

# PROCESSO E ETICIDADE FAMILIAR CONSTITUCIONALIZADA

**Rosemiro Pereira Leal**

Professor da Faculdade de Direito da UFMG, PUC/MG e FUMEC

## SUMÁRIO:

- 1- Ética na Modernidade;
- 2- Eticidade e Direitos Fundamentais;
- 3- Processualização da Ética e Constitucionalidade Democrática;
- 4- Família e Entidade Familiar;
- 5- Conclusões.

## 1- ÉTICA NA MODERNIDADE

A teorização da constitucionalidade democrática no final dos anos 70 do Séc. XX vem permitindo pensar uma ética e uma política fora dos ditames aristotélicos, kantistas e hegelianos que se definem por um ethos intrínseco à vontade humana voltada para a formação de uma consciência moral autoconstrutiva da razão categórica ou imanente ao espírito absoluto de uma dimensão autoprodutora e governativa das ações humanas. Esse ethos, nessas concepções, advindo de um essencialismo da natureza humana ou de um essencialismo cósmico inescapável que possibilitaria distinguir ações eticamente boas e más para certificar uma verdade do justo como finalidade do homem, impediu, por muitos séculos, que se estabelecesse um médium lingüístico-processual do pensar e do agir. A contagiante sabedoria do bem-comum era um dado dogmático da natureza ou da natureza humana que impunha direta (homeostática) obediência, ainda que pelo regime de um livre arbítrio benfazejo.

Essa razão adquirida de uma ÉTICA imanente como escolha inevitável para o melhor que a cada homem caberia fazer, porque a todos provocaria igual satisfação de autorealização dos seus próprios fins (eudemonia), é excludente, na teoria do direito democrático, do princípio processual da isegoria como dimensão da avaliação isocrítica dos fundamentos discursivos na modernidade a orientar a escolha da boa ou má ação que se queira praticar.

Assim, o imperativo ético de cunho aristotélico é metafísico, porque não se abre à testificação teorizada do grau de certeza que possa ostentar. Se alguém estatui o que é ÉTICO, porque está na razão natural, na consciência ou na lei escriturada, e não é dado ao destinatário normativo fiscalizar ou discutir processualmente a legitimidade desse comando decisório, tal exigência é tirânica e dissociada da teoria jurídica da democracia. Daí, o estudo da teoria da democracia para compreensão de uma nova ÉTICA na modernidade suplica passagem pela TEORIA DO PROCESSO.

Infelizmente, por deficiência ou ancianidade de nossas grades curriculares, ainda se pensa que democracia é o sistema político que confere ao povo decidir eleitoralmente sobre o seu destino. O voto, nessa circunstância, tanto para os comunitaristas (republicanos) ou liberais (universalistas), é um ato de uma vontade instantânea e sábia que, por um imperativo de uma razão universal vocacionada ao bem, sempre decidiria conforme o que fosse melhor para todo o POVO. Nessa estranha versão de democracia, o homem se coloca como autor de um ato de vontade mágica que a si próprio e a todos iluminaria por um dever inarredável, segundo Kant, e de uma razão individual construtora de uma consciência universal voltada ao supremo bem. Flagra-se, nessa singela democracia, que a razão é autolegisladora do bem por ela própria urdido, dispensando um debate prévio sobre a identidade e qualidade dessa razão que se diz fonte de um bem universalizante.

Portanto, o que se põe em dúvida, na modernidade dos estudos jurídicos, é essa inerência da fala ou da palavra ao entendimento, isto é: a possibilidade de tagarelas ou multidões barulhentas ou silenciosas já estarem, numa ipseidade comum, previamente consensadas quanto às suas reivindicações de justiça e paz social num a priori de homem já como animal político antes de refletir sua própria ultrapassagem da condição andróide para antropóide e desta para a humano-política. A supressão da autoteorização da vida que a filosofia da consciência dos justos vem impondo aos não justos, ou seja, aos hoje chamados malfeitores, delinqüentes, bandidos e

criminosos, é seqüela desse entrave que legislações não democráticas, ainda que de democráticas se rotulem, colocam na trama dos ordenamentos jurídicos, selecionando uma equipe de especialistas (juizes) para dirimir conflitos de direito por um saber retirado de uma interpretação racional oriunda de uma onividência asseguradora do melhor para todos .

## 2- ETICIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se exerce, nessa versão de justiça ética, um controle constitucional dessa eticidade para argüir o seu grau de comprometimento com os direitos fundamentais já assegurados no plano constituinte dos Estados Democráticos. No Brasil, em face da insuficiência de estudos avançados da teoria processual do discurso na constitucionalidade democrática, não se atendem, como líquidos e certos e imediatamente exigíveis, os direitos decididos no nível constituinte da Constituição de 1988 (art. 5º e § 1º) , embora as sanções impingidas aos miseráveis, excluídos sociais, como criminosos natos e impiedosos, são consideradas juridicamente válidas e éticas.

Ora, se a ética, na teoria processual democrática, é o ato do estar na normatividade dos direitos fundamentais criados na instância constituinte da teoria do processo, é essa teoria que vai propiciar a deliberação sobre a idéia de justo e de bem pela teoria do princípio do discurso que, segundo Habermas, impõe uma neutralidade deontológica entre interlocutores balizável nos direitos humanos e soberania popular . Entretanto, o que Habermas nos deve é uma explicação de como são construídos esses direitos humanos e a soberania popular para darem suporte às pretensões de validade da ética a ser legalmente adotada. Essa dificuldade, não ainda resolvida por Habermas, tem resposta na Teoria do Processo que oferece enunciados dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia como marcos lógico-discursivos do Processo jurídico à construção das sociedades políticas na democracia.

Infere-se que, na modernidade democrática, é absolutamente imprópria a expressão "ética do discurso", a que se apegou Apel, para sustentar suas convicções. A palavra discurso não traz em si mesma uma significância de eticidade no encaminhamento da fala ou do entendimento, porque, se assim o fosse, ter-se-ia um retorno a Kant que estabeleceu a indissolubilidade da vontade e o bem de tal sorte que o bem está dentro de uma vontade que já se faz querer bem como fundadora de uma razão automoralizante, ou seja: correta e certa em si mesma, não tendo outros fins senão o horizonte imanente de sua certeza do bem (sinérese).

Em não sendo mais a ética uma realidade estática e acabada, pré-compreensiva e capaz de uma comunicação empática (intuitivo-fenomenológica: Husserl) do império do bom e do justo, é de se afirmar que a ética, no direito democrático, não tem em si uma linguagem universalmente contagiante que se impusesse a tal ponto de se julgar vitoriosa antes mesmo do embate dos argumentos. O chegar a um mundo que já mostre um aglomerado de gente não induz concluir que as pessoas estão juntas por impulso fatal, e que as obrigaria a uma coexistência pacífica. O pressuposto da ferocidade ou da bondade humana não cria, por si, uma ética como regras mínimas de universalidade comportamental em nome de uma escatologia inescapável de Vida Boa . Desde os primórdios da humanidade, observa-se um "statu quo" que preserva o conceito de vida ou sobrevivência coletiva (politéia) num sistema de canibalização dos menos ardilosos por estrategistas que engendram e cultivam uma estrutura carismática, mítica ou metafísica de poder.

Por isso, a tradição ou a autoridade, máxime no sentido do paradigma de Kuhn (conhecimento como forma eminente e suprema de mito), em que "a consciência objetiva representa uma estrutura arbitrária na qual uma sociedade, numa dada situação histórica, investiu seu senso de significação e de valor", não socorre o que hoje se compreende por teoria do discurso que informa a criação processualmente legiferada dos ordenamentos jurídicos na democracia .

O estar-aí (dasein) do ente no mundo , como conditio insuperável e permanente, é irretorquivelmente causador de um ethos de um nós a exigir uma interação (interlocução), mas esta não se faz por contágio, hábito ou osmose de uma comunicação magnética de ente para ente por leis naturais ou metafísicas de uma realidade pressuposta. A linguagem que pudesse ser concebida como uma comunicação fora da fala escritural processualizada e acessível a todos não estabeleceria uma oferta crítica estável de seus conteúdos imprescindível a legitimar as pretensões de validade universal encaminhadas normativamente. Assim, já é desvalioso à construção do Estado Democrático um saber pressuposto de uma vontade kantiana imantada pelo bem (imperativo categórico) a gerar em si e para si a razão (fundamento) do existir e do agir

num plano de liberdade (livre arbítrio com autopermissão de equivocidade) em que esta razão, ao criar a consciência (reflexão voltada a práxis), poderá corretamente orientar-se por hipóteses (postulados) do certo (fundamentado pela razão pura) e do bem ínsito ao ser (vontade ética do ente) ou pelo errado (ausência de razão correta) como opção irracional (malévola).

Em Kant, a vontade não se permite perguntar o por que de ser o bem de si mesma. Por isso, é dogmática. A vontade, em Kant, estabelece para si mesma uma autoridade auto-imperiosa voltada para um bem universal, indevassável, hermético, onipotente e onipresente. Popper é que vai criar outra sede para essa vontade kantiana que não é o mundo real (neurovegetativo-simpático), nem o mundo da mente (somático-sintomático e expressivo-comunicacional), mas o MUNDO OBJETIVO (coisas argumentativamente pensadas) como conjunto de teorias que postulam (exercem vontade e pretensões de validade) por via de outras teorias como proposições formalizadas dadas à crítica (testificação-falseabilidade) incessante.

A proposta dogmática do racional kantiano ligado ao sumo bem categórico e humanamente exercido numa consciência originada de uma RAZÃO PURA é que é estranha ao princípio do discurso como teoria de obtenção de fundamentos na rede lingüística (gramática não wittgensteineana) da linguagem (significância) pelo procedimento em contraditório (PROCESSO). Convive-se atualmente com o desalento de uma confusão generalizante entre linguagem e discurso. Ora, na atualidade dos estudos jurídicos, a linguagem, como semântica, sintática ou pragmática, isto é: como correspondência entre os nomes e as coisas, correspondência ou aproximação de palavras de sentidos harmonizantes, exercício do corpo ou da fala perlocucionária (Carnap), não confere integração humana pelo que se colhe da história sangrenta da humanidade.

O grande salto da inteligência humana logrou êxito em Popper que, por volta de 1932, com a sua "Lógica da Pesquisa Científica", abandonou a dicotomia clássica da Lógica e Método, admitindo que ambos não passavam de teorias falíveis para testar outras teorias na redução progressiva do grau de incerteza das asserções. A Lógica perde, com Popper, a concepção rígida de conjunto de idéias firmes para estruturar idéias frágeis e Método não seria mais um caminho (modo) adredemente melhor e seguro para realizar essa estruturação. Uma lógica primeira ou última advinda de uma consciência superior da natureza ou da natureza humana (Fichte e Pierce), ou mesmo fora do espaço-tempo (Husserl e Badiou), desmorona-se como método estipulativo de demarcações iniciais ou finais para afirmar verdades ou falsidades absolutas. A verdade kantista lançada assim ao teste popperiano da negatividade como possibilidade de se pretender uma certeza ad-hoc é que revolucionou o pensamento científico, fazendo-o afastar da episteme e do empirismo lógico da Escola de Viena e Escola de Frankfurt, instalando o discurso na linguagem como testificação teórica dessa linguagem metafísica ou empírica que, com seus conteúdos oriundos de meras associações de idéias e relatos da observação direta, ostentava paradigmas de um saber cravado na filosofia de uma consciência clarividente e dogmaticamente afirmativa ou negativa.

Descobriu-se, com Popper, que uma sociedade, que se pretendesse aberta a uma autoedificação continuada, só seria concebível por um sistema de idéias também autoproblematizantes por normas jurídicas que, como teorias, se autopermissem uma discussão de validade permanente. Claro que, embora lhe sendo impossível desenvolver, em 1934, uma teoria extensa do discurso como fundamento da democracia, Popper, bem antes de Habermas e diferente deste, o que se cuidará em publicação especial, propõe a reflexão dedutiva (e não originariamente indutiva) para, ao criar teorias em face do real e do mental, questionar as próprias deduções obtidas ao crescimento do estoque de teorias também dadas à crítica. Portanto, em Popper, a estabilidade normativa seria conferida pelo grau de resistência à fiscalidade discursiva aberta a todos e não mais pelo mito de consciências imanentemente lúcidas e sábias que escolhessem caminhos seguros sob acenos de paz social e bem-estar coletivo.

### **3- PROCESSUALIZAÇÃO DA ÉTICA E CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA**

Percebe-se que a ética, como política do bem-viver e do justo, suplica, na modernidade, construção pelo discurso jurídico da TEORIA DO PROCESSO que vai institucionalizar o devido processo constitucional como instância criadora ou modificativa, mantenedora ou extintiva de direitos pelos institutos do devido processo legal e devido processo legislativo, permitindo aos destinatários das normas um incessante, pleno e irrestrito controle de constitucionalidade,

difuso, abstrato e concreto, dos conteúdos fundamentais da constituição democrática. Vê-se que, a pensar uma ética advinda da teoria do discurso processualizado, o espaço de sua conjectura não são a rua, a praça, os ambientes públicos ou privados, as divisas físicas ou fronteiras geopolíticas ou tratadistas dos Estados-Nações ou Uniões Políticas. O espaço do discurso (não da linguagem nua e soberana das mobilizações sociais que são a-teóricas ou dos espaços parlamentares fechados em estatutos interna-corporis) instaura-se por um incondicional e irrestrito direito-jurídico-de-ação coextensivo a procedimentos como dimensão temporalmente articulada por conexões normativas asseguradoras do exercício do contraditório e ampla defesa em que estejam também os sujeitos e agentes do procedimento em simétrica paridade e isonomia normativo-temporal na preparação dos provimentos (decisões).

Uma legislação não democrática (não orientada pelo princípio do discurso) não permite que o ente humano, ao se reconhecer como indivíduo, isto é: como um eu dividido entre as interdições da tradição e da autoridade ancestrais, possa tornar-se sujeito de direito. O sujeito de direito (titular da subjetividade) no Estado Democrático constitucionalizado é o destinatário normativo já legalmente pré-legitimado (emancipado) para fiscalizar e promover, por si mesmo, a sua inclusão nos direitos fundamentais que lhe são garantidos (exercício da cidadania pelo direito-de-ação coextenso ao procedimento).

Essa auto-inclusão é que se faz pela relação normativo-fundante do espaço-tempo estrutural do devido processo legal (ações constitucionais e infra-constitucionais) que também é instituto (instrumento) de execução, criação, reconstrução ou destruição de direitos. É nessa estrutura espaço-temporal do PROCESSO (não no espaço nu ou historizado) que se edificam os conteúdos da ética na democracia (co-originariedade pretendida por Habermas entre Moral e Direito).

Os conteúdos éticos da Constituição Brasileira de 88 podem ser reconhecidos pela leitura do art. 1º, III, e 170 (a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito); art. 5º, X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação); art. 5º, LXXIII (qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo à moralidade administrativa). Percebe-se que o legislador originário não distinguiu o ético (o justo e o bom) e o moral (o certo e o correto), colocando em igual plano de importância hermenêutica os significados juridificantes e autoaplicáveis dessa eticidade constitucionalmente assegurada a todos.

#### **4- FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR**

Quanto à Ordem Social, no que se refere à Família, é de se fazer atenciosa coleta no art. 226 da CB/88, porque há aspectos ainda não enfatizados pelos estudiosos, para distinguir a instituição da família e o instituto específico da entidade familiar que se define em princípios de uma eticidade comprometida com a perenização do afeto entre parceiros, ainda que dissolvidos os vínculos de casamento ou união estável. Veja-se que o parágrafo 8º do art. 226 impõe ao Estado, além da proteção da entidade familiar constitucionalmente definida, "assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (sic!). Cuida-se, portanto, não confundir a instituição constitucional da família como destinatária geral da proteção assegurada no caput do art. 226, e parágrafo 8º da Constituição Brasileira com o instituto específico da entidade familiar a que aludem os parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo indicado, uma vez que a família se caracteriza pelos pressupostos constitucionais da paternidade responsável, planejamento familiar e assistência estatal a "cada um dos que a integram" (sic), enquanto a entidade familiar é uma das espécies familiares que se configura pela união estável ou sociedade conjugal entre homem e mulher (§ 3º e § 5º do art. 226), bem como pela "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (monoparental) numa linha de consangüinidade. A pergunta a ser respondida na atualidade jurídica brasileira é se há suporte constitucional para o amparo à família que não se exteriorize exclusivamente segundo a espécie de entidade familiar, como sociedade (casamento) ou união entre homem e mulher.

Depreende-se do texto constitucional que, pouco importando o modelo familiar adotado pelos agentes da instituição da família, hetero ou homossexual, monoparental ou pluriparental, é dever do Estado assegurar o afeto como direito-garantia de cada integrante da comunidade familiar e prover ex-officio seus direitos fundamentais (art. 226, § 8º), exigindo-se do Ministério

Público (art. 129, II), em caso de inadimplência do Estado, instauração de ações mandamentais ao cumprimento desses direitos (art. 5º, § 1º e § 2º). A apatia ante o mandamus como instrumento constitucional incluyente de todos nos direitos fundamentais decorre da crença enganosa de que valores ético-políticos e ações afirmativas podem promover, nas sociedades secularizadas e pós-metafísicas, efeitos inibitórios da ideologia do sistema econômico por via de um agir comunicativo eficiente e exercível na esfera pública desprocessualizada da chamada sociedade civil. Por isso, o Novo Código Civil, à medida que aumenta o poder do juiz, reforça a ideologia do sistema neo-liberal com negação da imediata efetivação estatal dos direitos fundamentais da família, valendo-se de uma suposta ética judicante, espiritualmente curativa das desgraças sociais (arts 1.586 e 1.589), como sanatória da omissão do Estado.

As garantias do processo constitucionalizado é que tornam possível a construção da sociedade política pela comunidade destinatária do ordenamento jurídico, à qual pertence a família institucionalizada pela Constituição Brasileira de 1988, porque, na modernidade, o direito já não é mais mediado, em sua positivação, pela política como busca de paz ou consenso pela correlação de interesses coletivos num espaço público desprocessualizado. Na concepção democrática, a produção e aplicação do direito passam pelo acertamento prévio dos direitos fundamentais no plano instituinte e constituinte (isegórico) como derivante lógico da isonomia que, como princípio processual, só é enunciável em base de simétrica paridade entre os interlocutores. Portanto, a isonomia, como princípio jurídico instituinte da fundamentalidade constitucional de direitos, é encaminhadora de pressupostos de paridade dos atores jurídico-procedimentais a possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa que integram a instituição do DEVIDO PROCESSO na constitucionalidade democrática, para criação, exercício e realização dos direitos fundamentais.

Quando se reporta à garantia constitucional da família, como instituição básica da Sociedade Política, já se decidiu processualmente, no plano instituinte e constituinte de direitos fundamentais, que cada qual de per si dos seus integrantes seja titular de dignidade mínima, por dever do Estado, a ensejar a procedimentação de seus direitos. Daí, qualquer direito de cunho protetivo mascarador do imediato atendimento de direito fundamental de cada integrante familiar é excludente de compreensão da teoria da constitucionalidade democrática. A força do direito, na democracia, não mais se fundamenta em bases autopoieticas de normas gerando normas, mas de normas egressas de procedimentos processualizados, segundo a teoria da constitucionalidade democrática que entrega aos destinatários normativos pela garantia do DEVIDO PROCESSO a fiscalidade e realização irrestritas e incessantes da fundamentalidade de seus direitos e a conseqüente legitimidade de uma ordem jurídica que repugna ações afirmativas extrassistêmicas pela generosidade ou talento dos operadores jurídicos ou por pressão de grupos sociais ou partidários bem treinados ou prodigiosamente lúcidos. Nota-se que o desamparo (por descumprimento de dever funcional e violação normativo-constitucional) que o Judiciário vem praticando pela negativa de execução imediata dos direitos fundamentais é que torna mais preocupante a compreensão da instituição jurídica da família na constitucionalidade democrática. Como se sabe, nas sociedades atuais, a ética subjetivista a partir da tradição ou da autoridade parental ou do juiz salvador (art. 1.586 do Novo Código Civil) não mais oferece suporte à responsabilização do sujeito de direito quanto à assistência integral de sua prole em satisfatórios padrões emocionais de afeto e cuidados alimentares. A dizimação dos estoques éticos tradicionais promovida pelo sistema capitalista, que instalou um convívio (sociedade de consumo) com base numa rivalidade patrimonialista de acumulação de bens insaciavelmente desejante, com índices alarmantes de exclusão social dos descapitalizados, provocou a total desconfiança do homem nos valores de paz, afeto, justiça social, bem-comum, que orientavam a retórica do Estado Liberal e Social de Direito.

## **5- CONCLUSÕES**

De conseguinte, o paradigma jurídico do Estado Democrático é que recepciona a construção de uma cidadania, como pressuposto da instituição da família a partir de atendimento dos direitos fundamentais, líquidos, certos e exigíveis, já decididos no plano constituinte e não mais considerados como promessa liberal a ser cumprida pela administração-governativa, mas como direitos-garantias já assegurados constitucionalmente. A insistência em resolver conflitos de família por uma jurisdição como atividade dos juizes conferidores de paz social e guardiães ou depositários fiéis da ordem jurídica remonta a uma sociedade centrada no encantamento mítico

das tradições e autoridade que levaram Weber a concluir pela impossibilidade de uma racionalização jurídica para validar pretensões ético-morais nos paradigmas do Estado liberal-burguês ou social de direito.

A grande narrativa de Freud e de Lacan, ou mesmo de Roudinesco a Pierre Legendre, perde no capitalismo a força responsabilizadora do homem, porque extraída da lenda de uma LEI ancestral de organização da entidade familiar, interditiva do pleno gozo e estimuladora do desejo, como imperativo inexorável do gregarismo humanista. Parece que a LEI e os CÓDIGOS da psicanálise já foram revogados pela sociedade de consumo que, já implantada pelo sistema capitalista, não tem como institucionalizar, mediante sustentação numa ética do inconsciente, um mundo não mercadológico direcionado à integração social continuamente ressimbolizadora da vida. Enfrenta-se na modernidade, ante o vazio do ser, o dilema entre uma ética substancialista (prescritiva) e uma ética a ser criada no espaço jurídico-processual constitucionalmente institucionalizado em que o compartilhamento decisório dos diferentes também se submeta a uma correição jurídica irrestrita e permanente em suas pretensões de validade (coerção).

O que se arremata nessa cogitação é que o processo é o espaço teórico-discursivo de uma cogitação ética na modernidade, tendo em vista que o processo, como direito criador de direitos por marcos teóricos autodiscursivos e autopermisivos de fiscalidade incessante, estabelece uma co-responsabilidade de todos na produção, vigência e aplicação da normatividade a demarcar um ethos de convívio não colonizado pelo sistema econômico que, se em moldes liberais ou republicanistas, impede a existência jurídica da instituição familiar e instala um sofrimento que se fataliza pela vedação interlocutiva de criação de novos significantes (teorias) de compreensão e questionamento da vida coletiva com aumento das neuroses e patologias sociais.

O espaço de debate não pode ser mais o lugar estatal e natural das forças de mercado, em paradigmas de Estado Liberal ou Social de Direito, porque lhe é impossível propiciar uma ÉTICA de integração social, por um vocacional agir comunicativo das multidões, entre classes basicamente assimétricas em sua fundamentalidade jurídico-econômica. A reconcepção do Estado, como recinto da processualização das opiniões e vontades, desloca-se de sua primitiva e secular condição de espaço público estratégico, anônimo, incólume e portador de um imanente saber autocrático e pastoral, para um lugar processual de possibilidades intercorrentemente discursivas e integrativas da construção de uma Sociedade Política constitucionalmente assegurada em que a família é instituída a partir da fruição dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade e patrimonialidade que compõem o exercício da cidadania.