XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

ARNALDO BASTOS SANTOS NETO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Jean Carlos Dias

Leonel Severo Rocha

Arnaldo Bastos Santos Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-779-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

Com o Grupo de Trabalho “Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat”, o CONPEDI GOIÂNIA /2019 homenageia um dos mais originais juristas da América Latina, que ensinou e escreveu entre dois países, Argentina e Brasil, e semeou indagações teóricas que povoam o debate da filosofia jurídica contemporânea. O universo intelectual de Luís Warat abrangia temas caros à Escola Analítica de Buenos Aires, como a filosofia da linguagem e a semiótica, bem como interfaces com a literatura, a arte e o cinema. Em sua caminhada intelectual, Luís Warat incorporou ao debate da filosofia do direito preocupações epistemológicas, psicanalíticas, pedagógicas e ecológicas até então pouco percebidas pelo campo teórico da disciplina em nossas universidades. Permanece como contribuição original para o direito sua busca por um estatuto teórico emancipatório para a prática da mediação, chamada a reconfigurar a prática jurídica, envolvida numa nova dimensão de reconhecimento mútuo pelos sujeitos.

Os trabalhos aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho que leva o nome do autor do célebre “Manifesto do Surrealismo Jurídico” abrilhantaram o CONPEDI Goiânia /2019, demonstrando o grau de abertura intelectual e filosófica dos debates nacionais de filosofia do direito, com textos que transitam de Frederick Schauer, ainda pouco conhecido e traduzido entre nós, até os já clássicos Karl Popper, Jürgen Habermas, Walter Benjamin, Carl Schmitt, Michel Foucault e Jacques Derrida.

A seguir faremos uma breve apresentação dos conteúdos apresentados durante o Grupo de Trabalho.

Refletindo sobre as mudanças radicais ocorridas no mundo do trabalho, Fernanda Donata de Souza questionou a recente evolução do ramo justrabalhista, que deixou de pautar-se na proteção do fator humano na relação capital versus trabalho, colocando o ser humano como fim dessa relação para privilegiar apenas um dos lados da relação, justamente o mais forte economicamente. Sob a perspectiva das teorias de Kant e Rawls, a autora apresentou os efeitos das alterações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 que retiraram o ser humano do centro das relações de emprego, colocando-o como meio e não como fim da regulação estatal.

Por sua vez, Valterlei Aparecido da Costa efetuou um recorte sintático-semântico sobre a estrutura da norma jurídica. Para tanto, retomou conceitos-chave do positivismo jurídico para identificar a existência de uma norma primária e de uma norma eventual — aplicável se a conduta exigida por aquela não se verificar. Ambas as dimensões, conectadas, configuram a estrutura da norma jurídica completa.

Operando a partir dos estudos desenvolvidos por Karl Popper sobre a epistemologia da ciência, Adriano da Silva Ribeiro e Jessica Sério Miranda buscaram uma análise do esquema quadripartido popperiano aplicando-o à teoria jurídica do ônus da prova. Na sua investigação, buscaram demonstrar como Popper desenvolve nova forma de abordar a questão do conhecimento, tendo na hipótese a tentativa de se resolver um problema, o que resulta no desenvolvimento do conhecimento humano como constante processo de solução para questões de ordem prática e teórica. Na visão dos autores, é viável a utilização do esquema popperiano em pesquisas na área do Direito, especialmente no tocante ao instituto da prova.

O princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social foi abordado por José Mauro Garboza Junior e Lucas Bertolucci Barbosa de Lima, através da filosofia da história, buscando a compreensão de cada elemento de forma diferenciada. Assim, a palavra "princípio" foi analisada como a "origem", o termo "jurídico" foi buscado em meio à relação entre direito e violência e a expressão "não retrocesso social" foi abordada com base na crítica à própria ideia de progresso.

Thiago Passos Tavares e Carlos Augusto Alcântara Machado demonstraram a importância da fraternidade na democracia brasileira, caracterizada como representativa, efetuando a pergunta fundamental "qual a contribuição da categoria da fraternidade em uma democracia?"

Lendo a obra de Jacques Derrida a partir das contribuições de Luís Warat, Ana Flávia Costa Eccard e Adriano Negris Santos apresentaram a noção de desconstrução de uma forma interdisciplinar, indicando os momentos em que a desconstrução acontece. O trabalho prosseguiu com um estudo da teoria dos signos de Saussure e sua relação com a desconstrução. Buscou-se fundamentar uma desconstrução do pensamento para aplicação nas teorias pedagógicas do direito propostas por Warat.

Objetivando a construção de uma definição objetiva para a teoria do desenvolvimento, sob a perspectiva do direito, em detrimento da clássica e utilitarista abordagem econômica, Eline Débora Teixeira Carolino desenvolveu uma releitura dessa teoria cuja racionalidade foi apresentada como um desdobramento da ideia de justiça. A autora tomou como base as contribuições de Aristóteles, Rawls, Dworkin e Amartya Sem, para concluir que a teoria do

desenvolvimento concebeu liberdade, igualdade e capacidade como seus definidores objetivos.

Discutindo a ideologia e sua conexão com o direito, em análise histórica e crítica, Walter Lucas Ikeda e Alessandro Severino Valler Zenni evidenciaram um cenário de ideologia como parte de uma rede que constitui um conjunto de saberes, um dispositivo foucaultiano, e que por meio da generalização de situações particulares, naturaliza relações sociais e cria modos de vida, fazendo uma condução de vidas.

Para Paulo Viana Cunha e Douglas Luis Ferreira, o domínio da linguagem faz do homem um animal distinto de todos os demais ao lhe possibilitar transmitir de forma clara inteligível os sentimentos e pensamentos aos seus semelhantes. Tal evolução vem possibilitando que ele se liberte dos seus primitivos instintos e caminhe na direção da razão. A capacidade de compreender a realidade e o outro, essencial para a convivência humana e o desenvolvimento social, evolui na medida em que se aprimora a hermenêutica, importante ramo da filosofia.

O tema central do Estado de exceção e as discussões travadas entre Walter Benjamin e Carl Schmitt foi o objetivo do trabalho apresentado por Mariana Mara Moreira e Silva. O estudo, partindo da contribuição de Agamben, faz apontamentos e contrapontos relevantes para a construção do conceito de exceção e poder soberano, que buscou ainda, efetuar considerações sobre violência pura, anomia e poder soberano.

Gabriela dos Santos Paixão apresentou, do ponto de vista filosófico, a relação existente entre o cosmopolitismo kantiano e a figura do refugiado, à luz do Direito à Hospitalidade. Para tanto, buscou apresentar o ideal filosófico de Kant para a instituição da Paz Perpétua com ênfase no Direito Cosmopolita. Santos Paixão demonstrou a correspondência entre Direito Cosmopolita, Direitos Humanos e Direito Natural para abordar o tema dos refugiados sob uma perspectiva filosófica.

Com base nos princípios do Estado de Direito sob a ótica do filósofo Jürgen Habermas, em sua possível aplicação na interpretação do contexto brasileiro, José Marcos Miné Vanzella e Raphael Ramos Passos abordaram as relações internas entre o Direito e a Política, poder comunicativo, teoria do discurso, formação legítima do Direito e a relação entre os princípios do Estado de Direito e a lógica da divisão de poderes. O objetivo do trabalho consistiu na discussão do uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo dentro de uma perspectiva procedimental.

Partindo do positivismo presumido de Frederick Schauer, Emanuel de Melo Ferreira, buscou demonstrar como a aplicação de seus postulados contribui para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a manutenção da separação de poderes, ao impedir a realocação de poder especificamente no bojo do judiciário, quando este interpreta as regras de competência constitucionais.

Ivan Clementino de Souza tratou de estabelecer uma análise sobre a Razão de Estado como governamentalidade em Michel Foucault. Por meio dessa análise, buscou identificar as razões pelas quais Foucault não reconhece Maquiavel como um teórico da Razão de Estado, considerando que toda a tradição política clássica atesta esta posição ocupada pelo filósofo italiano.

Também tratando sobre o agir do Estado perante a questão do refugiado, Loyana Christian de Lima Tomaz e Adolfo Fontes Tomaz buscaram responder à seguinte questão: qual a situação política e jurídica dos refugiados frente ao Estado de Direito? A partir de uma análise do conceito de refugiados, os autores percorreram os conceitos de biopolítica e estado de exceção, baseando-se na obra de Agamben. Por fim, a partir do conceito de hospitalidade desenvolvido por Derrida, buscaram tratar de eventuais soluções para a problemática do trato aos refugiados.

Finalmente, Luize Emile Cardoso Guimarães tratou do pragmatismo filosófico de Peirce e James, buscando a semelhança e a diferença entre seus conceitos. A pesquisa considerou o fato de que a essência do pragmatismo é comum para ambos os autores e testou a hipótese de que o “Programa Pai Presente” do Conselho Nacional de Justiça pode ser avaliado sob a ótica pragmática.

Agradecemos aos organizadores do CONPEDI GOIÂNIA 2019 pela oportunidade de aprendizado e aprofundamento dos temas tratados pelos autores juntamente com os participantes da mesa que coordenaram a apresentação dos trabalhos.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha (UNISINOS)

Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA)

Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto (UFG)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL

CRITICAL CONSIDERATIONS ON THE PRINCIPLE OF SOCIAL NONREGRESSION

José Mauro Garboza Junior [1]
Lucas Bertolucci Barbosa de Lima [2]

Resumo

O presente trabalho consiste em uma crítica pela filosofia da história ao pretenso princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social. Para tanto, serão tecidos, além de comentários introdutórios que situem a problemática, considerações cuja abordagem incidirá em cada sintagma que o compõe. Princípio: analisar a "origem" em seu duplo aspecto; Jurídico e constitucional: a relação entre direito e violência; e Não retrocesso social: crítica do progresso. O objetivo é opor um conceito filosófico a cada elemento, e evidenciar, por meio dessa comparação, a verdade de cada um deles. O método a ser utilizado é o dialético.

Palavras-chave: Crítica ao progresso, Crítica da violência, Filosofia do direito, Pensamento jurídico crítico, Princípio jurídico constitucional do não retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

The present work consists in a critique by the philosophy of history to the pretended juridical and constitutional principle of the social regression. In order to do so, it will be fabricated, besides some introductory comments that situate the problematic, considerations whose approach will focus on each syntagma that composes it. Principle: analysis of the "origins"; Juridical: the relation between law and violence; Social regression: critics of the progress. The objective is to give a philosophical concept to each element, and to show, through comparison, the truth of each one of them. The method to be used is the dialectical.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Critique of progress, Critique of violence, Philosophy of law, Critical juridical thought, Juridical and constitutional principle of social regression

[1] Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP). Graduado em direito pela mesma instituição. Contato: garbozajm@gmail.com

[2] Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP). Graduado em direito pela mesma instituição. Contato: lucas.bertolucci@gmail.com

1 Introdução

A temática envolvendo a noção de Progresso alinhada às mais diversas concepções jurídicas não é nenhuma novidade. No entanto, algumas pressuposições parecem óbvias demais quando pensadas a partir do ponto de vista filosófico-jurídico, elas operam como fontes irradiantes de pensamentos imediatos que, no mais das vezes, prejudica uma visão menos enviesada dos fenômenos jurídicos e suas consequências no tempo e no espaço. Para isso, o presente trabalho busca responder à pergunta que, sendo o princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social (que, para os fins deste trabalho, a denominação utilizada será preferencialmente a de *princípio constitucional do não-retrocesso social*), a partir da perspectiva do direito abstrato, propõe-se verdadeiramente a resolver problemas e defender direitos ou não passaria de uma artimanha jurídica? Se tal princípio fosse uma artimanha, ele mesmo, em seu nome, teria algum potencial semântico para opor-se ao seu próprio significado comum? A hipótese defendida é de que uma interpretação filosófica crítica torna possível a exposição da ideologia jurídica que o põe e o direciona apontando em direção à exposição do seu falseamento.

Em razão disso, o presente trabalho se propõe a dividir o referido princípio em três partes cujo objetivo é expor uma contradição em cada partícula, estendendo seu significado ao antônimo de cada conceito. Para cada partícula que compõe o referido principio, será traçado um paralelo de acordo com os temas análogos relativos à História e à Filosofia do Direito pela perspectiva crítica que endossa as contribuições respectivamente de Friedrich Nietzsche a respeito da genealogia do direito, de Walter Benjamin no tocante ao poder instituinte e à história, e de Giorgio Agamben acerca do caráter anômico da lei.

A primeira partícula – *princípio* – relaciona-se ao conceito origem revelando algo de não originário da dimensão jurídica; a segunda partícula – *jurídico e constitucional* – conecta-se ao conceito violência e as implicações desse termo para as relações dos poderes instituintes e instituídos; a terceira partícula – *não retrocesso social* – relaciona-se ao conceito progresso com referência ao avanço técnico-científico que o contém.

A partir de então, dois problemas atravessam a forma do princípio. O primeiro deles é a ficção de um núcleo essencial composto pelos direitos já obtidos. O segundo, um aparente direcionamento progressivo mais abrangente da história propriamente dita em relação ao qual toda a ordem jurídica deve manter-se relativamente parada, correndo na mesma velocidade e sentido deste fluxo. O principal desafio se encontra em apreender esta submissão ao tempo histórico como não sinônimo de contemporaneidade.

As ideias guias expostas ao longo do texto contextualizam o princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social ao conceito de *contemporâneo*. A crítica da palavra *princípio* relaciona esta, que significa "fundamento" ou "começo", com os conceitos de *origem* e *nascimento* a partir da *culpa* presente na obra *Genealogia da Moral* de Nietzsche. Um *princípio*, em seu sentido jurídico, distancia-se significativamente daqueles que seriam os inícios histórico e anacrônico do Direito.

A crítica dos sintagmas *jurídico* e *constitucional* confronta estes com o conceito benjaminiano de *violência* que significa tanto "poder" quanto "violência propriamente dita"; aponta-se que o jurídico e constitucional está mais achegado à violência que institui o direito e à exceção que propriamente ao jurídico-positivo. Como o conceito aristotélico de *potência* se mostra como um paradigma para o Direito, aquilo que pode se suspender e se manter no poder é a violência.

Na crítica da expressão *não retrocesso social*, esta é confrontada ao conceito de *inesquecível* em Agamben, definido como um *esquecido sempre presente* no decorrer histórico. É com a relevância do inesquecível da história que uma abordagem crítica da ideia de progresso se torna possível.

Sendo assim, resta que o *princípio* não faz jus ao seu significado cronológico de início histórico nem tampouco ao significado anacrônico de fundação originária; o *jurídico e constitucional*, outrossim, não coaduna com seu ser em ato posto seu caráter de violência; o *não retrocesso social*, seguindo o raciocínio, apresenta-se sem fim e sem freio tanto para a ciência quanto para as outras formas de progresso histórico. E o *princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social* acaba por apresentar um significado potencialmente diverso daquele característico de suas teorizações.

Os próximos capítulos se estruturam a fim de realizar minuciosamente essa análise introdutória tomada como objeto das investigações. O método utilizado na pesquisa é o dialético, que consiste na contraposição, dentro de cada conceito, dele próprio com aquilo que lhe é indemonstrável, permitindo o alcance de outro sentidos. Cumpre ressaltar que as hipóteses aqui trazidas, resultantes de um método científico com estilo próximo ao exercício filosófico, não têm pretensão de esgotamento, sendo apenas provisórias e mantendo-se abertas aos eventuais debates.

2 O retrocesso do contemporâneo

A palavra “princípio”, no moderno direito brasileiro, é utilizada incansavelmente pelos constitucionalistas e propedêuticos para se referir àquilo que ao lado das regras é espécie de norma em um sentido mais atual do termo, ou, em um sentido clássico, àquilo que se configura como a fundação do ordenamento, a base sobre a qual se assenta toda a forma jurídica (WARAT, 1983, 1994; WOLKMER, 2002). Porém, encarar este vocábulo de um ponto de vista filosófico e conceitual pode encaminhar tais discussões para outra direção cujo potencial semântico pode estar ainda por ser descoberto.

Antes, uma simples intuição poderia indicar que aquilo que fundamento ou que normaliza determinada forma jurídica deve necessariamente estar contida em um momento histórico, em tempo e espaço bem definíveis – esta é, entre outras tantas, uma maneira de abordagem o tempo presente do “contemporâneo”.

O Contemporâneo é tudo aquilo que está em relação com o seu tempo, aquilo que “pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo aquele que não coincide perfeitamente com ele nem se adequa às suas exigências e é, por isso, nesse sentido, inatual [...]” (AGAMBEN, 2014, p. 22). Não se trata de simplesmente de pertencer ao tempo cronológico tipificado no historicismo, “a contemporaneidade é, assim, uma relação singular com o próprio tempo, que adere a ele e, ao mesmo tempo, toma distância dele; mais precisamente, essa é a relação com o tempo que adere a ele através de uma dissociação e de um anacronismo” (AGAMBEN, 2014, p. 22-23), trata-se, antes de um anúncio de uma fratura irreconciliável.

Passado, presente e futuro são horizontes amarrados pela dependência necessária. Não há passado sem presente ou futuro, não há futuro sem presente nem passado, e não há presente sem futuro ou passado (KOSELLECK, 2006). Essas imagens temporais doam-se para outros espaços virtualmente possíveis de transformação, pelo imaginário construído do passado e pela projeção do futuro que fazemos o tempo presente. Tem-se como resultado que para tentar mudar quaisquer localização ou situação, é preciso elaborar os eventos que já ocorreram, dando a eles uma carga valorativa adequada que vá de acordo com os interesses coletivos; montar um esquema de possibilidade dos possíveis que virão a partir do material obtido no presente; e agir na atualidade em busca de rápidas transformações (WARAT, 1983, p. 57-80; 1994, p. 19-29; SCHMITT, 2014, p. 37-38). O *princípio*, portanto, pode ser tanto aquilo que antecede *historicamente*, quanto aquilo que fundamenta *logicamente*.

A representação do tempo só se faz efetiva numa história que cumpra sua vocação de testemunho das contingências de que ela seja não-toda e aberta às contingências das experiências históricas (KOSELLECK, 2006, p. 147-160; 305-328). *Tempo operativo* é o

tempo que se leva entre a apreensão de uma coisa e sua representação (GUILLAUME, 1984, p. 123). Esse é um dos motivos nos quais a cautela deve ser primordial quando se defende o *não retrocesso* como norma e se elenca o *progresso* à sublime categoria de bem-estar: de que futuro se está falando quando se fala de progresso? Como a infindável impossibilidade de retrocesso é sustentável?

A doutrina jurídica define o *princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social* como mais uma norma que visa garantir os direitos sociais até então positivados ou, por outra via, aqueles hermeneuticamente alcançados como constitucionais, marcando, assim, sua irrevogabilidade.

Como exemplos, estão Pedro Lenza, definindo que o princípio "[...] deve ser observado o *princípio da vedação ao retrocesso*, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effect liquet*." (LENZA, 2009, p. 766, grifo do autor); e José Joaquim Gomes Canotilho cuja defesa democrática do Estado e dos direitos: "[...] aponta para a *proibição do retrocesso social*. [...] quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos, [...] uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo" (2003, p. 338-339, grifo do autor).

É notável a relação que o princípio do não retrocesso sustenta com a segurança jurídica, tanto em sua dimensão objetiva, de manutenção normativa do Direito, quanto em sua dimensão subjetiva, qual seja, a relação de confiança que o sujeito de direito consegue manter com seu campo jurídico. Não menos importante é, também, se atentar para

> […] o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário - notadamente no âmbito das relações negociais - o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição do retrocesso. (SARLET, 2007)

Felipe Derbli, que em sua dissertação de mestrado orientada por Luis Roberto Barroso, quanto ao princípio em pauta, vê em sua finalidade a prevalência do caráter negativo (do *não* retrocesso) para, em seguida, apresentar o elemento positivo (do *progresso*) de obrigação de avanço social e dever de ampliação progressiva dos direitos sociais:

> A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos

> direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social (DERBLI, 2007, p. 202).

O que se tem com o contemporâneo e o retrocesso não é um mero par ideológico, em ambos o binômio categórico-filosófico revela a defasagem que o conjunto das ideias jurídicas apresenta em relação a eles. Ante o exposto, passa-se a seguir aos próximos capítulos.

3 Uma hipótese sobre a culpa como elemento originário

Os princípios guardam consigo na interpretação jurídica usual os sentidos histórico e lógico, ambos sentidos estão de acordo com todas as regras e sentenças posteriores cuja base deve estabelecer-se "fundamentalmente presente" em todo o ordenamento, mesmo que não expressos que norteia a estrutura jurídica, em sua legiferação e em sua aplicação (COELHO, 2004; MACHADO NETO, 1988; MIAILLE, 2005; WARAT, 1983, 1994, 2004; WOLKMER, 2002).

Um princípio lógico possui como elemento em sua inscrição qualquer conjunto histórico na linha do tempo a partir de sua exclusão inclusiva "[...] uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão." (AGAMBEN, 2010, p. 24-28) – ou seja, exclui-se, mas mantém-se sempre presente como "fratura" da história; é dito, portanto, "anacrônico", e que será denominado de *origem*.

O obstáculo das doutrinas jurídicas que estabelecem o princípio a partir da dupla gênese do Direito é que elas passam ao largo daquilo que seria sua arqueologia, a investigação de sua origem lógico-anacrônica, ou sua genealogia, a perquirição de seu nascimento histórico-cronológico. O princípio jurídico em seus cânones espontâneos, longe de ser nascimento ou origem, define-se como um *dispositivo* (AGAMBEN, 2009, p. 40). Ou seja, uma carga jurídica que se explica pelos seus efeitos e, para tanto, coloca-se *retroativamente* no lugar inicial, como "causa originária"[1].

[1] A palavra dispositivo possui múltiplas acepções, dentre as quais podemos inferir um sentido jurídico – o dispositivo da sentença, enquanto decisão separada da motivação –, um sentido tecnológico – a disposição das partes de uma máquina e seu mecanismo – e um sentido militar – os meios dispostos para a consecução de um plano (AGAMBEN, 2009, p. 34). A característica disso que Agamben chama de "dispositivo" têm, portanto, a característica de algo que fica à disposição de alguém (alguma autoridade) para que este alguém decida de forma relativamente independente de qualquer motivação. Esta decisão independente tem o potencial de, por si

Quais seriam as causas e efeitos do nascimento e da origem do Direito? Friedrich Nietzsche se opõe aos genealogistas usuais da moral e dos costumes que veem no Direito o dispositivo harmonizador contra o caos e a agressividade dos foras-da-lei ao sugerir o nascimento deste na *consciência de culpa*. O castigo não é um fim em si mesmo, mas tem seu procedimento duradouro e sempre existente separado de seu *sentido*, que é fluido e mutável. A imposição do castigo, por sua vez, tem seu nascimento relacionado com o desenvolvimento da consciência e, junto a ela, da memória. (NIETZSCHE, 1998, p. 47-60)

A conjectura nietzscheana remonta ao início anterior àquilo que se pode chamar de humanidade, cujo sentido o castigo não era interpretado como uma causa inicial e anterior da punição, nem como uma pressuposição de que o causador do dano era um "culpado" e "responsável" que *devia* (pois era um devedor, cuja dívida era convertida em) ser castigado; castigava-se tão somente pela raiva do dano sofrido, e não pela medição do dano (CARNIO, 2008; GIACOIA, 2013, 2018; NIETZSCHE, 1992a, 1992b, 1998, 2000, 2004, 2011).

O desenvolvimento da memória eleva a importância das promessas dos homens, e a índole, a boa imagem social, passa a ser associada à promessa e ao seu cumprimento. A nascente humanidade passa a tomar a consciência como seu próprio instinto, e, ao começar a criar medidas para as coisas, o humano passa a ser um avaliador: avalia o grau de responsabilidade dos outros a partir da confiança que o outro desperta, confiança que só pode ser medida pelo cumprimento de promessas (GIACOIA, 2013, p. 28-31; NIETZSCHE, 1998, p. 47-50). A necessidade de cumprimento exige a utilização cada vez maior da violência como forma de "cobrança" e "intimidação", e a lógica equitativa da retribuição do dano por meio de uma punição passa a vigir. A culpa advinda da inadimplência para com o outro pode ser posta como referencial do "nascimento" (cronológico) do direito[2].

A originária comunidade tem, já no início, uma dívida para com seus fundadores: a culpa da inadimplência para com a estirpe, a consciência de culpa da humanidade, atinge seu ápice com o monoteísmo cristão. O forçamento de uma inesquecível memória, de um novo costume, através da coerção – em outras palavras, a privação da liberdade e a dívida cada vez maiores – cria, como visto, a consciência de culpa – o medo de Deus (NIETZSCHE, 1998, p. 77).

---

só, reconfigurar o maquinário no qual está inscrita, sendo, portanto, uma proposição performativa (proposição que muda o estado de coisas real).

[2] A culpa e a dívida – ambas traduzidas do alemão *Schuld* – possuem uma relação primordial com o direito. Da mesma forma que a ideia retributiva do direito surge da dívida e de sua promessa de pagamento – a ideia de retaliação – a culpa, enquanto interiorização do mal-estar da inadimplência, é o que torna o direito possível.

Nietzsche propõe que o instinto de liberdade, coagido, impedido de se externar devido à coerção social e divina, volta-se contra o homem – é por ele interiorizado: este, segundo o filósofo, foi o início da *má consciência*. Se durante a história da humanidade o homem estabelecera um vínculo devedor-credor cada vez maior em relação aos seus deuses com o declínio da religião como norteadora cotidiana das vidas cotidianas, que a moral passa a ocupar seu lugar como *má consciência*. (NIETZSCHE, 1998, p. 72-79; AGAMBEN, 2016, p. 133-138; BENJAMIN, 2013b, p. 21-25)

Nesse estado, o homem é completamente inibido e seu medo da inadimplência de uma dívida "real" volta-se contra si como a moral que ordena a promessa e a adimplência, moral que internaliza a violência sancionatória contra qualquer dívida. A *má consciência* é, portanto, a consciência de culpa frente não a uma violência externa (jurídica ou pré-jurídica), mas a uma *violência interna*, sem lugar no cronológico, que *é* o próprio homem, e que opõe a ele mesmo a culpa infindável. Não só o direito encontra seu *nascimento na culpa* (culpa como dívida),como ele tem sempre já sua *origem na culpa* (culpa como má consciência) (AGAMBEN, 2010, 2016; BENJAMIN, 2013a; NIETZSCHE, 1998).

A *culpa* é, portanto, um paradigma: na tensão de sua apreensão meramente jurídica, encontramos seu sentido originário de consciência de culpa primordial. Com a tradição, é possível vislumbrar um excesso de significação da origem, e uma impossibilidade de coincidência de *origem* e *nascimento*, a existência da barreira intransponível entre ambos. Não à toa, que Carl Schmitt afirma em sua tese de 1910, que "a culpa […] é (contra o antigo adágio jurídico que afirma ironicamente que 'não existe culpa sem norma') antes de tudo um 'processo da vida interior' (*Vorgang des Innerlebens*)" (AGAMBEN, 2010, p. 34-35). O jurista, com isso, quer dizer que ela é "algo de essencialmente 'intrasubjetivo' [...], qualificável como uma genuína 'má vontade', que consiste no 'posicionamento consciente de fins contrários àqueles do ordenamento jurídico" (AGAMBEN, 2010, p. 34-35).

Frente a este posicionamento que coloca a culpa no anti-jurídico, Hans Kelsen, ao relacionar os princípios da causalidade e da retribuição, percebe que a palavra grega para causa, αιτια, originariamente significava "culpa". Assim, ele estabelece uma homologia entre culpa e direito. O que se percebe com ambas as formulações é uma relação da culpa em Schmitt com a culpa como origem lógico-fundadora recalcada do direito, e da culpa em Kelsen com a culpa como nascimento histórico-mnêmico do direito. A dupla acepção da palavra princípio – como *nascimento histórico através da dívida* e como *origem anacrônica através da culpa* –, portanto, fica estabelecida. (KELSEN, 1998, p. 71-106; KELSEN, 2009, p. 94-95)

4 A íntima relação entre meios e fins do direito e da violência

A dívida originária é "excluída" (ou internalizada) de tal forma que sua exclusão dá lugar ao direito, e este mantém sempre já presente a sua origem na forma da *má consciência* e de sua anexa *violência interna*, o mal-estar da dívida eterna no sentido penal e contratual do termo. A questão é que esta *má consciência*, que se expressa na vontade do homem de crer-se castigado e na incomensurabilidade entre qualquer castigo e sua culpa, cujo sujeito culpado sabe-se irrevogavelmente em uma dívida e em um castigo eternos, também pretende que o Direito judicialize toda forma de violência, chame ao poder do Estado toda forma de violência possível, para que ele mantenha um "pacífico" controle sobre tudo. (NIETZSCHE, 1998, p. 61-69)

Mas o que significa estar de acordo com o Direito? Recorde-se que as doutrinas jurídicas costumam se afastar da arqueologia necessária para que se observe o princípio originário dentro do Direito, e o jurídico e constitucional, no vocabulário jurídico habitual, funciona também como um dispositivo, como um gerenciador daquilo que está de acordo ou não com o direito.

> […] chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o Panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas etc., cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem, que talvez é o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar. (AGAMBEN, 2009, p. 40-41)

A fim de resolver a aparente contradição entre naturalistas (todo meio é legítimo *se* o fim for justo pois é um direito natural que rege a justiça) e positivistas (todo fim é justo *se* o meio for legítimo pois é um direito positivo, i.e. "legítimo", que rege a justiça) (HART, 2009), Walter Benjamin propõe que se a hipótese de haver um *reconhecimento histórico universal* de determinado fim, este será um fim "de direito" (legítimo), e, se não o houver, este será um fim "natural" (ilegítimo). (BENJAMIN, 2013c, p. 59-62) Benjamin entende que o direito nada mais é que a continuação, sem nenhuma alteração, de violência que o constitui. Seu ponto é que o poder constituído é a própria violência constituinte, e que toda expressão do direito é uma expressão dessa mesma violência. E todo o uso de violência como meio é

ilegítimo, a não ser quando é mediado pelo Estado, quando é legitimado juridicamente. Essa tautologia que diz "(o fim) legítimo é (resultante de um meio) legítimo" evidencia um aspecto muito importante do direito positivo. Muito mais que evitar fins ilegítimos, o que o ordenamento quer evitar é o meio não mediado pelo direito, a violência (*Gewalt*, também traduzida para "poder") fora do monopólio estatal. (BENJAMIN, 2013c, p. 62)

Ao lado da violência mediada com o fim explícito de manter o Estado de direito, existe a agressiva violência instituidora. Este segundo aspecto da violência pode ser visto com maior claridade tanto na ação policial quanto na pena de morte. Nesta última, inclusive, evidencia-se claramente o "poder sobre a vida e a morte que se manifesta na ordem jurídica" (BENJAMIN, 2013c, p. 68). Não apenas o Direito, o fim desta violência é a instituição do Direito como sua marca indelével.

A função da violência instituinte é dupla, pois ao mesmo tempo em que se propõe a dissipar-se para instituir algo novo – o Direito – como seu fim "a violência não abdica, mas transforma-se […] em poder instituinte do Direito, na medida em que estabelece como Direito, em nome do poder político […] um fim necessária e intimamente a ela ligado" (BENJAMIN, 2013, p. 77).

As palavras de Jean-Luc Nancy são elucidativas neste ponto: "*Abandonar* é remeter, confiar ou entregar a um tal poder soberano, e remeter, confiar ou entregar ao seu *bando*, quer dizer, à sua proclamação, à sua convocação e à sua sentença. Abandona-se sempre a uma lei" (NANCY, 1983, p. 149, tradução nossa). E ainda, no que tange à relação da lei com o seu respectivo abandono (ou com o *bando*), Nancy afirma que "entregue ao absoluto da lei, o banido é também abandonado para fora de toda jurisdição […] O abandono respeita a lei, não pode fazer de outro modo." (NANCY, 1983, p. 149-150, tradução nossa)

Ao poder-violência é necessário o mito do "novo direito instituído" para. Essa lógica estabelece uma certa ideologia do *destino* do poder mítico: um ficto acolchoado de relações, um "todo", passa a estar "sempre já" necessariamente colocado, mas – da mesma forma que as vidas em estágio ainda não nascidas vistas por Er, que decidem seu destino e o esquecem antes do nascimento – a parte deste acolchoado que é invisível aos sujeitos, inapreensível enquanto norma,eles a denominam de *exceção*.

> É preciso mesmo admitir algo ainda mais grave: que, do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem ser senão *estados de exceção*, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, como meios para criar *maiores* unidades de poder. (NIETZSCHE, 1998, p. 65)

A vida humana pode ser tomada como "vida sagrada" perante o direito, e esta vida sacra não passa de um suporte da culpa (*Schuld*, também traduzível como "dívida"), que Benjamin chama de "vida nua" (*das bloße Leben*). E no que tange a esta culpa, Nietzsche enfatiza que na medida em que o "credor" se torna mais rico, ele se torna sempre mais humano (NIETZSCHE, 1998, p. 62). Por essa razão, o direito, ao mesmo tempo que se utiliza de meios violentos, tem como fim a legitimação retroativa desses meios – a manutenção do aspecto "sagrado" – ou "humano" – da vida, que se traduz na manutenção da culpa.

O *jurídico* e *constitucional*, nesse sentido, se expressa sempre como o *Gewalt* instituinte. E dessa forma o caráter "de direito", enquanto dispositivo legitimador de uma ordem, é completamente desmascarado quando confrontado com a face traumática do poder. Direito é a validação da violência e a condição para a existência da culpa.

5 Nota sobre a crítica do progresso social

Retrocesso social está intimamente conectado, ao menos em seu sentido jurídico, ao bem estar da sociedade, posto que não retroceder socialmente é manter vigentes as conquistas jurídicas de um corpo social. O que está em jogo aqui é o lado obverso do *não retrocesso social*, que é o *progresso*, ou seja, a ideia de que o decorrer da história obedece a uma lei implícita de evolução tanto tecnológica quanto do bem-estar social.

A forma jurídica, enquanto administração da culpa e da dívida, sempre esteve ao lado dos avanços tecnológicos, como um resumo da organização das relações entre indivíduos em cada momento da história. Portanto, o não retrocesso do direito pode ser visto como a manutenção de um pretenso bem estar que o progresso teria trazido até então, impedindo os homens de voltarem a impor significações da lei que coadunem como passado jurídico. Isso fica claro quando se aborda a história do direito penal, cuja origem "está ligada historicamente ao costume da vingança de sangue" (PACHUKANIS, 2017, p. 167).

> Para os teóricos do direito penal que têm em vistas épocas ainda mais antigas, a vingança de sangue corresponde ao *jus talionis*, ou seja, ao princípio da reparação equivalente, por meio do qual a vingança do ofendido ou de sua família elimina a possibilidade de vingança posterior. […] Mas, a partir do momento em que a equivalência da pena em sua forma brutal, materialmente tangível de aplicação de castigo físico ou cobrança de uma restituição em dinheiro, justamente graças a essa brutalidade, conserva seu sentido simples compreensível por todos, ela, em sua forma abstrata de privação da liberdade por um prazo determinado, perde esse sentido, muito embora continuemos a falar em medida de pena *proporcional* à gravidade da ação. Por isso é tão natural o desejo de muitos teóricos do direito penal, principalmente daqueles que se consideram avançados, de eliminar

> completamente esse momento de equivalência, que se torna claramente absurdo, e concentrar a atenção nos objetivos racionais da pena. (PACHUKANIS, 2017, p. 167-178)

O problema é que há um vício interpretativo que relaciona o progresso das tecnologias com o progresso social, e faz do progresso um progressismo. Três são as características desse progresso "socialdemocrático" que Benjamin denuncia em sua décima terceira tese *Sobre o conceito da História*[3]: o conceito de progresso parte de *uma pretensão dogmática*, por considerar-se o progresso como sendo o da humanidade, e não meramente o do conhecimento humano; o progresso nunca estaria concluído, seria *inconcluso*; o progresso seria *ininterrupto*. A ideia de progresso do humano ao longo da história seria, na verdade, a ideia de *progressão* da humanidade no decorrer de um tempo vazio e homogêneo.

Sobre o primeiro ponto, o progresso como *pretensão dogmática*, é preciso esclarecer exatamente *o que* da História progride e não progride e *como* esta progressão se engessa na ideia de progresso. O *progresso* enquanto progresso do conhecimento humano deixa fora de si os retrocessos da sociedade, e o que a vontade de não retrocesso social teme é que esta cisão seja exposta, que o progresso deixe por um instante de ser o fantoche da progressão. O anverso obsceno do progresso como tradição da humanidade é seu calcamento na "escravidão anônima de seus contemporâneos" (BENJAMIN, 2013d, p. 13), a impossibilidade de transmissão da tradição dos oprimidos de que Benjamin fala na oitava tese. Se, da evolução do trabalho fabril pode-se obter a ideia de progresso, o pano de fundo da exploração capitalista é o retrocesso social ignorado pelo direito. Toda progressão da história da humanidade, por piores que sejam seus efeitos colaterais, é naturalizada, fantasiada como necessária historicizada como um vendaval chamado *progresso*.

No que tange ao segundo ponto, o progresso como *inconcluso*, Benjamin vê a empatia que o historicismo tem para com o vencedor dos tempos históricos como o paradigma do progresso. A empatia em relação ao vencedor favorece sempre aqueles que detêm o poder, e estes são os herdeiros de todos os que foram vencedores antes deles, num *continuum*

[3] "A teoria social-democrata, e ainda mais a sua prática, foi determinada por um conceito de progresso que não levou em conta a realidade, mas partiu de uma pretensão dogmática. O progresso, tal como imaginavam as cabeças dos social-democratas, era, por um lado, um progresso da própria humanidade (e não apenas das suas capacidades e conhecimentos). Em segundo lugar, era um progresso que nunca estaria concluído (correspondendo a uma perfectibilidade infinita da humanidade). E era visto, em terceiro lugar, como essencialmente imparável (com um percurso autônomo de forma contínua ou espiralada). Qualquer desses atributos é controverso, e a nossa crítica poderia começar por qualquer um deles. Mas, quando as posições se extremam, a crítica tem de recuar até a raiz desses atributos e fixar-se num ponto que é comum a todos. A ideia de um progresso do gênero humano na história não se pode separar da ideia da sua progressão ao longo de um tempo homogêneo e vazio. A crítica da ideia dessa progressão tem de ser a base da crítica da própria ideia de progresso." (BENJAMIN, 2013d, p. 17)

histórico. É a própria ideia do progresso que o mantém indefinidamente, sem pretensão de fim. A História, muito além da ideia de progressão, compõe-se do *Jetztzeit* (tempo do agora), um presente no qual estão inseridos estilhaços do messiânico; um presente que é não só tempo, mas também paragem, suspensão do tempo, experiência do passado. O que resulta do progresso é um passado formado por um amontoado de ruínas.

Acerca do terceiro ponto, o progresso como *ininterrupto*, a citação de um dos mais icônicos excertos benjaminianos – a nona tese *Sobre o conceito da História*, é claro – se faz imprescindível. No excerto, Benjamin trata do quadro *Angelus Novus*, de Paul Klee – um quadro por ele adquirido, em que o anjo da história encara o passado, preocupado com a catástrofe de suas ruínas e com *um certo vendaval*:

> Mas do paraíso sopra um vendaval que se enrodilha nas suas asas, e que é tão forte que o anjo já não as consegue fechar. Esse vendaval arrasta-o imparavelmente para o futuro, a que ele volta as costas, enquanto o monte de ruínas à sua frente cresce até o céu. *Aquilo a que chamamos o progresso é este vendaval*. (BENJAMIN, 2013d, p. 13-14, grifo nosso)

Dessas três abordagens do progresso, assim como do caráter do direito como violência instituinte e do caráter do direito como culpa originária, é possível tomar o *princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social* como o paradigma desta referida *culpa*, desta mencionada *violência*, e do acima investigado *progresso*.

E Agamben alerta para aquilo que denomina de "inesquecível", aquilo com o qual deve-se sempre manter relação: a sempre já presente origem "mítica" – que neste contexto quer dizer nada menos que "constitutivamente violenta" – do direito.

> O que torna histórica toda história e transmissível toda tradição é, precisamente, o núcleo inesquecível que essa traz dentro de si. A alternativa aqui não é entre esquecer e lembrar, ser inconsciente e tomar consciência: decisiva é apenas a capacidade de permanecerem fiéis àquilo que – mesmo incessantemente esquecido – deve permanecer inesquecível, exige permanecer de algum modo conosco, de ser ainda – para nós – de algum modo possível. (AGAMBEN, 2016, p. 54)

Existe uma inapreensibilidade do agora constitutiva do humano, e é essa inapreensibilidade, este deslocamento entre o tempo e sua representação, que constitui o tempo operativo, o tempo-do-agora messiânico. Tornar inoperante não é, portanto, o impossível (o "inapreensível"), mas a assunção da inapreensabilidade, o desvelamento das faltas no progresso histórico.

A saída hermenêutica para quaisquer problemas envolvendo princípios é, obviamente, limitar-se a interpretá-los com uma generosa abertura contextualizante, que possibilita, ao tomar o ordenamento jurídico em seu conjunto, relativizar sua força normativa

e justificar suas decisões. E o princípio em pauta é aplaudido por constitucionalistas e demais juristas quando, na verdade, só o que se faz é utilizá-lo para nomear, como um grande arquivo jurisprudencial, aquilo que do ponto de vista e dentro do estrito âmbito jurídico-positivose entende por *progresso* e por *social*.

Por este motivo, o presente trabalho teve como objetivo tomar o referido princípio, aparentemente amplo em sua proposta, como paradigma do Direito, ou seja, como uma *inclusão exclusiva*: aquilo que ao se expor absolutamente, expõe todas as nuances e singularidades veladas pelo conjunto – em outras palavras, expõe tudo aquilo que se esconde no ordenamento jurídico: a *culpa*, a *violência* e o *progresso*. O novo desafio constitucional, por sua vez, é, no lugar de desvios hermenêuticos e panprincipologismo, repensar a constituição: não a constituição como "lei maior" de um Estado, mas como a própria constituição política da vivência em comum.

6 Considerações finais

Em uma simples e rápida apreensão do objeto proposto a ser investigação nas linhas deste trabalho, poder-se-iam apontar as sensíveis falhas fundacionais da forma como a impressão teórica dos princípios vinculados às ideias de progresso, violência e direitos. Nos tempos atuais, os conceitos ou cláusulas jurídicas abertas poderiam ser o maior exemplo desse mecanismo – são palavras, sintagmas, normas ou enunciados normativos que permitem uma amplíssima interpretação, operando como uma quase anomia cujo grau de indeterminação é tal que sua carga semântica tende a aceitar qualquer predicação.

O que o leitor talvez tenha notado é a fratura existente em cada um dos três sintagmas (*princípio, jurídico e constitucional* e *não retrocesso social*) divide-os dentro deles mesmos em duplos negativos não muito bem aceitos: *culpa*, *violência* e *progresso*. Dessa fratura emerge que o contemporâneo, encontra-se no lugar da não coincidência dos conceitos a "anomia" do Direito na História. Sob o véu livre da História, a crítica é capaz de desvelar a não identidade dos termos e trazer à luz o que há de mais originário em cada conjunto.

Se, diante disso, o eixo em torno do qual todo o ordenamento jurídico e sua sanção gira a culpa cumpre sua função ideológica – de *má consciência* e de uma adjacente e *violenta dívida impagável* – o resultado óbvio concordaria com a sentença de que o maior crime de todos é justamente a vinculação da forma jurídica com seu progressismo pressuposto.

A meditação sobre o que seria uma constituição política só se dá com a prévia reflexão a respeito do complexo subversivo do jurídico. Por esta razão, fez-se imprescindível uma breve passagem por cada capítulo, tomando-se como ponto de vista o não-lugar entre o sintagma e seu oposto, o intervalo do tempo operativo.

Da crítica ao princípio pode-se absorver que, a partir da noção de culpa como origem e nascimento do Direito, toda mística contratualista de uma instituição voluntária e geral do Direito por parte dos homens só pode ter lugar se por "voluntária" se referir às consciências de culpa que internalizaram o medo da dívida como má consciência. Não existe crítica do Direito sem que antes haja uma crítica da moral culposa, e o contemporâneo ocupa o lugar desta crítica, como aquilo que percebe e interage com a origem anacrônica no interior da descontínua cronologia jurídica.

Em relação à crítica ao jurídico e constitucional, depreendeu-se que a violência que põe o direito equivale ao poder jurídico constituído, e que este caráter mítico da violência instituinte, que aparenta criar um "novo direito", tem seu destino retroativamente traçado pelo ordenamento instituído, que monopoliza toda violência. Perceber a potência suspensiva e violenta do Direito incluso como a sempre presente exceção é a atitude crítica necessária para romper o vínculo determinado de antemão.

No que tange à crítica ao não retrocesso social, revelou-se como o problema do Direito está enodado junto aos problemas das formas de vida capitalistas modernas. O aumento da produção, com cuja necessidade a economia se deparou no decorrer dos últimos séculos, passou a depender cada vez mais intensamente do avanço tecnológico das máquinas e de seu correlato aumento do desemprego. É o que trata quando o progresso é visto pelo prisma jurídico: aumento inevitável da exploração e necessário retrocesso social como perguntas a serem resolvidas. E é na mi(s)tificada anomia que este progresso do capital pode se apresentar como progresso social.

Em um breve resumo, portanto, tratou-se da origem como contraponto do "princípio", da violência como contraponto do "jurídico" e do inesquecível como contraponto do "progresso". A partir dessas tríades, pode-se concluir, ao menos de relance, um novo sentido para a dogmática jurídica no que tange as três noções. A investigação não se pretende definitiva e nem intenciona exaurir qualquer contraproposta sobre o tema, mas apenas manter aberto o horizonte de investigação como possibilidade de uma efetiva mudança.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer:* O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. 197 p.

AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história:* Destruição da experiência e origem da história. Tradução de Henrique Burigo. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005. 187 p.

AGAMBEN, Giorgio. *O mistério do mal:* Bento XVI e o fim dos tempos. Tradução de Silvana de Gaspari e Patricia Peterle. 1. ed. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Ed. da UFSC, 2015. 78 p.

AGAMBEN, Giorgio. O que é o contemporâneo*?* In: AGAMBEN, Giorgio. *Nudez.* Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p. 19-34

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009. p. 25-54.

AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta:* Um comentário à carta aos Romanos. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. 215 p.

AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum:* Sobre el método. Tradução para o espanhol de Flavia Costa e Mercedes Ruvitoso. 1. ed. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010. 163 p.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Giovanni Reale. 1.ed. Edição bilíngue. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 695 p.

BENJAMIN, Walter. Destino e caráter. In: BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013a. p. 47-56.

BENJAMIN, Walter. *O capitalismo como religião*. Tradução de Nélio Schneider. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013b.

BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013c. p. 57-82.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013d. p. 7-20.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNIO, Henrique G. *Kelsen e Nietzsche:* aproximações do pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

COELHO, Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. 1. ed. Barueri: Manole, 2004.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 312 p.

GIACOIA Jr, Oswaldo. *Agamben:* para uma ética da vergonha e do resto. 1. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

GIACOIA Jr, Oswaldo. *Nietzsche:* o humano como memória e como promessa. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GUILLAUME, Gustave. *Foundations for a science of language*. Traduzido por Walter Hirtle e John Hewson. 1. ed. Amsterdan: John Benjamins publishing company, 1984. 175 p.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado:* contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução de César Benjamin. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 925 p.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MIAILLE, Michel. *Introdução à crítica ao direito.* Tradução de Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NANCY, 1983, *L'impératif catégorique*. 1. ed. Paris: Flammarion, 1983.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Além do bem e do mal:* prelúdio para uma filosofia do futuro. Tradução de Paulo César de Souza. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1992a.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Assim falava Zaratustra:* Um livro para todos e para ninguém. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Aurora:* reflexões sobre os preconceitos morais. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Gaia ciência:* reflexões sobre os preconceitos morais. Tradução de Alfredo Margarido. 6. ed. Lisboa: Guimarães editores, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich W. *O nascimento da tragédia*. Tradução de Jacó Guisburg. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1992b.

NIETZSCHE, Friedrich W. Segunda dissertação: "Culpa", "má consciência" e coisas afins. In: NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral:* uma polêmica. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 47-85.

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAULO DE TARSO. Referências textuais paulinas. In: AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta:* um comentário à Carta aos Romanos. Tradução interlinear grego-português realizada por Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. Apêndice. p. 169-205.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica:* Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf. Acesso em: 30/01/2019.

SCHMITT, Carl. *O* nomos *da Terra no direito das gentes do* jus publicum europæum. Tradução de Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder:* uma análise crítica da teoria jurídica. 1. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito:* interpretação da lei, temas para uma reformulação. v. 1. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos:* a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. v. 1. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.