de as decisões tomadas pela Corte Constitucional serem revertidas pelos legisladores competentes, quando estes considerarem o seu resultado inaceitável.⁴²

Sobre o questionamento da distorção de políticas e da usurpação da titularidade da agenda política, a proposta dos diálogos parece institucionalmente interessante, pois, a política não deve ser pensada como uma via de mão única ou como exclusiva do parlamento. A existência de dispositivos que possam servir para provocar os outros ramos do Poder a conferir uma resposta institucional sobre determinado tópico é não apenas condizente com os termos democráticos, mas também, uma maneira de enriquecer os conteúdos produzidos nesses diálogos.

Logo, faz parte do amadurecimento das democracias a tradução de desacordos profundos e irreconciliáveis em espaços adequados de deliberação, como meio de resguardar a própria democracia. Não se espera, com isso, que os diálogos conduzam necessariamente a um consenso ou que a parte que possui melhores razões venha efetivamente a prevalecer. Há, afinal, uma série de fatores passionais que podem levar a formação de consensos e a tomada de decisões casuísticas para além dos bastiões da racionalidade. Aquilo que se combate são os “monólogos majoritários”,⁴³ pois, em uma democracia, os desacordos irão surgir, mas, as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer.

A crítica de que a tese dos diálogos pode ser utilizada tanto para justificar uma postura ativa como deferente por parte do Judiciário na realização do controle de constitucionalidade tem dupla resposta. Por um lado, isso apenas reafirma a insuficiência dos diálogos na justificação da fiscalização constitucional, porém, por outro lado, deve-se observar que a crítica é deslocada, pois as maneiras plurais pelas quais uma teoria é manejada por certa instituição não podem representar a morte da própria teoria,⁴⁴ ou seja, a prática e a necessidade de diálogos interinstitucionais continuam importantes, ainda que ela venha a ser utilizada de maneira distorcida por tribunais. Mesmo porque,

⁴² No caso do Canadá, há inclusive a possibilidade da disposição da cláusula não-obstante. HOGG, Peter; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 40.

⁴³ ROACH, Kent. *Dialogic Judicial Review and its Critics*. p. 75.

⁴⁴ Os autores identificam cinco momentos distintos em que a teoria foi utilizada: “First, some judges have invoked the idea of dialogue in seeking to justify judicial review. Second, some judges have invoked the idea of dialogue in opposing the reading down of legislation in a *Charter* case. Third, some judges have invoked the idea of dialogue as a reason for suspending declarations of invalidity in *Charter* cases. Fourth, some judges have invoked the idea of dialogue in the context of a case considering the exercise of remedial discretion under section 24 of the *Charter*. And finally, some judges have invoked the idea of dialogue in second look cases, at times as a reason for deferring to the legislative judgment, and at other times to remind legislatures that the courts will not automatically defer to the legislature simply because it has revised and re-enacted an invalid law.” (HOGG, Peter; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited*. p. 52-53).

de sua estrutura não é possível derivar em definitivo uma posição ativa ou deferente sobre o controle de constitucionalidade.

Tal demanda seria correspondente à busca por definir quantas vezes uma pessoa precisa concordar com a ideia de outra em um diálogo. Pode ser que uma das partes mude de ideia, pode ser que ambas as partes mudem suas convicções ou que tudo fique da mesma maneira. No que diz respeito aos aspectos estruturais da teoria dialógica, a preocupação se volta para a continuação das instituições e do diálogo entre as partes. No que tange à administração pública, ela precisa fornecer uma resposta (parcialmente) estabilizadora para os problemas que lhe são apresentados, independentemente se o resultado dela tenha advindo de uma deferência do Judiciário ou de uma declaração de inconstitucionalidade.

Diante das dificuldades encontradas para justificar o controle de constitucionalidade por diferentes correntes que afirmam que esse dispositivo deva ser utilizado, a teoria dialógica buscou enfatizar não os aspectos interpretativos que deveriam ser empregados pelos magistrados na formulação de suas decisões, mas qual a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional. Assim, não se trata mais de (apenas) ressaltar a importância dos valores morais fundamentais resguardados pela Constituição, mas, como definir as estruturas de Poder de modo que a produção de decisões não seja o resultado de “monólogos”.

Logo, a produção do sentido da Constituição é uma tarefa que envolve a colaboração de outros agentes políticos para além do Judiciário.⁴⁵ A aposta da teoria é que com a agregação de conhecimentos advindos de diferentes fontes, a dificuldade contramajoritária seria atenuada, pois, os outros Poderes e o próprio povo seriam partícipes na construção do significado constitucional.⁴⁶ O diálogo seria uma garantia de que os ramos do Poder que precisam periodicamente prestar contas de suas atividades para seus eleitores, respondam às decisões judiciais com as quais eles não concordam.⁴⁷

A premissa de que a última palavra se torna relativa está pautada pela possibilidade de os poderes submetidos à *accountability* disputem o espaço político eventualmente ocupado pelo Judiciário. Uma vez que a estrutura institucional moldada para a

⁴⁵ Richard Fallon entende que as Cortes Constitucionais possuem uma vantagem institucional em relação com outros ramos do Poder para discutir questões de princípio. Porém, as Cortes não podem ser compreendidas como apenas um fórum de princípio, pois, também possuem como dever a implementação da Constituição. Tal atividade é uma função coletiva que envolve outras instâncias do governo e, de fato, a responsabilidade inicial da implementação dos dispositivos constitucionais pertence aos ramos políticos do governo. FALLON, Richard. **Implementing the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

⁴⁶ “A *idéia fundamental da democracia* é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento público.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 57).

⁴⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. p. 1118.

efetivação de um Estado Democrático de Direito acaba por redundar na judicialização da política – a qual pode ser observada tanto no Brasil, após a Constituição de 1988, como e em outros países –,⁴⁸ espera-se que possam existir mecanismos institucionais por meio dos quais as decisões judiciais possam ser reformadas pelo legislador.

Não se trata, com isso, de compactuar com uma difícil idealização de que as decisões políticas deveriam ser tomadas apenas no âmbito parlamentar, pois, os próprios legisladores passaram a recorrer ao Judiciário para dar continuidade às discussões em que, eventualmente, tenham sido derrotados. O diferencial, contudo, está no fato de que, uma vez transposta a porta da Justiça, deve ser feita uma necessária adequação gramatical do conflito que antes tinha vazão nos limites da garantia fundamental da liberdade de conformação dos parlamentares.

Há um conjunto normativo a ser observado, assim como há outra racionalidade que administra o Judiciário. Os discursos explicitamente políticos devem dar vez aos argumentos com base em normas, na jurisprudência, na doutrina, em pareceres e não mais na opinião dos representantes do povo. Porém, isso não elimina a possibilidade da continuação de desacordos vigorosos entre as partes polarizadas politicamente e, também, de um agir estratégico por parte do Tribunal, para evitar que suas decisões venham a ser atacadas pelo Legislativo.⁴⁹

Em termos gerais, observa Christine Bateup, quanto mais normativa a teoria dialógica, menor a sua capacidade de tratar dos problemas relacionados com a legitimação do controle de constitucionalidade de maneira adequada. Assim, as teorias que defendem os diálogos institucionais podem ser divididas em, ao menos, três tipos. Primeiro, no início do vetor estão aquelas que fazem uma avaliação positiva dos contextos institucionais em que cada um dos ramos do Poder opera e desenvolvem suas propostas normativas a partir deste delineamento. Na continuidade, surgem teorias que reconhecem que as decisões judiciais não precisam ter a “última palavra”, e propõem como deveria ocorrer o diálogo institucional com fundamento neste fato. No fim estão as teorias que se afastam de um foco claro na dinâmica positiva entre os Poderes e enfatizam as condições ideais de como o diálogo deveria ocorrer.⁵⁰

Por isso, Bateup sugere aquilo que chama de uma “fusão dialógica”, na qual as melhores teorias do diálogo, encontradas no “equilíbrio” e na “associação” são sintetizadas.⁵¹ As teorias do “equilíbrio” propõem um modo diferenciado de pensar o lugar pri-

⁴⁸ FERREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law. Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002.

⁴⁹ Para Bateup: “In addition, the political branches of government can, and frequently do, challenge judicial decisions by enacting new legislation that tests or attempts to restrict court rulings. (...) Given the existence of these institutional constraints that serve to keep judicial decisions within democratic limits, the overwhelming reliance on objective interpretative theories in constitutional scholarship thus appears to be misplaced.” (BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 119).

⁵⁰ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1121.

⁵¹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. p. 1112.

vilegiado ocupado pelo Judiciário no diálogo constitucional, de maneira a não ofuscar o legislador. O papel dos magistrados se concentra no fomento de amplas discussões constitucionais na sociedade que levem a um equilíbrio a respeito do sentido constitucional debatido.⁵² As teorias da “associação” estão centradas no reconhecimento de que os diferentes ramos do governo podem fazer contribuições diversas para o diálogo constitucional de modo a não privilegiar apenas o Judiciário. Neste caso, cada um dos poderes aprende com os aportes dos outros, logo, atores judiciais ou externos são concebidos como igualmente legítimos no processo de tomada de decisão constitucional.⁵³

A fusão dialógica, apresentada por Bateup, teria o potencial de resolver o problema da legitimação e forneceria uma visão abrangente dos aspectos sociais e institucionais do diálogo constitucional. De um lado, defende a ampliação dos debates constitucionais, com o Judiciário como promotor e facilitador de tais discussões, procurando incluir o povo como um parceiro na construção dos sentidos constitucionais e das mudanças ocorridas na sociedade. Do outro lado, procura resolver a dificuldade contramajoritária ao propor que tanto juízes como legisladores possuem perspectivas institucionais únicas, devido às suas posições separadas, mas interconectadas. Logo, se os ramos do Poder estiverem abertos para escutar e aprender com perspectivas diferentes das suas, pode-se esperar que melhores respostas serão formuladas para os problemas referentes aos sentido constitucional em disputa.⁵⁴

4. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

Como já foi acima referido, a teoria dos diálogos institucionais, no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições.⁵⁵

Perante o conjunto de reformas promovidas no Judiciário nacional nas duas décadas passadas, é possível afirmar que a jurisdição constitucional brasileira ganhou

⁵² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. p. 1157. Nesse sentido ver: FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 91, 1993; POST, Robert C. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. *Harvard Law Review*, v. 117, 2003.

⁵³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. p. 1168. Ver: WHITTINGTON, Keith E. *In Defense of Legislatures*. Political Theory, v. 28, 2000; HIEBERT, Janet. *Charter Conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

⁵⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. p. 1174-1175.

⁵⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

feição “concentradora” e “vinculante”, características que foram somadas ao advento da súmula vinculante e necessidade da demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário.⁵⁶

No que diz respeito ao tipo de deliberação, externa ou interna, para Virgílio Afonso da Silva, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade pode ser considerado um modelo extremo de deliberação externa,⁵⁷ eis que, no Supremo Tribunal Federal não é a praxe a troca de votos entre os ministros, de modo que a oportunidade para complementar ou reconsiderar os votos é diminuta, os ministros “não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal”.⁵⁸ Além disso, não há uma “unidade institucional decisória”, ou seja, o STF se limita a agregar os votos dos ministros e, como consequência, pode-se observar uma “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”.⁵⁹ Isso dificulta, por exemplo, a distinção entre os aspectos da decisão que são apenas argumentos auxiliares para o voto, as *obiter dicta* e os motivos efetivos que levaram à decisão, as razões de decidir (*ratio decidendi*).

Desse modo, o aperfeiçoamento da deliberação interna no Supremo Tribunal Federal demandaria uma maior interação entre os seus ministros, como a troca dos votos e formação de uma posição institucional que não se limitasse a um aglomerado de votos. Tais modificações poderiam ser conduzidas através de alterações regimentais e não demandariam emendas à Constituição. Todavia, precisariam, acima de tudo, de mudanças na compreensão institucional da Corte por parte de seus ministros, que precisam aceitar a contraproduzibilidade dos monólogos institucionais.⁶⁰

Para além do âmbito intrainstitucional, no que diz respeito ao diálogo com os outros Poderes, há mecanismos de superação normativa das decisões do STF. Conforme anota Rodrigo Brandão, o método típico que o Congresso Nacional utiliza para superar o controle de constitucionalidade concentrado é a edição de Emendas à Constituição.⁶¹ Entretanto, também é possível observar a contribuição da Corte para o aprimoramento das interpretações constitucionais realizada no âmbito legislativo:

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 216.

⁵⁷ Na deliberação interna, ocorre a troca de informações entre os membros de uma instituição, enquanto na deliberação externa, a preocupação está voltada para o convencimento de atores externos.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 217.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 217.

⁶⁰ “Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é precisa repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições.” (SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. p. 219).

⁶¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 289-290.

(...) deve-se reconhecer que a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais. Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos muito ruins. Já o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais nos quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de interesses especialmente articulados em sede parlamentar.⁶²

Ademais, no que tange à interação entre o Supremo Tribunal Federal e o povo, os mecanismos da audiência pública e do *amicus curiae* são instrumentos potenciais para o aprimoramento substantivo da formação das razões públicas que devem ser apresentadas pelos ministros na fundamentação de suas decisões.

Em sintonia com a preocupação acerca da legitimação democrática da fiscalização constitucional, tais mecanismos abrem o STF para aportes diretos de partes interessadas nos casos em discussão, as quais podem conferir maior realidade na produção das decisões, pois, os casos passam a ganhar rostos e narrativas reais, e isso, apesar de não ser a pedra angular das decisões, é fundamental para o seu enriquecimento epistêmico.⁶³

Podem-se observar, ainda, os casos em que o Supremo Tribunal Federal busca provocar os diálogos, pois, de fato, há matérias que, em princípio, reclamam a participação do legislador em sua definição. Trata-se de uma iniciativa episódica, abraçada por uma parcela dos ministros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao reconhecer que a relação entre os Poderes pode ocorrer de formas plurais, procurou-se delinear os aspectos centrais relacionados à teoria dos diálogos institucionais. As considerações sobre os lugares institucionais ocupados por cada um dos Poderes não podem mais ser utilizadas como sinônimo de fronteiras intransponíveis. Como alternativa, encaminha-se para considerar o diálogo intra e interinstitucional.

⁶² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. p. 299.

⁶³ Com precisão, Vanice Lírio do Valle e Cecília de Almeida Silva pontuam que: “O ponto nodal de tudo isso está em aprofundar a reflexão sobre qual seja o elemento definidor dessa abertura dialógica – ou da negação dela – no exercício da jurisdição constitucional no sistema brasileiro. Afinal, se os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública se revelam legitimadores da decisão, posto que viabilizadores da abertura no debate sobre o sentido constitucional, o afastamento de qualquer um deles estaria a recomendar, quando menos, uma decisão mais substantiva no que toca às suas razões determinantes.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out./dez. 2010. p. 126-127).

As fronteiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A respeito de tal fenômeno, pouco pode ser feito para que as coisas voltem a um lugar idealizado em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos para além da relação tradicional de representantes e representados. Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (*address*) a questão.

Por outro lado, exceto do ponto de vista processual, a concepção de que o Judiciário deve possuir a palavra *final* para a resolução dos conflitos precisa ser mitigada. O Judiciário pode vir a ser o *locus* final de um conflito, mas, não necessariamente. A alternativa que considera a importância da manutenção das instituições, sem que isso signifique um conservadorismo autorreferenciado, precisa ser complementada pela abertura de tais instituições para aportes epistêmicos provenientes dos outros Poderes e das partes atingidas pelas decisões.

A reflexão sobre o Judiciário como detentor da palavra definitiva é importante para evitar a imobilização e a manutenção de um *status quo* injustificável. Diante da demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, também pode ser formulada a demanda para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica. Em razão da perspectiva única que os juízes podem fornecer para os casos e da expectativa de maior durabilidade das respostas formuladas por eles para questões constitucionais, precisa-se considerar, em termos mais amplos, a necessidade da continuidade da conversa entre os ramos do Poder e o povo, ou seja, a manutenção dos espaços públicos de deliberação:

Por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das ‘sequências legislativas’, e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o direito e a política precisam de ‘últimas palavras provisórias’, precisam também de continuidade.⁶⁴

Logo, percebe-se que a política é uma forma social complexa, a qual pressupõe que os desacordos devam ser resolvidos através dos meios institucionais estabelecidos, mas, de igual sorte, pressupõe que os atores políticos irão continuar a discordar a propósito de suas agendas e objetivos políticos. O direito, por outro lado, está pautado

⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 238.

pela presunção da formação de acordos, mas não necessariamente no fato de que consensos serão alcançados.⁶⁵

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas,⁶⁶ a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.

6. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI: v.2**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. **Consultor Jurídico**, 02 jul. 2015. <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 07.07.2015
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2014. **Consultor Jurídico**, 31 dez. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 07.07.2015.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁶⁵ POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics. **California Law Review**, v. 98, 2010. p. 1323.

⁶⁶ POST, Robert. Theorizing Disagreement. p. 1347.

CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: a comment on R. V. Mills. **Alberta Law Review**, v. 38, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FALLON, Richard. **Implementing the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2002.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. **New York University Law Review**, v. 67, 1992.

HIEBERT, Janet. **Charter Conflicts: what is Parliament's role?** Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997.

HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. *Charter Dialogue Revisited – or 'much ado about metaphors'*. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 45, 2007.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LORENZETTO, Bruno Meneses; MELLO, Tanya Kozicki de. Revisão legislativa dos atos jurisdicionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANFREDI, Christopher; KELLY, James B. Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORTON, F. L.; KNOPFF, Rainer. **The Charter Revolution and the Court Party**. Peterborough: Broadview Press, 2000.

POST, Robert C. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Review**, v. 117, 2003.

POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics. **California Law Review**, v. 98, 2010.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review**, v. 23, 2004.

RODRIGUES, Saulo Tarso; BONAVIDES, Paulo; MARTÍN, Nuria Bellosio; SILVA, Alexandre Fernandes. **Teoria da decisão judicial e teoria da justiça: jusfilosofia e novos paradigmas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out./dez. 2010.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006.

WHTTINGTON, Keith E. **In Defense of Legislatures**. *Political Theory*, v. 28, 2000.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade, constitucionalismo popular e humildade institucional. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 43, 2013.