**O EXERCÍCIO DO *JUS PUNIENDI* COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DE DIREITOS BASILARES DO APENADO**

Júlio César Lima Vieira

**Resumo**

O corrido trabalho busca uma análise de forma técnica ao aferir questões atinentes ao *jus puniendi* ou direito-dever de punir tutelado ao Estado para mantimento da ordem pública indo além da punição, ou seja, alastrando-se até a figura do delinquente e lhe garantindo direitos e deveres em prol de uma possível ressocialização. Então, como foco principal, teremos o Direito Penal em prévias e longas temáticas a seu despeito a proposta de expô-lo com caráter mais idôneo possível. Metodologicamente adepto de posicionamentos em favor de um Direito Penal humanizado, e focando em uma conclusão de que o homem passará de um simples meio de se alcançar um fim, para o fim a ser atingido pela norma penal incriminadora de modo a equilibrar as partes e tornar perceptível um axioma de Justiça Penal.

**Palavras-chave**: Direito Penal. Constitucionalização. Direitos.

[**Abstract**](http://pt.wikipedia.org/wiki/Abstract)

The paper seeks to run an analysis in a technical way to measure pertaining to jus puniendi or right and duty of the state to punish tutored grocery public policy going beyond punishment, ie questions, then spread to the picture of the offender and ensuring her rights and duties towards a possible rehabilitation. Then, as the main focus, we will be in Criminal Law and prior to his long thematic Despite the proposal exposing it more suitable character possible. Methodologically adept at positioning in favor of a humane criminal law, and focusing on a conclusion that the man will pass a simple means to an end, the end being hit by damning criminal standard in order to balance the parts and make perceived an axiom of Criminal Justice.

**Keywords:** Criminal Law. Constitutionalization. Rights.

**Introdução**

Seguidas questões são embatidas a aspectos axiológicos e epistemológico da função punitiva que possui o Estado. Certo de que, em uma dada sociedade longe do estado de natureza do homem é impossível viver sem uma determinada ordem jurídica que venha a traçar nuances da forma adequada de vivência em uma polis. De tal sorte, captamos a manifestação do *jus puniendi* como força legitima e capaz de aferir determinadas condutas impositivas, ou seja, impõe um dever ao homem de não fazer ou de fazer.

Tais meios são rotineiramente empregados no controle de distúrbios atinentes a vida social de toda uma classe. Sem delongas, o problema entorno desse fenômeno jurídico de coação é expresso simplesmente pelo fato que socialmente é reconhecido um segregativismo do delinquente e uma secessão de todos os direitos a ele garantido.

Como reluta analisarmos a importância do Direito Penal, antes olhado como um ramo que nada mais fazia a não ser defender o cidadão não delinquente em face daqueles que já denigriram a coletividade, e hoje visto por muitos como um meio de reinserção do apenado no convívio rotineiro do dia a dia.

A crescente onda de utilização de tal ramo do Direito levou-me a arguir a quais as fundamentações de aplicação e o que o Direito Penal poderia vir a contribuir de forma mais humana com o indivíduo sancionado. Destarte, o referido trabalho buscou enfatizar a perspectiva de que o Estado como detentor do *jus puniendi,* deverá este agir em conformidade para que todo o sistema penal seja aprimorado e o apenado seja humanamente tratado de forma a lhes fornecer direitos e requisitar obrigações.

Como é muito perceptível no sistema penitenciário brasileiro a máxima lotação, levando os presos a situações de extrema calamidade, aduzir um trabalho mostrando que o que se passa é falta de uma política criminal mais ativa, não no que relaciona a aplicação, mas sim, a execução com um mínimo de humanidade, faz-se necessário nos dias atuais uma intitulação de pesquisas que prime por tais questões.

1. **HORIZONTES DO DIREITO PENAL**

Encontramos diariamente diversificados assuntos que põe em questão o tão temido Direito Penal. Isso pelo simples fato de que encontramos nele, a força mais severa que o Estado pode usufruir como controle de distúrbios em meio às classes em geral. Sem delongas, permutamos ideias das mais variáveis possíveis sobre o que venha ser realmente o objeto de interesse do Direito Penal. Em uma analise em consonância com a maior parte da doutrina, temos como objeto de defesa da ciência penal os bens jurídicos mais caros e essenciais à subsistência da sociedade.

Quando um desses bens vier a ser afetado por algo exterior a vontade de seu tutor, acionamos imediatamente as fontes de intervenção para que possa haver uma retribuição em forma de pena ao praticante da conduta que recaiu sobre o bem. Temos de certa forma uma obrigação de abstermos do Direito Penal para resolução de conflitos de pequena valia, pois uma das características de tal ramo do direito é ser a *ultima ratio*, ou seja, ser a última razão usada na solução de conflitos, desta via, só acionaremos sua função em última análise. Porém há uma grande variação de pensamentos entorno dessa ideia de última razão, em sociedades complexas como a que vivemos surge um grande problema relacionado a essa temática que seria o descrédito das sanções penais.

Ainda mais, nos deparamos com um ramo do direito que excede aos demais, por ter em seu vernáculo a possibilidade de aferir, e limitar direitos inerentes a todos os homens de certo núcleo social. Mas essa limitação de direitos não comporta um sentido absoluto em nosso país que prima quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil. Na evolução de tal ramo da ciência jurídica, encontramos diversos trechos antagônicos em relação a como e de que correta maneira deveria a norma penal ser aplicada, porém esse antagonismo não diz respeito à legislação e sim a execução de tais penas de forma benevolente.

No início do século XVIII as penas tinham caráter de severas, desumanas, onde o indivíduo praticante do delito responderia com seu próprio corpo, sem lhe restar nada mais a fazer, torturas como chicotadas, mutilações dentre outras se aplicava de forma constante e levavam os punidos até a própria morte. Esse contexto teve uma alteração de significante importância, já no final do século XVIII houve uma modificação nesses tipos de penas com a obra de Césare de Beccaria intitulada ‘‘Dos Delitos e das Penas’’, veio então trazer a noção de que as penas não poderiam atingir índices de extrema violência como acontecia outrora. Com o estudo da Teoria da Pena em âmbito do Direito Penal, vemos que esta, seguindo uma corrente religiosa deu-se início no paraíso com a queda do homem, onde Deus o puniu com a morte, pois o homem não fora criado para morrer.

Já a visão de pena no seio atual, estipula-se com caráter totalmente humanista, pois com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no pós 2ª guerra, enfatizou- -se mais ainda a busca de uma pena onde satisfizesse por inteireza a ideia de reeducação e ressocialização do delinquente focando essa busca na dignidade da pessoa humana. Essa ideologia deu-se com mais força em nosso país por meio da Constituinte de 1988 com seu viés democrático e humano, fundada sobre o ideal defendido em seu art. 1º, III.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos.

I-...

II-...

III- a dignidade da pessoa humana

(...)

( CFRB/1988, Art 1º, III)

A verdade é que, uma pena onde houvesse a total degradação do delinquente, sem mostra-lo em um âmbito subjetivo a verdadeira conduta a ser obtida, ou seja, a forma correta de conviver em sociedade seria uma pena sem completo objetivo, ora, se essa força onde quem possui seu domínio é o Estado não goza de meios eficazes de inserir um indivíduo de volta a sociedade, em vão seria a aplicação das sanções penais. Se assim o for, estaremos nós a não concedermos uma sociedade justa e solidária que vislumbre um aprimoramento de condutas deturpadas ao passar dos tempos.

Fatores correlatos seguem a aplicação da pena, primazia que se dissimula em manter por completo os direitos dos marginais. Para leigos, a noção de aplicação de uma sanção penal está ligada diretamente com a retirada total de todos os direitos inerentes a um cidadão que nunca praticou um ilícito penal, desta forma, ele não perderia apenas seu direito de ir e vir, mas também, os de saúde, educação, higienização e etc, colocando hoje em algumas sociedades a figura do delinquente como dejetos sociais, sendo eles incapazes de retornar ao pleno convívio social.

Mas afinal, o que vem a ser a pena?

Segundo Washigton dos Santos a pena é;

Punição, castigo; é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. No Brasil, elas podem ser: privativas de liberdade; restritivas de direito; de multa.(DOS SANTOS , Washington, 2001, Dicionário Jurídico Brasileiro, p.182, Delrey)

Essa ideologia é voltada para uma visão jurídica, onde a pena é advinda de uma ilicitude que a mesma atrai essa sanção. Perpassamos assim a análise de que forma o direito constitucional abarca esse ramo denominado Direito Penal.

Ora, o movimento do constitucionalismo buscava um fim útil para a sociedade, ou seja, a limitação do poder do Estado, onde ao mesmo era atribuído na figura do rei todo o poder sobre suas decisões, onde este togado pelo próprio deus tinha o poder de vida e de morte sobre os seus súditos e consequentemente sobre os apenados. Essa forma de controle de legitimação do *jus puniendi* ao poder que emana do povofoi importantíssima para garantir direitos dignos ao ser humano.

Assim como o Direito Constitucional tem a função de organizar o Estado e limitar seus poderes, o Direito Penal assume um viés de instrumento de controle social com uma forte e rigorosa participação do Estado, visando à ordem social e o respeito a direitos individuais de cada pessoa. Citando o magistério de Luiz Regis Prado, percebemos uma visão clara da normatização de tal ramo do direito.

‘‘Nesse particular aspecto, cabe salientar que, mais que um instrumento de controle social normativo – primário e formalizado –, assinala-se à lei penal uma função de proteção e de garantia’’. (PRADO, 2002, p.35)

Dadas palavras, nos mostra a importância do direito penal em punir, mas também, garantir direitos constitucionais a cada um sem distinção do ato que pelo agente foi praticado pautado em critérios de razoabilidade e proporcionalidade do crime cometido.

1. **ORIGEM DAS PENAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO MEIO SOCIAL**

Discorrer sobre tal aspecto axiológico, embasada nas mais variáveis doutrinas não é um trabalho fácil, reza salientar sobre fundamentos que a meu alvitre, possam ser de clara aceitação para uns, porém de contradições para outros. Partiremos de um pressuposto básico; a pena é instrumento para punir alguém por prática de ato que foi de encontro com a ordem pública, ou seja, contra toda a sociedade e cumulativamente contra o Estado. Em análise as circunstâncias de onde adveio o ato de punir, nos deparamos com uma corrente divina, onde aduz que a primeira sanção penal provém do Jardim do Éden, lugar esse onde encontravam-se Adão e Eva, onde a mulher inobservando as ordenanças de Deus, veio a pecar, e por meio desse pecado, adveio a punição que seria a morte, pois o homem não fora criado para morrer e cumulativamente a expulsão do jardim.

Na verdade a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer do fruto proibido fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do Jardim do Éden. Depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em sociedade, também adotou o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas.(GRECO, Rogério, Curso de direito penal – parte geral, 2012, pags. 470-471)

Como leciona Greco, a origem da pena a seu ver, nos leva a ideia de uma criação divina, com base na cultura judaico-cristã, onde Deus foi o juiz na cominação de sanções a Adão e Eva. Entretanto, salienta-se que para um ordenamento jurídico onde sua fonte primária, direta e imediata é a lei, uma aceitação de tanto relevo místico de onde não se tem provas incontestáveis, torna-se vulnerável a sua validação epistemológica, porquanto uma explanação de Jardim do Éden com foco religioso não universalizaria como um todo a origem da pena, pelo contrário, traria mais incógnitas em seu embasamento.

Não obstante, noutra parte da doutrina, há uma defesa da origem sacra, mas agora de relação com a Grécia antiga, onde os deuses eram responsáveis pelas calamidades e castigos advindo sobre aquela população, por conhecermos as histórias da Grécia e reconhecermos realmente a existência desse misticismo, em que os deuses eram ‘‘reais’’, bem mais aceitável a ideia de uma formação ou criação de sanções penais remetido a essa ideologia.

Faz-se mister, reconhecermos que de uma forma ou de outra, a sanção penal possui realmente um vínculo divino, independentemente se for advinda de um deus judaico ou deuses pagãos. Já nos mostra Júlio Fabbrine Mirabete, que confirma em seu manual de direito penal a origem sacra, remetendo até a uma origem totêmica, mas afirma que com as modulações sociais as penas passaram a ser criadas por diversificados grupos sociais.

‘‘Perde-se no tempo a origem das penas, pois os mais antigos grupamentos de homens foram levados a adotar certas normas disciplinadoras de modo a possibilitar a convivência social’’.(MIRABETE, 2001, p.243)

Elencados nesses contextos, aferimos que o direito penal é modulado de acordo com a realidade daquela sociedade, a vista de alcançar os fatos criminosos nela existente. Mesmo sendo tida como a *ultima ratio*, vemos seu uso de forma desvairada para solucionar condutas que outros ramos do direito resolveriam.

Com tudo já explano ao longo desse tópico, faz-se perceptível reconhecermos de que tais sanções penais possuem um longo caminho no desenrolar dos fatos até alcançarmos os dias atuais, marcando assim um dinamismo histórico-social, atribuído hoje ao Estado como sendo portador do direito/dever de punir, outrora entrega nas mãos dos reis soberanos, que possuíam o direito de vida e de morte sobre seus súditos, visto assim, em outras épocas, que os apenados não detinham qualquer forma de garantia do contraditório ou ampla defesa, direitos fundamentais, direitos humanos entre outros que garantissem sua integridade por completa, tanto física como moral.

Por tamanha sorte, houve uma forte consolidação dos princípios constitucionais regendo os meios de aplicação e execução das penas, que as passaram de um simples caráter de retribuição a um completo binômio, retribuição/prevenção(ressocialização), que partindo de um prisma focado na dignidade da pessoa humana, trouxe uma maior e melhor proteção do indivíduo em face da punição do Estado.

Consequentemente, ao encontrarmos um tipo penal incriminador aparece ai a figura da teoria preventiva geral, onde esta busca por meio da pena inibir certas condutas sociais, a fim de manter-se um enquadramento nos ditames dos bons costumes e da ordem pública. Certo é que, o Direito Penal exerce um papel primordial, mas que em sua competência vem entrelaçado de rigorosidade e punibilidade das mais perturbadoras ao agente que recai a sanção penal.

Pautado no princípio da intervenção mínima, taxatividade, confiança, humanidade, vemos uma vértice do direito que busca suprir um erro causado por um indivíduo, e ir mais além, sendo a este causador também garantido o direito de ser reinserido na sociedade.

1. **DIREITO PENAL E JUSTIÇA PENAL**

A dogmática penal apresentada ao longo da história brasileira cria para com o senso comum, uma forma segregativista do delinquente em meio aos padrões sociais a todos apresentados. Por outro lado, temos dispositivos em nosso código penal que relutou para que houvesse um tratamento digno a pessoas que infringiram as regras de convivência e a elas recaiu uma pena. Instituto de tamanha importância como o da Reabilitação, tratado no código penal brasileiro, buscava uma diminuição dos impactos causados pelo *jus puniendi* estatal, visando à seguridade de dados dos indivíduos para fins civis de modo geral, exceto para novo inquérito policial, para que haja uma reinserção do mesmo ao meio onde outrora habitava. Encontramos aqui, a verdadeira imagem formada do delinquente, com um total desgosto social a sua pessoa, livrando-o de uma nova chance de integralização.

Ressaltando que, a norma penal não enfatizaria a quem ela viria a atingir, em sua essência entra-se um princípio constitucional de grande relevo; todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Porém, se formos nos debruçar sobre critérios sociológico de formação desse segregativismo entorno do delinquente, encontramos no período imperial sua forte concretização, melhor dizer, em suma, com a libertação do negro, tirando-os da escravidão e lhes jogando como restos de uma sociedade focada na elite, ou seja, quem era escravo desde então passou a ser marginal.

Ate então, o Direito Penal não exercia sua função justa, que seria igualar as partes, uma vez que, a elite era a possuidora da proteção estatal assumindo ate aqui, tal ramo do direito, uma função repressiva para com o apenado, pautado na degradação total de direitos e do próprio ser humano enquanto sujeito. Aqui, aferimos os ideais que a sociedade busca até os dias atuais, agregar a justiça com a lei penal, ideal esse que nos mostra em certos meios a verdadeira discrepância entre esses dois conceitos.

Mas, como partir de uma premissa onde possamos alocar o Direito Penal e a justiça? Tarefa essa não é das mais fáceis, reza discorrer o que visa o Direito Penal e o que vem a ser a justiça, ou melhor dizer, a justiça penal.

Conceituando Direito Penal nos dizeres de Mirabete (2001, p.21):

A reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob a ameaça de sansão penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal.

Ou seja, partindo desse pensamento, captamos que cabe ao Estado regular as condutas nocivas ao seio social, e seu instrumento mais lesivo é a lei penal, por meio da qual acarreta uma pena ao praticante do ilícito com redução ou retirada total de seus direitos, no concernente a ir e vir, e não em sua totalidade fundamental ou humana, com exceções de alguns países que aplicam a pena de morte. Leciona Mirabete sobre tal ciência com as seguintes argumentações:

A expressão *Direito Penal*, porém, designa também o sistema de interpretação da legislação penal, ou seja, a Ciência do Direito Penal, conjunto de conhecimentos e princípios ordenados metodicamente, de modo que torne possível a elucidação do conteúdo das normas e dos institutos em que eles se agrupam, com vista em sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça.( MIRABETE, Júlio Fabbrine, Manual de Direito Penal, vol.1, 2001, p.21, grifo do autor)

Contudo, certo é que, o Direito Penal busca seu fundamento em um ideal de justiça, entretanto, como asseverar uma justiça onde por um lado o apenado será transformado em vítima de um sistema impossibilitado de garantir uma plenitude de direitos?

Incógnitas giram entorno dessa situação. Então, o que é o ideal de justiça?

‘‘Justiça é síntese dos valores éticos. Onde se pratica justiça, respeita-se a vida, a liberdade, a igualdade de oportunidade. Praticar justiça é praticar o bem nas relações sociais.’’(NADER, 2009, p.106)

Magistério mais correto não se viu sobre tal assunto. Paulo Nader embasado nos mais diversos conceitos do que viria a ser justiça, traça em poucas linhas uma definição objetiva. Certo de que, caracterizar uma justiça absoluta não se faz capaz no pensamento positivista, pois este encara como sendo relativo o ideal ate então buscado.

Afinal, existe justiça penal no Direito Penal?

Concernente a isso, classificando como sendo a mesma, uma forma de distribuição de direitos de maneira antagônica, que por meio desse antagonismo haja um igualitarismo subjetivo entre a vítima e o agente, ou seja, uma paradoxalidade subjetiva, sim, haverá; aliás o prisma básico de uma cominação penal é a reparação do mal causado, pois está é um meio de limitação ou cerceamento total de direitos.

Exemplos de ordenamentos jurídicos que adotam a limitação de direitos e cerceamento total é o brasileiro e estadunidense. Uma vez que aquele há uma redução de direitos, privando a liberdade ou restringindo aos tais, de outra sorte que, este, há uma retirada por completo de direitos (penas de morte), claro, isso depois de uma sentença condenatória que leve ao réu a uma cominação de pena de morte, respeitando assim o devido processo legal.

Aristóteles já trazia em seu intelecto a relação entre meio e fim, asseverando que os meios a serem empregados, possuam uma relação de causalidade ao fim almejado. Sendo assim, empregamos o Direito Penal como meio para alcançar um fim de justiça penal, ressaltando que tal justiça parte também de um ideal de valor subjetivo relativo.

‘‘Caso a asserção de tais fins últimos surja na forma de postulado ou norma de justiça, eles sempre repousam sobre julgamentos de valor puramente subjetivo e, portanto, relativos.’’(KELSEN, 2005, p.11)

Para o homem médio, reconhecer uma norma penal onde a mesma foi cominada a um homicida, deverá esta ser a mais árdua possível, aonde o delinquente venha a sofrer as represarias mais desumanas existentes, para que com isso, venha ser uma norma justa aos olhos sociais. Sem dúvidas, atacar uma pessoa que tirou a vida de outrem, ou até mesmo outro crime que seja repugnante aos olhos da sociedade é tarefa fácil.

Entretanto, analisando as faltas cometidas pelo Estado, e colocando essa tarefa de suprir as necessidades no Direito Penal, quais sejam, pena de morte, prisão perpétua, para que haja uma inibição de crimes, não é o meio mais convincente a resolver mazelas sociais. Temos na balança seu peso igual, ou seja, o ramo penal traz direitos e deveres para o preso, aonde, por meio desses ditames, venham os apenados suprir todas as suas querelas como o da outra parte participante do litígio a qual recaiu a conduta do agente.

Desta via, encontramos o meio termo entre o Direito Penal, como sendo fator positivo objetivo em equilíbrio com a justiça penal, está sendo fator positivo impositivo subjetivo, ambas pautadas na satisfação de um núcleo social complexo e em constante mutação, assim como são as leis que regem esse núcleo.

1. **CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS PENAS**

É de tamanha sorte que, já perpassamos análises precípuas de como surgiram as penas, quais suas influências para a sociedade, e o seu juízo de valor em ótica subjetiva de cada indivíduo, entretanto, falta-nos aferir como objeto principal de nosso estudo, a forma garantidora de julgar, processar e executar tais normas penais.

Como já outrora citado, o *jus puniendi* consiste na garantia constitucional institucional atribuída ao Estado, para que haja mantimento da ordem social, por meio de uma norma penalizadora aplicada ao sujeito que vem a delinquir e causar desgosto ao meio em que vive.

Por outro lado, essa atribuição pormenorizadamente aferida ao Gestor Social, além de punir, perfaz a figura de garantir direitos básicos a qualquer indivíduo, ressonante a isto, escalonando o ordenamento jurídico a concepções constitucionais de grande relevo e respeito pela sua diagramação, temos o elo entre a lei penal e o Direito Constitucional e seus direitos fundamentais.

A relação entre a constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem no texto constitucional suas raízes materiais. É fundamental, inclusive para a salvaguarda dos direitos fundamentais, para que a interpretação e aplicação da lei penal sejam feitas sempre conforme a Constituição e dos ditames do Estado Democrático de Direitos.(PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, 2010, p.68)

Com isso, falar em lei penal sem analisar a Suprema Carta não se faz possível, uma vez que, a Carta Política é dotada de supremacia sobre as demais leis de um dado ordenamento jurídico, definindo assim então a forma de aplicação, execução, deveres e garantias dos apenados, claro, isso de modo genérico.

‘‘A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta mediante um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.’’(BITENCOURT, 2010, p.39)

Como leciona Bitencourt, princípios e garantias são polivalentes na análise de um caso concreto, pois ao julgar, o magistrado se deparará com questões conflitantes entre si em que a equidade, a proporcionalidade, ou seja, uma ponderação deverá ser observada para garantir uma a real efetivação desses direitos.

Não obstante, o Art 5°, inc. XLVII da Constituição Federal de 1988 traz as circunstâncias em que o apenado não sofrerá tais medidas desumanas ou desarrazoáveis, tal dispositivo legal denota fortemente a constitucionalização das penas no ordenamento pátrio brasileiro.

Ao que se fala nos dias atuais de dignidade da pessoa humana, é importante salientar que, o referido princípio traz ao ordenamento nacional um complexo de benfeitorias para que haja uma efetivação das normas, seguindo os critérios de humanidade, equidade, justiça, entre outros.

É mister ressaltar que, a Carta Política é a responsável pela formação do Estado, e este, é a ela submetido(estado constitucional democrático de direito). Ressonante a essa relação, o legislador infraconstitucional cede a aos ditames constitucionais para a elaboração de lei penal, sendo assim a mesma realçada de presunção de constitucionalidade. Por conseguinte, coube a Constituição tutelar o *jus puniendi* ao Estado e a este cabe à elaboração de leis penais que se coadunam a filosofia pensada para o Estado Democrático e a busca de mecanismos que as façam valerem de um como o todo.

Ainda hoje se fala na introdução da pena de morte em nosso ordenamento pátrio, lembrando que ela é prevista, mas é apenas uma excepcionalidade, ou seja, no caso de guerra declarada. O midiatismo sensacionalista tenta implantar na sociedade, leia-se, homem médio, um ideal de resolução instantânea e a priori rápida, desclassificando a figura do delinquente como portador de dignidade humana.

Contudo, é expressamente prevista na Carta Maior a vedação da pena de morte, exceto para caso de guerra declarada. Ora, a vida como um direito fundamental não é absoluta, e sim relativo, entretanto, é o bem mais importante que nosso ordenamento penal tutela. Isso fica claro no crime de homicídio, que as penas vão de 6 a 20 anos, e no qualificado que irá de 12 a 30 anos, ficando a medida utilizada como reclusão, privação de liberdade em sistema progressivo. Denota-se daí, que mesmo um crime de tamanho repúdio que é o matar alguém não comina uma pena de igual modo ao agente. O movimento do neoconstucionalismo tende a abolir essa prática severa.

Nos países mais civilizados do mundo, a pena de morte desapareceu ou tende a desaparecer. A Alemanha a baniu de sua legislação, de forma absoluta, por imperativo constitucional. A Itália a mantem somente na legislação militar. Portugal orgulha-se de tê-la eliminado há mais de um século. Grã-Bretanha e França aboliram-na mais recentemente(ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique, Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol.1 – Parte Geral, 2011, p.670-671)

Certo é que, a pena de morte foge dos ditames da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e direitos do homem, porém não obsta os direitos fundamentais de determinado estado.

Uma crítica gira entorno dessa levantada questão. Como pode o Poder Judiciário carente de agilidade processual e ineficiência do Estado tomar tal medida mortal? Quando privamos a liberdade ou reduzimos direitos fica a possibilidade do apenado voltar para a sociedade provado o erro judicial ou o cumprimento da pena, porém em uma sentença de morte isso não é capaz, pois há o cerceamento da vida em prol da coletividade.

O dilema, adotar ou não? Preferimos permanecer com a corrente constitucional de vedação de penas cruéis, de caráter perpetuo, de banimento e de morte.

Para o atual horizonte de projeção do direito penal, a pena de morte fica fora do conceito de pena. Vimos que no direito penal contemporâneo a pena tem uma função preventiva especial particular, reconhecida até mesmo pelos partidários da prevenção geral, visto que admitem que a execução da pena exerça este papel. Pois bem, a chamada ‘‘pena de morte’’ não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente.(ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal V.1 – Parte Geral – 9° edição – Revista dos Tribunais, p.671)

Podemos com tais citações, alcançarmos o princípio da força normativa da constituição, que versa sobre toda e qualquer lei submetida à realidade da Magna Carta. Sendo assim, uma veracidade a submissão das penas aos ditames da constituição.

1. **DIREITOS E DEVERES DOS APENADOS**

Ainda discorrendo sobre o direito dever de punir que possui o Estado, como já supracitado em questões de aplicação das penas, vemos afim que mesmo o *jus puniendi* possui limitações.

Não é de qualquer modo que segue a deliberação desenfreada do tutor desse dever. Ora, existem previsões legais que fomentam essa ideologia. Em nossa realidade encontramos uma codificação perfeita no que tange a execução e aplicação da lei penal, prezando pelo condenado; ela é a Lei de Execuções Penais 7.210/1984, e ainda mais em nossa Constituição vigente que traz formas de direitos e deveres que o detento possui. O nosso Código Penal traça algumas nuances a despeito, mas em termos a serem concretizados a lei 7.210/84 é a que melhor assegura tais direitos e deveres.

Em relação aos direitos, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, é objetivo por demais. Basta dar uma olhada na parte 1, que é intitulada de Deveres dos Estados e direitos protegidos, e ir até o Art 5° que trata dos direitos à integridade pessoal, trazendo ali um rol de deveres que impõe ao Estado uma ação ou uma modificação da realidade.

Como já citado em outro tópico, não há na pessoa do apenado uma retirada de direitos por completo, e sim, uma redução no direito à liberdade, sendo por isto reduzidos outros direitos que caminham com a mesma lado a lado. Parece aqui acertado o comentário feito por Rogério Sanches Cunha acerca de um dos artigos da Lei 7.210/1984.

Visando a evitar a reincidência, criando condições suficientes ao preso ou internado retornar ao convívio social (Transformando o criminoso em não criminoso), o Estado deve prestar-lhe assistência material, saúde, jurídica, social, religiosa(Art11), estendendo-se o tratamento especial também ao egresso.(CUNHA, Rogério Sanches,

Tais expectativas tornaria a vida de milhares de detentos um tanto quanto melhor para uma ressocialização em sua mais ampla completude.

Como tudo o que discorremos até aqui alude a nossa Magana Carta, não seria diferente aqui trazermos além da Lei 7.210/1984 outro dispositivo legal, melhor dizer, a própria Constituição como fundamentos desses direitos e deveres tutelado ao *jus puniendi*. No corpo do artigo 5° da Carta Política aduz alguns pontos interessantes sobre os direitos e garantias que o preso possui. Todavia, se faz necessário um juízo de ponderação que analise a colisão entre direitos/deveres e garantias do apenado com os direitos e garantias da coletividade para que, via de regra, haja um completo equilíbrio entre os dois polos.

Claro que, levando em consideração o senso comum, será fácil nortear quem irá prevalecer nesse embate. Outrossim, temos uma política criminal de alto valor humano que prezou com forte e respeitado pensar de preservar o agente cometedor do ilícito penal. No aludido trabalho, ou melhor, no transcrito tópico, não busco a análise de dispositivos a dispositivo de forma minuciosa, apenas menciono que há um núcleo básico entre a pena e o indivíduo que a sofrerá, mas que também, este indivíduo gozará de um sistema defensor de suas mais diversas diferenças, garantindo direitos e lhe agregando deveres.

Faço aqui uma ressalva à questão da maior idade penal para consagrar esses direitos. Haja hoje uma massificação em detrimento do Estatuto da Criança e do Adolescente visando uma retirada de direitos tutelados antes mesmo pela Magana Carta de 88.

Art. 227

A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Sem dúvidas hão de convir que estamos diante de uma crise de valores que nos faz querer um resultado expressivo de imediato, independendo das mazelas que isso ocasionará.

Na realidade latino-americano consta-se, desgraçadamente, que a legislação de menores serve tão somente para submetê-los a uma situação mais gravosa e repressiva de que a do maior; exatamente em razão de sua pouca idade, sofre os efeitos negativos de uma segregação, de forma mais grave do que o adulto, posto que esta atinge de maneira mais profunda a sua personalidade.(ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal V.1 – Parte Geral – 9° edição – Revista dos Tribunais, p.134)

Esses são os traços que muitos visam combater , ou seja, uma destruição da criança e do adolescente, ainda que aos olhos de muitos seja essa uma situação merecedora. Claro, poderá sim haver uma melhoria logística entorno de questões como a redução da maior idade pena, pena de morte, mas jamais poderá haver uma total desclassificação do delinquente como sub -humanos não portadores de direitos, ou seja, dejetos imundos de uma sociedade que não está nem ai para o que irá acontecer com esses segregados.

1. **HOMEM, ALVO DA SANÇÃO PENAL**

Bem, o aludido trabalho já discorreu sobre fundamentos de uma pena que coaduna-se com o nosso modelo institucional elencado pelo Constituinte Originário de 1988. Obviamente que ao tratar de sanção penal, temos como alvo direto e imediato o homem.

Ora, não existe uma sanção que não venha a atingir o homem, ou seja, ele é o próprio fim do direito, seja para a preservação de direitos sociais, culturais, individuais, difusos, coletivos, seja nos ramos de Direito Civil, Direito Ambiental, sempre se manifestará em prol do homem como um todo.

Mas, até o Direito Ambiental procura a preservação do homem? A resposta é obvia que sim. Analise, ao protegermos um animal ameaçado em extinção, um rio, um lago, o oceano, estamos não apenas preservando os animais ou recursos naturais, mas sim, estamos a defender os meios para o benefício do próprio ser humano, então, todo o Direito é beneficiário do homem.

Ainda mais, até sanções aplicadas a pessoas jurídicas, ainda assim estará a tocar pecúnias de quem a formou, do meio de seu capital social e não só a pessoa jurídica, ou seja, poderá ir além e tocar a pessoa natural que a formulou. Então diante do exposto, o tipo de pena dever agir para promover o bem estar social e o próprio apenado.

Se não o fosse, seria não tratar com isonomia o Direito Público do Direito Privado, pois neste, cabe na figura de alguns de seus institutos, funções como a pedagógica, econômica e a junção destas duas que seria a função social. Se o Direito Privado, leia-se Direito Civil, que trata de assuntos individuais/particulares, ele mesmo sofre intervenção do Estado por meio do dirigismo estatal, como não o Direito Público, leia-se Direito Penal, não sofrer uma maior categorização para fazer com que funcione com melhores padrões sociais, tanto coletivo como individuais?

A função social dos contratos é como que uma síntese das duas funções anteriores. Os contratos são fenômenos econômico-social. Sua importância, tanto econômica quanto social, salta aos olhos. São meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem a dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros. (FIUZA, Cesar, Direito Civil-Curso Completo, 2014, p.525)

Trago essa citação reforçando a tese do Direito Privado, ou seja, a importância de, o Direito Penal também buscar propiciar no seio social essas funções. Não digo semelhante, mas sim, agregativas, para que a sociedade perceba o verdadeiro querer do *jus puniendi* estatal. Não basta só penalizar, deve haver nessa sanção o critério mais proveitoso possível de função social da pena.

A esta função, incorre a agregação do indivíduo de todas as maneiras possíveis na sociedade, não só ressocializar, mas sim, tornando o indivíduo social lato sensu. Onde o mesmo possa captar uma maior afetividade pelo meio em que está inserido.

Então, por mais relutante que seja a aceitação social por essa concepção de função social, o poder Legislativo defendendo não só a maioria como também a minoria, deve pauta--se nos princípios basilares que elenca nossa constituição: a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Tais princípios fundamentadores esbanjam sua força por todo o corpo constitucional, e também na legislação infraconstitucional, entre elas, o próprio Direito Penal.

Todavia, a força coercitiva propagada pelo Direito Penal e executada pelo *jus puniendi* ao homem, faz com que haja uma ideia imaginária de como esse poder é forte, no que tange a aplicabilidade no cotidiano. Cito o termo imaginário, não em menosprezo ao direito-dever de punir, mas sim, de se formar de imediato, imagem de como o Direito Penal é coercitivo.

Nisso, respaldo um princípio de tamanho relevo para tal ramo do direito, o princípio da confiança, ou seja, todos possuem em seu íntimo o alicerce de que ninguém desobedecerá a lei, sob pena de sofrer sanção.

Como o dever objetivo de cuidado dirige-se a todos, nada mais justo esperar que cada um se comporte com a prudência e inteligência necessárias para a convivência harmônica de toda a coletividade. As relações sociais não são orientadas pela desconfiança, com a presunção de que o semelhante não cumprirá com suas obrigações de cidadão. (BITENCOURT, Ceza Roberto; Tratado de Direito Penal; Parte Geral, 15° Edição, p.332)

Pois, tratando como alvo o ser humano, cabe ao direito o controle de distúrbios que possa avençar contra a ordem pública e os bons costumes. Assim, a lei penal tratará de punir aqueles que violarem dispositivos de seu corpo legislativo.

Pormenorizadamente, o *jus punendi* aferirá medidas capazes de sem perda de direitos suprir as querelas sociais em busca de uma pena ideal para ser aplicada ao indivíduo, ou seja, o hemem.

1. ***JUS PUNIENDI*: ESTADO AGINDO EM CONFORMIDADE COM A PROPOSTA DE UM ORDENAMENTO PENAL EQUITATIVO**

Há muito em se falar aqui no Contrato Social inspirado em Rousseau, onde os indivíduos cediam a um ente, parcela de seus poderes para este governar, e com isso, manter a ordem pública e o bem estar comum. É certo que, esse governo não era mais absoluto pois o próprio povo o outorgava essas prerrogativas, e o governante não poderia mais se privilegiar da teoria da investidura divina do poder, agora pois, imperava o poder dos homens e não mais o de deus.

Aqui também, reluto em citar o leviatã descrito por Thomas Horbes, o monstro marinho bíblico que tudo devora, analogia proferida ao Estado que tudo pode conseguir, claro que hoje respeitado o Estado Democrático de Direito.

Onde eu quero chegar com isso? Primeiro mostrar que fazemos parte de um sistema que tem como principal foco a preservação dos interesses coletivos e a guarda do próprio direito. Como já descrevia Rudlf von Ihering...

‘‘O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira.’’(IHERING, 2009, p.23)

Assim, nada mais do que perfeitamente salutar é, o instrumento do *jus puniendi* se coadunar com todas as querelas sociais e que, com isso, haja um termo equitativo em prol do bem estar.

Deveras, há no exposto trabalho uma ênfase a temática da constitucionalização das penas, embora já seja perceptível um ordenamento jurídico que prima pela figura do réu, é de suma importância mencionarmos que a Carta Política de 1988 é, como outrora citado, a dirigente dos Poderes e do próprio povo, onde sua força normativa, sua máxima efetividade, sua unidade, esbanjam-se por todo o ordenamento seus raios de normatização. Então, a mesma aferiu o *jus puniendi* ao Estado, faz mister entendermos como surge essa imputação. Hodiernamente é dada pela própria Constituição de dado país.

‘‘Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela guarnece o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial. ’’(BASTOS, 2002, p.258)

De tal maneira, a tutela jurídico-penal permanece nas mãos de uma formação em benefício da sociedade e que garanta ao indivíduo sancionado uma gama de diretos. Por conseguinte, o Direito Penal proporciona à defesa de bens essenciais a vida humana, também fornecendo proteção aos cidadãos e delinquente.

Por mais paradoxal que possa parecer, o Direito Penal tem a função de garantir. De fato, funciona como um escudo aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal. Por esse motivo, Franz von Liszt dizia:‘‘o Código Penal é a Magna Carta do delinquente’’.(MASSON, Cleber; Direito Penal Esquematizado; Parte Geral; Vol.1; 2013; p.10)

É de tamanho respaldo tal temática, que aferimos dentro das ações penais o poder que o Ministério Público possui, conferido pela própria Constituição.

Considerando a sujeito que pode promover a ação penal, pode-se classificá-la em pública e privada. Assim, dispõe o artigo 100, caput, do Código Penal que a ação penal será pública, salvo quando a lei, de modo expresso, declará-la privativa do ofendido. O §1º do mencionado dispositivo, além de prescrever a competência exclusiva do Ministério Público para a promoção da ação penal de natureza pública, subdivide-a em *incondicionada*, quando depende da manifestação de vontade de quem quer que seja para ter início; e *condicionada,* que é a espécie de ação penal subordinada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça.(PRADO, Luiz Regis; Curso de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral, 10ª Edição, 2010, p.687)

Nos ensinos do renomado doutrinador, mostra que todo o sistema jurídico-penal prevalece à administração da justiça ao Estado. Por isso, deve ele agir em consonância com todo ordenamento jurídico, evitando ao máximo as controvérsias.

Para exercitar seu poder de repressão às transgressões da norma penal e para restabelecer a ordem jurídica por elas violadas, o Estado avocou para si o *jus puniendi*, passando a ser o único detentor da administração da justiça.(PRADO, Luiz Regis; Curso de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral, 10ª Edição, 2010, p.684)

Conclui-se que, o critério adotado para a aplicação do direito-dever de punir, respalda--se em proporcionalidade, legalidade, devido processo legal entre outros, que impõe ao portador de *jus puniendi* as benesses que o mesmo pode causar a um indivíduo que por ele foi afetado.

1. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Depois de tudo já explanado no proferido trabalho, captamos a necessidade de adequarmos nossos olhares para horizontes bem mais amplos do que o senso comum que a coletividade possui. Certo é que, o Direito Penal carrega em suas entranhas punições, castigos, dos mais restritivos em relações a direitos, porém, o mesmo cuida em propiciar instrumentos que garantam um núcleo básico de direitos, e por conseguinte, aferirá deveres em contraprestação.

Nesse binômio entre direitos e deveres, surge como postulado no aludido trabalho o *jus puniendi* como sendo o direito do Estado em fazer cumprir suas regras/normas. Enfim, cabe a esse direito-dever de punir a preservação ainda que contrária a uma boa parte da população, do delinquente, ou seja, ao mesmo não haverá um exaurimento de todas as suas garantias, mas tão somente uma redução de certos direitos, precipuamente no concernente a liberdade.

Cabe por parte da sociedade, dar um maior alcance a esse egresso do sistema penitenciário, fazendo com que o mesmo não venha a ser taxado como impossibilitado de uma nova chance no convívio rotineiro. Por questões já respaldadas, o Estado deverá manter uma função mais efetiva na concretização desse interesse, tanto do apenado como da sociedade ao ver em seu meio um ex-presidiário com pleno exercício de sua cidadania outrora cerceada em defesa do bem comum.

Logo, aferimos em uma totalidade, não haver a capacidade de reinserção do um indivíduo sem a participação do grupo social nessa vontade, por isso, o *jus puniendi* preconizará por garantir direitos do indivíduo em face da sociedade. Uma vez que, sendo o homem alvo dessa sanção imposta pela ordem estatal, deverá a medida ser reflexa de equidade e proporcionalidade, prezando pela maior efetividade da justiça penal, por dizer um Direito Penal garantidor e a sanção penal reformuladora do homem.

**Referências Bibliográficas**

BASTOS, Celso Ribeiro; Curso de Direito Constitucional/ Celso Ribeiro Bastos – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; Tratado de direito penal : parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2013.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) – **Pacto de San José da Costa Rica** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. acessado em 25 set. 2014.

FIUZA, César; Direito civil: curso completo / César Fiuza – 17. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal / Rogério Greco – 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

IHERING, Rudolf von, 1818-1892, A luta pelo direito – Título original: Der Kampf ums Recht – Tradução João de Vasconcelos – São Paulo: Martin Claret, 2009. – (Coleção a obra-prima de casa autor; 47).

KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria geral do direito e do Estado – Título original: General theory of law and state / Hans Kelsen; tradução Luíz Carlos Borges. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. – ( Justiça e Direito).

MASSON, Cleber; Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol.1 / Cleber Masson – 7ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal – Parte Geral - Vol.1 / São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, Paulo; Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRADO, Luiz Regis; Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral, arts. 1.º a 120 / Luiz Regis Prado. – 10. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Washington dos; Dicionário jurídico brasileiro / Washington dos Santos – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; Manual de direito penal brasileiro : volume 1 : parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.