

La Retórica del Discurso Activista del Supremo Tribunal Federal y la Expansión de su Esfera de Poder.

Adilson Ferraz.

Cita:

Adilson Ferraz (2010). *La Retórica del Discurso Activista del Supremo Tribunal Federal y la Expansión de su Esfera de Poder. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-036/800>

LA RETÓRICA DEL DISCURSO ACTIVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA EXPANSIÓN DE SU ESFERA DE PODER

Adilson Silva Ferraz¹

1. INTRODUCCIÓN

Nosotros hemos heredado de la modernidad la condición de rehenes del poder judicial, el único socialmente autorizado para liquidar la mayoría de nuestros conflictos. Hoy en día, ni siquiera podemos recurrir a los grandes relatos (*Les grand Récits*) - el Dios del cristianismo, la Historia de Hegel, la Ilustración de la razón Kant, el trabajador emancipado de Marx, fueron reemplazados por la figura del Estado, que utiliza la coacción y la violencia simbólica, con la adopción del Derecho como factor de legitimación. En este sentido, es correcta la crítica de Ingeborg Maus cuando dice que el poder judicial se ha convertido en el superyó de la sociedad huérfana.² Hemos acompañado la creciente necesidad de un extraordinario poder estatal para decidir en confrontación con esta sociedad en que el conflicto parece haberse convertido sistémico - no es de extrañar Dworkin cuando habla de la figura de un juez Hércules.³ Crecente también se convirtió el mismo poder judicial en contra de los otros poderes y la sociedad.

Debemos comprender que los actores y las instituciones jurídicas no están fuera de la arena política, y sus actividades se vuelven más eficaces en la medida del dominio y uso de gramáticas específicas. Así, el viejo problema de la relación entre el lenguaje y el poder pasa a través de un fenómeno relativamente reciente, el activismo judicial. Llamamos "discurso activista de la Corte Suprema" el amplio conjunto de estrategias utilizadas en los argumentos de los ministros (en los votos, en la imagen transmitida a los medios de comunicación y el pueblo, etc.) Para persuadirse de que sus decisiones son imparciales y están destinadas exclusivamente a la justicia. Este discurso asociado

¹ Doctorando en Derecho en la Universidad de Buenos Aires – UBA, con maestría en Filosofía Política en la Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Profesor de la Faculdade ASCES. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social - AAFD.

² MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58.

³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

con una mayor margen de apreciación que ofrece la reformulación de los institutos de la jurisdicción constitucional le da la posibilidad de ampliar su esfera de acción en la esfera política. ¿Estaría el STF escondiendo en su discurso activista la expansión de su poder político?

Nuestro objetivo en este trabajo es discutir si y cómo las acciones del STF en la esfera política han sido protegidas por la retórica de activismo judicial con el fin de ocultar la ampliación de su esfera de poder. Nuestra investigación es teórica, con el análisis del discurso del *corpus* "Discurso inaugural del Ministro Gilmar Mendes". Nosotros utilizamos la retórica jurídica como un marco teórico, que nos da las herramientas críticas adecuadas para el análisis del discurso. A continuación, vamos a explicar el método retórico-analítico.

1. RETÓRICA JURÍDICA EN CUANTO MÉTODO DE ANÁLISIS DEL DISCURSO

La retórica, que fue definida por Aristóteles como "el arte de encontrar en cualquier tema dado, los medios de persuasión disponibles"⁴, fue rescatada en el siglo XX y incorporada a la teoría del derecho, ofreciendo un sustrato conceptual y metodológico para revelar el dogmatismo y la ideología que hay por detrás de la argumentación de los actores jurídicos.

Para nuestro análisis, son observaciones importantes las de Ottmar Ballweg sobre las tres dimensiones de la actitud retórica. La primera, llamada **retórica material** o **existencial**, incluye las relaciones humanas en cuanto comunicación en el mundo de la vida. Consiste en la propia lengua, la condición humana de significar por medio del discurso. Ella es anterior a cualquier reflexión y se refiere a la realidad de la comunicación en su práctica real, que corresponde al conjunto de métodos con los cuales se opera la comunicación en el ambiente. Ya la **retórica estratégica** o **práctica** trata de influir en la retórica material, observando y experimentando cuales son los métodos más eficaces en la actividad persuasiva. Se trata de una metodología en la medida que es una teoría acerca de los métodos persuasivos. En cuanto la **retórica analítica** tiene por objeto estudiar la relación entre la retórica material y la retórica

⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Buenos Aires: Libertador, 2004, p. 23.

estratégica. Por lo tanto, es descriptiva y no normativa. Nuestro estudio se inscribe en el nivel analítico, estudiando cómo la práctica lingüística del mundo jurídico (retórica material) es manejada por un conjunto de estrategias retóricas (retórica estratégica) que se llevan a cabo en la jurisdicción constitucional. Vamos a realizar análisis retórica a partir del discurso inaugural del ex presidente del Supremo Tribunal Federal ministro Gilmar Mendes, que constituye nuestro corpus.

2. ACTIVISMO JUDICIAL Y LA RETÓRICA ESTRATÉGICA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

El activismo judicial puede entenderse, como dice Wolfe, como una función del grado de libertad o de cómo los jueces están limitados en el ejercicio de la discrecionalidad, en contraste con la voluntad de la constitución y sus propias creencias y preferencias.⁵ Por supuesto que definir el activismo judicial de esta manera nos conduce a algunas preguntas importantes, como “El STF sería una corte activista? Adoptamos como punto de partida el hecho de que todos los tribunales, especialmente los constitucionales, son en cierto nivel activistas, porque ellos deben guardar más que la constitución, deben guardar los derechos fundamentales. El activismo judicial nos lleva luego a un punto crucial en la decisión jurídica constitucional: ¿Hasta qué punto el sentido de la constitución puede ser moldeado por la imposición de mis propias preferencias?

El discurso inaugural del Ministro Gilmar Mendes que analizamos, lógicamente, no refleja la posición del STF en su totalidad, pero nos da evidencia de la retórica estratégica utilizada. A lo largo de su discurso, el ministro trata de presentar una corte con un intenso papel en el mantenimiento del sistema democrático, con la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales:

Dia após dia, o Supremo Tribunal Federal vê-se confrontado com a grande responsabilidade política e econômica de aplicar uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais de caráter individual e coletivo. À demanda cada vez maior da sociedade, a Corte tem respondido, demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais.⁶

⁵ WOLFE, Christopher. **Judicial Activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Roman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2.

⁶ DISCURSO INAUGURAL DEL MINISTRO GILMAR MENDES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anejo/posseGM.pdf> Acesso em: 30/05/2010.

Para que estos sean protegidos, creemos que debe entenderse que ellos trascienden el discurso acerca de lo que "es" la constitución. La comprensión habitual de lo que es la Constitución es aquella que deriva de una retórica material que identifica los argumentos de los ministros y el que ella "es" - identificamos su primer hito en el caso *Marbury v. Madison*. La voluntad de los ministros se convierte en la voluntad de la Constitución. Ese proceso parece minimizado por el argumento del ministro que comparte las responsabilidades de la política y del jurídico, como se, de hecho, siempre fue del poder judicial la facultad de "decir" la Constitución, como se señala más adelante:

À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo ao Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

Lo que queremos demostrar es que el fenómeno que llamamos activismo judicial en Brasil causa hoy más que una judicialización de la política, desconecta la retórica material del STF de la autoridad del derecho y le permite una vía de escape, porque "[...] cuando la justicia asciende ella misma a la condición de la más grande instancia moral de la sociedad empieza a escapar de cualquier mecanismo de control social." ⁷ Excluyendo, por lo tanto, a través de una retórica estratégica, la sociedad la concretización democrática de la constitución, de su construcción a través de la interpretación de los derechos, más principalmente de su construcción simbólica. Sin embargo, esto no es la dirección que figura a continuación:

Sob esse aspecto, é hora de a sociedade civil, as organizações não governamentais, as entidades representativas de classe e órgãos como a Defensoria Pública, por exemplo, mobilizarem-se para combater esse quase hábito nacional de exigir a intermediação judicial para fazer-se cumprir a lei.

Esta observación es provocativa, porque uno piensa generalmente en la Corte Suprema como una institución de inclusión y no de exclusión. En este sentido, la exclusión se hace por medio del discurso, ya que su dominio a través de la retórica estratégica permite también el dominio de la sociedad, hace crecer el poder. Como señala Foucault en su obra "El orden del discurso": en toda sociedad [...] la producción del discurso es al mismo tiempo controlada, seleccionada, organizada y redistribuida por cierto número de procedimientos de exclusión [...] "porque él es "el poder que

⁷ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In: **Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, p. 186-187.

queremos conquistar." ⁸ Transcender esta retórica material en la práctica jurídica hoy es extremadamente difícil debido a la necesidad de considerar las contribuciones del sistema jurídico, de lo que se exige en las peculiaridades de cada caso y debido a la utilización estratégica de la retórica por los actores jurídicos.

Esta estrategia retórica utiliza un orden de valores suprapositiva que exige al tribunal de justificar adecuadamente sus posiciones, aliviándole de las críticas que recurren a los argumentos de vinculación de la actividad de interpretación a la legalidad. Los ministros podrían también estar protegidos de las críticas al crear algo así como un cubierta jurídica para su razonamiento moral, como si el producto de sus ponderaciones por sí solo hicieran la síntesis de los *topoi* de la sociedad, disfrazando sus valores personales bajo el signo del jurídico, permitiendo al mismo tiempo que sus criterios de decisión no sean racionalmente justificados. El discurso de la imparcialidad de la decisión judicial y el mecanismo de la ponderación de los principios de esta manera contribuyen para la persuasión a través del discurso que establece que las decisiones son legales y no políticas.

El Allopoyesis inducida por el recurso a un orden suprapositivo de valores se hace evidente cuando se toma la decisión basada en una ponderación de principios. Como Canotilho dice en su libro "Derecho Constitucional y Teoría Constitucional," un sistema legal que consiste únicamente en reglas requeriría una amplia actividad legislativa, fijando premisas definitivas⁹, pero también debemos reconocer que siempre hay una inestabilidad en la decisión en que se hace ponderación de principios, pues mismo cuando interpretarse sistemáticamente ampliase considerablemente la discreción del juez. A menudo, la norma general no produce la decisión o incluso configura sus parámetros, pero sólo sirve como una justificación posterior para la elección hecha contra el caso. También es lo que ocurre con la aplicación racional de los principios, que es un proceso altamente legitimado por la teoría del derecho como un método para producir una decisión justa, pero se esconde bajo el disfraz jurídico la opción "moral" de quien toma las decisiones.

Es interesante ver cómo esta libertad para interpretar el poder judicial, que alcanzó su cenit en el STF, es presentada por Mendes como un requisito previo indispensable para la armonía misma de las instituciones democráticas:

⁸ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola, 1996. p.8.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almadina, 1998, p. 175.

Há sempre que se destacar a importância do Judiciário independente neste modelo institucional. Em verdade, no Estado constitucional, a independência judicial é mais relevante do que o próprio catálogo de direitos fundamentais.

Es sobre todo en los *hard cases* que refleja la falta de control jurídico y social efectivo para decisiones que tienen origen en la argumentación moral. En estos casos, los criterios de decisión no son explicitados adecuadamente por el juez, que de manera libre y arbitraria utiliza de los mecanismos de apertura sistémica. En este sentido, es válida cualquier decisión de la corte ya que presupone que el jurídico y el político no se mezclan y el tribunal constitucional es el único guardián de la Constitución y los derechos fundamentales. Este entendimiento perpetúa la cultura brasileña de comprensión de la constitución apenas como el marco de regulación político-estatal, que debería constituirse como un orden de una comunidad en su conjunto.¹⁰ Como ha dicho Häberle, la concretización de la Constitución es una construcción social de sus intérpretes (*Wer die norm "lebt", interpretiert sie auch [mit]*), por lo que su aplicación no se deriva sólo de los procesos constitucionales de la toma de decisiones en demandas constitucionales.¹¹

El entimema¹² utilizado por Mendes en su discurso tiene como objetivo persuadir de que la política y el derecho son esferas separadas y que las cuestiones políticas se disuelven cuando se revestan de la moldura de la racionalidad jurídica:

Não há “judicialização da política”, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos.

PREMISA A) El STF no judicializa la política cuando cuestiones políticas son “configuradas” como cuestiones de derecho.

PREMISA B) Por lo tanto, las decisiones del STF son jurídicas y no políticas, pues son cuestiones de derecho.

¹⁰ STRECK, Lênio. In: www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf Acceso em: 28/05/2010.

¹¹ Häberle defende que: “[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 13)

¹² Adedato explica que “Os entimemas são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas [...] mas são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir [...] O que parece deficiência, do ponto de vista lógico, torna-se eficiência do ponto de vista da retórica “material” (papel pragmático) e da retórica “formal” (papel estratégico).” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 333-335.)

En este caso, se oculta la premisa que establece que las decisiones jurídicas sobre cuestiones de derecho también pueden ser decisiones políticas. El término "configuradas", que adquiere el sentido de "moldeadas, conformadas, racionalizadas", indica justamente el supuesto paso de una demanda política a una cuestión jurídica. Ese entimema tiene su efecto persuasivo potenciado por la expresión "[...] ao menos em seu sentido pejorativo [...]", ya que permite la posibilidad de la judicialización de la política por el Tribunal sólo cuando es seguido aquello que es legal y éticamente esperado de una Suprema Corte (preservar la armonía entre los poderes, no decidir segundo interés, etc.) al mismo tiempo que le refuerza un carácter positivo. Es decir, el discurso da la forma al concepto de "judicialización de la política" que sería conveniente para la corte. Debemos recordar que hace ya casi un siglo que Carl Schmitt nos advirtió que "Uno de los fenómenos más significativos en la vida jurídica y intelectual de la humanidad en general es que el dueño del poder también está en condiciones de establecer por sí las definiciones de los conceptos e de los términos."¹³

3. CONCLUSIÓN

En el discurso analizado, se presenta y defiende un enfoque activista del STF y al mismo tiempo para que la política y el jurídico se pongan en esferas separadas. Se concluye que la argumentación fue construida de tal forma que se proteja el discurso jurídico de la crítica y los enfrentamientos de la política, manteniendo la idea de que el STF es por naturaleza una institución neutral que guarda la Constitución, garantizando la observancia de los derechos fundamentales a través de sus decisiones.

4. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do positivismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³ SCHMITT, Carl. El Imperialismo Moderno em El Derecho Internacional Público. In: **Carl Schmitt** – o teólogo da política. México: Fondo de Cultura economica, 2001, p. 112.

_____. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Buenos Aires: Libertador, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almadina, 1998.

SCHMITT, Carl. El Imperialismo Moderno em El Derecho Internacional Público. In: **Carl Schmitt – o teólogo da política**. México: Fondo de Cultura econômica, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Havard University Press, 1986.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58.

STRECK, Lênio. In: www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf Acesso em: 28/05/2010.

WOLFE, Christopher. **Judicial Activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Roman & Littlefield Publishers, 1997.

DISCURSO INAUGURAL DEL MINISTRO GILMAR MENDES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf> Acesso em: 30/05/2010.