

Fundamentos de Derecho Penal, de Carlos Santiago Nino, compilado por Gustavo Maurino.

Buenos Aires: Gedisa, 2007, 304 p.

Pádua Fernandes

Doutor em Direito – USP;
Professor da Faculdade de Direito – Uninove.
São Paulo – SP [Brasil]
paduafernandes@uninove.br

Este livro corresponde ao terceiro volume de uma coleção de escritos esparsos e inéditos de Nino, muitos deles publicados originalmente em inglês, e compreende seus artigos sobre Direito Penal. Os dois primeiros volumes tratavam de ética e teoria jurídica, liberalismo político, direitos humanos e democracia deliberativa. Prevêem-se ainda dois livros sobre direito constitucional e consolidação da democracia.

Os escritos de *Fundamentos de Derecho Penal*, compilados por Gustavo Maurino, foram publicados entre 1967 e 1992, com exceção da conferência inédita *La pequeña historia del ‘dolo y el tipo’* (p. 260-268) de 1970. As três seções intitulam-se *Fundamentos filosóficos del Derecho Penal*, *Teoría de la responsabilidad criminal* e *Temas de teoría del delito*.

Já nos primeiros textos, pôde-se testemunhar o espírito crítico do autor: em 1967, em artigo assinado com Jorge A. Bacqué, Nino afirmava que “[...] *los hombres de leyes realizan una actividad que en buena parte es valorativa, decisoria, directiva, en fin, ideológica.*” (p. 296), apoiando-se em Perelman.

Esse referencial teórico, fundado na nova retórica, seria, posteriormente, abandonado em nome de um construtivismo ético. O primeiro ar-

tigo do volume, *Derecho Penal y Democracia*, parte da premissa (geralmente relegada ou negada no pensamento pós-moderno) de que as normas do direito penal em um regime democrático diferem do que os regimes autoritários consideram como delito.

Nessa tentativa de configurar penalmente esse Direito Penal democrático, Nino rejeita o positivismo ideológico e busca uma configuração adequada das relações entre direito e moral:

[...] sendo cierto que la ley debe respaldar cierto sistema moral, cabría quizá distinguir diferentes dimensiones de la moralidad, de acuerdo no con su contenido sino con la estructura de los juicios de valor que cada una de ellas implica. La idea es muy conocida. Se trata de intentar distinguir entre la dimensión de la moral interpersonal o social y la dimensión personal, entre el estándar moral interpersonal y los ideales de excelencia o virtud personales. (p. 85).

As tentativas de impor, por meio das normas jurídicas, a segunda dimensão moral correspondem, em termos de filosofia moral, ao perfeccionismo, que fere a concepção liberal do direito, ao não distinguir entre “[...] *reglas morales de conducta e ideales de excelencia humana.*” (p. 209). O perfeccionismo permite ao Estado ferir a autonomia pessoal, ao conferir ao poder público o papel de (como escreveu em outro livro) “[...] *árbitro de formas de vida, ideales de excelencia humana e intereses personales [...]*”¹.

Nino propugna por uma teoria epistemológica da democracia, “[...] *de acuerdo con la cual el proceso democrático, cuando satisface determinadas condiciones, es más fiable que cualquier otro procedimiento para acceder a principios morales válidos.*” (p. 87). Esse tema foi objeto de vários escritos seus, que expõem a tese de que “[...] *la democracia tiene valor epistemológico como un método de convencimiento moral, ya que ella incluye esencialmente la discusión y el acuerdo mayoritario, que son formas de aproximarse a la verdad moral*”².

Esse problema continua sendo atual, pois vivemos em uma época em que fundamentalismos dos mais variados matizes buscam impor suas verdades morais únicas na esfera pública.

O construtivismo moral defendido por Nino, fundado na razão prática, tem contatos com o pensamento de Rawls e o de Habermas. A validade moral das decisões tomadas no procedimento democrático

[...] tendrá mayor o menor grado en la medida en que haya un mayor o menor apartamiento de las reglas del discurso moral originario. De aquí se infiere que hat que maximizar las oportunidades del debate libre, reflexivo e informado y de participación de todos, para que las decisiones que se obtienen a través del procedimiento democrático alcancen el mayor grado de validez moral³.

Tendo em vista a questão da validade moral das normas, mais de um artigo apresenta críticas ao utilitarismo no direito penal. Nino aproxima-se de Rawls na crítica de que a filosofia de Bentham e Mill “[...] carece de un principio de distribución que justifique la imposición de esas penas a ciertos individuos [...]” (p. 161).

A posição do jurista argentino, pois, é fundamentalmente deontológica, e a norma penal deve obedecer a certos requisitos para ser justa: “[...] la norma que crea el delito debe ser justa, lo que significa que debe satisfacer el principio de protección prudencial de la soiedad, que debe respetar los derechos humanos básicos, que debió ser emanada por una fuente legítima [...]” (p. 96).

O intenso engajamento de Nino na vida pública argentina também transparece em alguns desses escritos. Apesar de suas discordâncias com Zaffaroni, pode-se ler neste livro a constatação de ambos da existência de uma “[...] anomia generalizada en la sociedad argentina [...]” (p. 151).

Pôde-se constatar algo equivalente na sociedade brasileira. Outra característica em comum com o Brasil, e que marca o atraso acadêmico no campo do direito, é explicada nesta passagem:

Cuando se pasa un tiempo en alguna universidad extranjera seria, hay algunos aspectos de nuestro ambiente teórico en el área jurídica que llaman la atención. El rasgo más llamativo es, por supuesto, el escaso número de gente que se dedica exclusivamente a la investigación y a la docencia jurídica, como una actividad profesional, y no como un cargo honorífico o pasatiempo agradable para ocupar el tiempo libre. (p. 176).

A ausência de profissionalismo e de dedicação à academia fazia, segundo Nino, que fosse raro o autêntico debate teórico.

Talvez um sinal dessa escassez teórica, no Brasil, seja a ausência de Nino no catálogo das editoras brasileiras, com todos os prejuízos decorrentes para a esfera pública e a cidadania, uma vez que trata de direitos e eles faltam para o povo.

Notas

- 1 NINO, C. Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 208.
- 2 _____. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 131.
- 3 _____. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 127.