

**A relação entre Direito e Poder: Conjecturas da intervenção penal a partir de uma perspectiva criminológica**

**The relation between Law and Power: Conjectures of criminal intervention from a criminological perspective**

**Waldir Miguel dos Santos Junior.**

**Francisco de Aguiar Menezes.**

**Resumo:** O poder e o direito sempre estiveram indissociavelmente interligados, pois o poder efetiva o dever ser da juridicidade. No campo do direito penal, tal relação precisa ser mais detalhadamente investigada, pois, perante deslegitimação do sistema penal, é preciso analisar se a ordem jurídica pode ou não racionalizar e legitimar o poder de punir e, para isso, é necessário definir a natureza deste próprio poder. Para tanto, neste trabalho teórico, recorreu-se à doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, cotejando-a com o realismo marginal de Eugênio Raul Zaffaroni e a perspectiva criminológica de Salo de Carvalho. Por fim, a pesquisa caminhou para o pensamento de Michel Foucault.

**Palavras-chave:** Poder, direito, penal, criminal, garantismo.

**Abstract:** Power and law have always been inextricably interconnected, since power gives effectiveness to the “ought to be” of juridicity. In the field of criminal law, such a relationship needs to be further investigated, since the delegitimizing of the criminal system, it is necessary to analyze whether the legal order can rationalize and legitimize the power to punish and, for that, it is necessary to define the nature of this Power. For this, in this theoretical work, the Guarantism doctrine of Luigi Ferrajoli was used, comparing it with the marginal realism of Eugênio Raul Zaffaroni and the criminological perspective of Salo de Carvalho. Finally, the research moved to the thought of Michel Foucault.

**Keywords:** Power, law, criminal, criminal, guaranty.

## **1. INTRODUÇÃO**

O poder e o direito sempre estiveram indissociavelmente interligados. A ordenada engenharia do poder oferecida pela ordem jurídica existe em função de fortalecer a pretensão de racionalidade da intervenção do mando jurídico no fato natural.

No campo do direito penal, pautado pelo princípio da legalidade e da taxatividade, o direito instrumentaliza o poder punitivo e determina as vias pelas quais este pode ser aplicado e executado. Entretanto, o exercício do poder de punir há muito tempo se mostra deslegitimado e pouco restrito pela legalidade, uma vez que esta não é respeitada no âmbito do sistema penal formal, seja porque a operacionalidade do direito penal desrespeita diretamente a lei, seja porque a própria legislação concede amplíssima margem de arbitrariedade às agências penais (ZAFFARONI, 2010 p. 28).

Nessa ordem de ideias, é preciso investigar a verdadeira relação entre o direito e o poder no campo do direito penal e do pensamento criminológico, por isso trata-se do poder punitivo, dos sistemas jurídicos que visam racionalizá-lo, canalizá-lo e justificá-lo, com ênfase no pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, mas também analisando as propostas reducionistas de Zaffaroni e passa-se, ao final, para uma análise filosófica e sociológica das relações de poder advindas deste processo dialético, tendo como base o pensamento de Michel Foucault.

## **2. A RACIONALIZAÇÃO DO PODER PELO DIREITO NO GARANTISMO PENAL**

Perante a deslegitimação do direito penal evidenciado pela teoria da reação social e pela criminologia crítica, a teoria do garantismo penal surge para estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal (ANITUA, 2008). Na opinião de Ferrajoli, o poder é imanente ao Estado, essa foi sua tarefa ao substituir a vingança

privada. O direito penal é a racionalização normativa contra a vingança, que é cruel e imprevisível. No entanto, esse poder estatal, como reconhece o citado autor, pode se tornar mais vil e irracional que a própria vingança que visa a substituir (ANITUA, 2008).

Na opinião do citado autor, o direito penal possui uma função utilitária e garantista, que consiste em minimizar a violência tanto pública quanto privada. Esta última é a mais tendencialmente gravosa e manifesta-se sob a forma do uso da força física, do aproveitamento imoral, abuso do poder econômico e opressão familiar (FERRAJOLI, 2014).

O autor italiano diferencia os direitos fundamentais, cujo exercício não é nocivo a terceiros, e as situações de poder, que podem produzir efeitos na esfera jurídica alheia. Neste contexto, as situações de desigualdade jurídica das situações de poder podem gerar poderes e sujeição extrajurídicos desenvolvidos entre funções e instituições jurídicas abandonadas à dinâmica substancialmente livre e descontrolada; ou porque se desenvolvem alheios a qualquer instituição jurídica de forma puramente extralegal ou ilegal. Para Ferrajoli, tais poderes extrajurídicos são tendentemente absolutos. Estes poderes desregulados costumam estabelecer barreiras à liberdade e igualdade dos cidadãos.

Para Ferrajoli, na ausência do sistema penal, a contenção da violência por parte dos poderes extrajurídicos dar-se-ia de quatro modos possíveis sendo o primeiro o mais provável de todos:

a) o sistema do controle social-selvagem no qual vigora a vingança privada individual, movida por laços de parentesco, que é historicamente imoderada, desproporcional e tendentemente absoluta.

b) o sistema de controle estatal-selvagem comum aos ordenamentos primitivos e realizados de forma despótica, vertical e potestativa pelo detentor do poder político.

c) o sistema de controle social-disciplinar característico de sociedades primitivas autorregulamentadas fortemente ideologizadas e éticas, com rígidos policiamentos morais difusos (panoptismos).

d) o sistema de controle estatal-disciplinar, tipicamente moderno e perigoso, pois advindo das contemporâneas funções preventivas de segurança pública mediante técnicas de vigilância total, instrumentalizadas por sistemas informáticos e polícias secretas. (FERRAJOLI, 2014).

Destarte, a racionalização do sistema punitivo estatal e sua transformação e interpretação em conformidade com os direitos e garantias fundamentais ao estado de direito seria, na visão do autor, a alternativa viável contra o ilegítimo poder despótico de um lado e, do outro, o estado de natureza que, em uma perspectiva certamente hobbesiana, acabaria por permitir o exercício de um poder desproporcional e ilimitadamente gravoso, como é característico da vingança privada.

Nesta perspectiva, a teoria do garantismo penal é desenvolvida a partir da elaboração de 10 (dez) axiomas que, na visão de Ferrajoli, racionalizam a aplicação de um poder punitivo mínimo, contido e democrático, sendo 6 deles de direito material e 4 de direito processual penal e são construídos através dos interrogativos “quando”, “como” e “para que” punir. Quando adotados pelo ordenamento jurídico, os axiomas - premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira, que não necessita de demonstração - atestariam que o sistema legal é de estrita legalidade e por isso possuidor de uma limitação intrassistêmica e racional do poder punitivo do Estado pelo direito.

Apresentando os axiomas, de forma sintética e objetiva podemos apontar:

1) *Nulla poena sine crimine*: trata-se do princípio da retributividade ou da sucessividade da pena com relação ao delito. Um postulado conhecido pela maioria das Constituições democráticas. A pena deve surgir a partir do delito e não da arbitrariedade dos detentores da máquina punitiva estatal.

2) *Nullum crimen sine lege*: é o princípio da legalidade, reconhecido pela constituição no artigo 5º XXXIX, pois não há crime, nem pena, sem lei escrita, estrita, prévia e certa.

3) *Nulla lex poenalis sine necessitate*: princípio da necessidade ou da intervenção mínima, uma vez que, em uma perspectiva funcional teleológica, o direito penal contemporâneo deve se prestar a proteger os bens jurídicos mais importantes à vida em sociedade e a confecção da norma incriminadora deve se pautar nesta finalidade.

4) *Nulla necessitas sine injúria*: princípio da lesividade ou ofensividade, que estabelece que a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico é imprescindível para o delito, de forma tal que o autor rechaça a legitimidade dos delitos de perigo abstrato ou dos crimes de associação.

5) *Nulla iniuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, pois o sistema penal não pode punir meros estados de consciência ou atitudes

internas, ou pela condição de “criminoso natural” afastando-se qualquer resquício do direito penal do autor.

6) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade. Não pode haver responsabilidade penal objetiva, desprovida da análise do dolo ou da culpa, elementos que atualmente se encontram no próprio fato típico.

7) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade, pois não pode haver presunção de culpa, devendo esta ser demonstrada em juízo.

8) *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação.

9) *Nulla accusatio sine probatione*: O princípio da prova, que determina que se dê por provado apenas os fatos alegados em contraditório judicial.

10) *Nulla probatio sine defensione*: O princípio do contraditório, da defesa ou da refutação, que garante a ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes (FERRAJOLI, 2014).

Importante salientar que o sistema garantista não dispõe que a pena deve ocorrer direta e necessariamente a partir da presença das garantias, ao contrário, Ferrajoli afirma que a presença mínima de tais axiomas deve condicionar a aplicação correta da pena, deslegitimando o exercício absoluto do poder punitivo.

## **2. CRÍTICA AO GARANTISMO PENAL: DA IMPOSSIBILIDADE DE RELEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO PELO DIREITO**

Notável crítica se impõe aos corolários do garantismo, pois este erigiu um sistema justificacionista do sistema penal, legitimando a estrutura punitiva em negação às teorias abolicionistas. Ademais, o autor italiano, a partir de uma perspectiva utilitarista, reconstrói a teoria da prevenção geral negativa, adicionando à coação psicológica coletiva, que seria a finalidade precípua da pena segundo esta teoria, a proteção do agente contra a vingança privada, negando todas as outras teorias tradicionais. (CARVALHO, 2015).

Em que pesem as evidentes conquistas do garantismo penal, autores como Salo de Carvalho apontam, de forma perspicaz, o demérito do sistema garantista em não

conseguir ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do bom sistema normativo, em contradição ao que o próprio autor italiano demonstrou: que o sistema punitivo é marcado por violências arbitrárias, pois é fundamentado pela vontade de punição que inerentemente o constitui (CARVALHO, 2015, P.234).

Impossível não avançar, nesta ordem de ideias, pela teoria agnóstica da pena, trabalhada de forma profunda por Eugênio Raul Zaffaroni em seu curso de direito penal e em seu livro: em busca das penas perdidas. Se o poder de punir não pode ser fundamentado e legitimado pelo saber jurídico garantista, cumpre reconhecer este mesmo poder como ato político beligerante (ZAFFARONI, 2011).

Zaffaroni afirma que a legitimidade do sistema penal não pode ser suprida pela legalidade. A uma porque o saber penal só se ocupa da reduzida parte da legalidade que o órgão legislativo permite que fique dentro de seu âmbito (ZAFFARONI, 2010, p. 22.). A duas porque o sistema não atua de acordo com a própria legalidade, pois a operacionalidade do sistema penal funciona a margem da lei e de forma absolutamente seletiva. A prova disso está no fato de que a quantidade de normas incriminadoras de nosso ordenamento jurídico é tão abundante que as autoridades responsáveis pela persecução penal poderiam criminalizar qualquer pessoa, se todas as sonegações fiscais, abortos e violações de direito autoral fossem punidos. Em terceiro lugar, o autor argentino ainda afirma que o sistema penal que viabiliza e instrumentaliza o poder de punir possui vínculos ideológicos genocidas, especialmente em nossa região marginal, pois se baseia em pensamentos criminológicos ainda vinculados à escola positivista Lombrosiana. (ZAFFARONI, 2010, p. 29).

A deslegitimação defendida por Zaffaroni é especialmente evidente fora dos países centrais, pois nestes o padrão de vida obtido pela prosperidade econômica e pelo estado de bem estar social mitigou os efeitos violentos da deslegitimidade. Nos países marginais, o sistema penal, sem se desagarrar de sua etimologia positivista, tornou-se um violento mecanismo de administração da miséria, produzindo e reproduzindo o criminoso, selecionando-o em dentre aqueles que não se integram ao sistema de produção econômica que os órgãos penais visam preservar.

Neste realismo marginal, os agentes que instrumentalizam o poder punitivo reproduzem acriticamente as violências inerentes ao próprio sistema, pois os integrantes das agências policiais são selecionados a partir do mesmo grupo social que os criminalizados e exercem suas funções sobre três influências contraditórias: o discurso moralizante da cúpula da agência governamental, a prática corrupta por parte de seus

colegas e a agressiva imagem do policial ideal – cuja violência e brutal eficiência beiram a psicopatia - que a população que a população lhe impõe por influência da mídia transnacional (ZAFFARONI, 2010, p. 138).As autoridades judiciais, por sua vez, não conseguem transcender suas atividades burocráticas diárias, em grande parte porque não conseguem contemplar a verdade sobre pequenez do poder que possui na condução do sistema penal, pois tal consciência lhe é muito desagradável (ZAFFARONI, 2010, p. 141).

Neste diapasão, o autor argentino conceitua o poder punitivo, em última análise, como poder político beligerante, de forma que a pena não possui uma verdadeira finalidade preventiva, ou qualquer função jurídica, senão de manutenção das relações dos poderes que se aproveitam de tal conjuntura política. Surge a teoria agnóstica da pena, sobre a qual a relação entre o direito e o poder não é de legitimidade ou instrumentalidade, mas de mera contenção dos danos causados pela violência tendencialmente absoluta de um poder bélico e de natureza política. Nestes termos, cabe citar as palavras de Salo de Carvalho:

Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite. Assim, o direito penal e processual penal resultam ainda necessários como alternativas à política, apresentando-se como tecnologia de minimização da violência e do arbítrio punitivo (CARVALHO, 2015, p. 267).

Enfim, a partir do momento em que se reconhece que o poder de punir é verdadeiramente político, a função do direito e do jurista é a de redução de danos causados pelas agências de punibilidade que perpetuam as relações de poder intrínsecas ao próprio direito penal.

### **3. RELAÇÕES DE PODER (MICHEL FOUCAULT)**

Foucault sempre trabalhou com a ideia de poder, para ele é possível lutar com contra padrões comportamentos, mas impossível se livrar das relações de poder. Para

Foucault não existe poder imanente a um órgão ou instituição o que existe são relações de poder que se dá em instituições órgãos.

O poder em Foucault reprime, mas também produz efeitos de saber e verdade.

Trata-se (...) de captar o poder em suas extremidades, em suas últimas ramificações (...) captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam (...). Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício. (FOUCAULT, 1979 p.182)

Caracteriza-se a pesquisa bibliográfica por meio da análise de descrição, nas obras de Foucault: *Microfísica do poder* (1979); *Em defesa da sociedade* (1999); e *Vigiar e punir* (2008) e *Verdades e Formas Jurídicas* (2002).

É preciso, antes de qualquer coisa, conhecer a etimologia da palavra poder, que vem do latim vulgar *potere*, substituído ao latim clássico *posse*, que vem a ser a contração de *potis esse*, “ser capaz”; “autoridade”. Dessa forma, na prática, a etimologia da palavra poder torna sempre uma palavra ou ação que exprime força, persuasão, controle, regulação.

Para Foucault estamos fadados a relações de poder, sempre haverá uma relação de poder de uma sobre o outro.

Nesse aspecto temos que entender como e onde isso dá, e o direito é uma das bases que vão se relacionar com o poder, a outra seria a verdade.

Diante dos papéis possíveis que a sociedade pode apresentar, Foucault (1999) nos apresenta duas tecnologias de poder, divididas em duas séries: corpo — organismo/disciplina/instituições, que são os mecanismos disciplinares; série população — processos biológicos (que são os mecanismos regulamentares)/ Estado. É o que Foucault chama de panóptico, fazendo alusão uma expressão cunhada por Bentham em 1785 em que ele analisava o sistema de observações dos presidiários sem que estes pudessem saber, nesse aspecto Foucault trabalha a modernidade através de relações criam mecanismo de regulação para vigiar e controlar os homens, este sistema de observação possibilitou domesticar os homens tornando úteis à sociedade instaurando uma nova tecnologia do poder.

De acordo com Foucault a modernidade trouxe duas novidades fortemente interligadas: poder disciplinar, no âmbito dos indivíduos; e sociedade estatal, no âmbito do coletivo. O poder disciplinar surgiu em substituição ao poder pastoral (no campo



religioso), poder esse exercido verticalmente por um pastor que depende do seu rebanho e vice-versa. No poder pastoral, o pastor deve conhecer individualmente cada membro do seu rebanho, se sacrificar por eles e salvá-los, como denominado por Veiga-Neto (VEIGA NETO, 2003, p.81). “vertical, sacrificial e salvacionista; individualizante e detalhista”.

Os estudos de Michel Foucault estiveram relacionados às instituições, quartéis, fábricas, prisões, hospitais psiquiátricos e escolas, “instituições de sequestro”, em que o autor perpassa pela sociedade disciplinar. A política que conduz tais instituições, Foucault afirma ser a “continuação da guerra por outros meios”. “A disciplina procede em primeiro lugar à distribuição dos indivíduos no espaço”( FOUCAULT, 2008, p.121). Entretanto, a organização espacial, horários, escala hierárquica, tudo leva a essas instituições a prescrição de comportamentos humanos estabelecidos e homogêneos, assim como descreve:

Foucault em Vigiar e Punir :

A minúcia dos regulamentos, o olhar esmiuçante das inspeções, o controle das mínimas parcelas da vida e do corpo darão, em breve, no quadro da escola, do quartel, do hospital ou da oficina, um conteúdo laicizado, uma racionalidade econômica ou técnica a esse cálculo místico do ínfimo e do infinito. (FOUCAULT, 2008, P.128)

Para Foucault as relações de poder visam domesticar “corpos dóceis são maleáveis e moldáveis.”(FOUCAULT, 2008, p.119).

O Direito atua nesse quadro como forma de racionalização estatal é forma mais justificável do exercício das relações de poder, pois ele através de seu saber institucionalizado produz a verdade.

Nesse sentido, é que Foucault vai chegar à conclusão é que as ilegalidades integram as relações de poder, e a lei, por mais rigorosa que seja, não consegue escapar da relação triangular, poder , Direito e verdade: Nesse sentido Foucault :

É também um instrumento para a ilegalidade que o próprio exercício do poder atrai a si. A utilização política dos delinquentes — sob a forma de espias, enunciantes, provocadores — era fato sabido bem antes do século XIX.<sup>46</sup> Mas depois da Revolução essa prática tomou dimensões completamente diversas: a infiltração nos partidos políticos e associações operárias, o recrutamento de homens de ação contra os grevistas e amotinados, a organização de uma subpolítica — que trabalha em relação direta com a polícia legal e suscetível, em último caso, de se tornar uma espécie de exército paralelo — todo um funcionamento extralegal do

poder foi em parte realizado pela massa de manobra constituída pelos delinquentes: polícia clandestina e exército de reserva do poder. Na França, parece que foi em torno da Revolução de 1848 e da tomada do poder de Luís Napoleão que essas práticas atingiram seu pleno florescimento.<sup>47</sup> Pode-se dizer que a delinquência, solidificada por um sistema penal centrado sobre a prisão, representa um desvio de ilegalidade para os circuitos de lucro e de poder ilícitos da classe dominante. (FOUCAULT, 2008 p. 307).

Destarte, para Foucault, a organização de uma ilegalidade centrada na delinquência de determinados grupos, pequenos delitos, não seria possível sem a atuação de relações de poder de agências de controle que ele explica que nem sempre se dá de forma consciente.

Nesse sentido, Foucault, nos auxilia a compreender como o saber sempre esteve ligado ao poder antes pela exclusão e agora manutenção através das relações.

Nessa linha o pensamento do francês nos remete a ideia que não há uma justiça penal destinada a coibir todas às praticas ilegais, o que há são relações de poder que visam controlar a delinquência que não é útil a classe dominante. Mirjam Damaska retrata bem que justiça tem caras. Em seu livro as caras de la justicia e el Poder do Estado ele diz:

Uma fase pode ser dedicada à escolha e organização dos materiais relevantes, outro para a decisão inicial, a revisão. Outra hierárquica, e assim dependendo do número de níveis da pirâmide de poder. Assim, os Processos antes do original de tomada de decisão do corpo (o julgamento) são simplesmente um episódio contínuo e são, portanto, símbolo ineficaz para descrever o esforço total” (DAMASKA, 2000, p. 86,

Tal hierarquização, trabalhada numa ótica do medo, foi utilizada na idade média pelo Tribunal de Inquisição.

Como explica Boff (BOFF 1993, p.10). “Qualquer experiência ou dado que conflita com as verdades reveladas só pode significar um equívoco ou um erro, um obstáculo ou desvio no caminho da eternidade.” Com advento do Manual dos Inquisidores, escrito em 1376 por Nicolau Eymerich, fica claro qual o fundamento da lógica inquisitória, o crime, o erro não são problemas, mas sim a oposição ao dogma, a contestação, assim nasce à ideologia dos regimes totalitários modernos.

Com efeito, o medo é uma ferramenta eficaz para se consolidar o poder. O próprio processo jurídico procedimentalizado pelo *Manual dos Inquisidores* mostra como o dogma o prenúncio da verdade regia o rito inquisitório (GREEN, 2011,p.103) “

As provas fornecidas pelos condenados por heresia só eram aceitas se delatassem alguém, nunca se testemunhassem a favor de alguém, pois se um herege declara a favor do acusado, pode supor que ele o faz por ódio à Igreja. Numa mentalidade kafkaniana “ Para começar, os prisioneiros da Inquisição não eram informados sobre as denúncias contra eles ,nem sobre quem os delatava”( GREEN,2011 p. 104).

Em vez disso, em sua primeira audiência eram indagados sobre seus pais e avós e, em seguida se tinham inimigos que podiam tê-los denunciado por maldade. Ou seja, paranoia pela verdade já estava construída, cabia ao acusado somente confessar ou delatar outras pessoas. O processo decisório no caso penal é ainda mais problemático uma vez que o julgador está imerso a vários significantes o perigo do que Cordero (CORDERO,1986,p.51).denomina “primado da hipótese sobre os fatos” revela-se como a situação, típica do sistema processual inquisitório, na qual são considerados e relevados apenas os significantes confirmadores da acusação, desprezando os demais.

Isso possui um profundo significado no processo decisório penal porque todos nós carregamos os pré-conceitos fabricados no meio em que vivemos. .A relação poder/direito é aliada do pré-julgamento a respeito de outros, isso acontece de forma naturalizada, como resultado das concepções compartilhadas numa sociedade fortemente estratificada.

Baratta explica:

O conceito de regras de aplicação não fica limitado às regras ou aos princípios metodológicos conscientemente aplicados pelo intérprete, mas se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete e que devem ser pressupostos para uma explicação sociológica da divergência entre delinquência reconhecida e delinquência latente. As meta-regras participam da estrutura socialmente produzida pela interação... que formam a substância de sentido de qualquer situação ou ação. (BARATTA, 2014,p.105)

. A Criminologia Crítica aliada aos contributos foucaultianos traça algumas possibilidades de cotejos de compreensão da relação direito e poder.

O modelo de hierarquia verticalizada típicos de países da civil law fomenta se não fiscalizado mecanismos de blindagem de um poder oculto.

Neste sentido é que Damaska propõe um estudo sob através de dois modelos o chamado sistema hierárquico, que se estrutura verticalmente, típicos de países oriundos da tradição continental( civil law) como o Brasil, e o modelo paritário, em que se

poderia indicar uma certa horizontalidade, pois permite uma maior participação das partes e o Estado apenas reagindo e não agindo.

Por motivos óbvios, indica-se o modelo hierárquico, como claramente adotado pelo Estado brasileiro, sobretudo, como modelo ideal de persecução penal e ocultação de controle penal não verbalizada nas regras positivadas.

A burocratização é uma forma de relação de poder velada, com fins nitidamente dominatórios como bem denunciou Max Weber: “a burocracia constitui o tipo tecnicamente mais puro de dominação legal.” (WEBER, 1994, p.30). O sistema hierárquico objetiva segundo Damaska (DAMASKA, 2000, p. 37) a máxima burocratização, pois só através dela se consegue um fechamento do sistema de cima para baixo (verticalização).

## **5 . CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relação entre o Direito e Poder sempre estiveram e estarão indissociavelmente ligados.

O garantismo penal na correlação proposta neste artigo é uma tentativa de legitimação do sistema penal. Em um sistema justificacionista do sistema penal, legitimando a estrutura punitiva em negação à ausência de punição.

O modelo hierárquico, adotado pelo Estado brasileiro, sobretudo, é o modelo ideal de persecução penal e ocultação de controle penal não verbalizada nas regras positivadas.

Assim, todo processo de decisão está considerado em uma pirâmide de poder em que a verdade e o direito são alicerces para que as relações de poder se sustentem como mecanismo de ocultação de vontades estatais.

Nesse aspecto, por mais que o garantismo através de uma rígida estrutura de racionalização de contenção do poder punitivo se esforce, ele não dar conta, pelo menos na leitura Foucault de escapar das relações de poder.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Ed: Boitempo. São Paulo. 2004
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Editora Revan: Rio Janeiro, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014
- BOFF, Leonardo, **Prefácio, inquisição: “um espírito que continua a existir”**. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro (RJ): Rosa dos Tempos, Brasília: Ed. UNB, 1993.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- DAMASKA, R. Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**. Chile: Editorial Chile, 2000.
- EYMERICO, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Tradução Afonso Celso Godoy. Curitiba: Juruá, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- \_\_\_\_\_. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- \_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GREEN, Toby. **Inquisição: o reinado do medo**. Tradução de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

VEIGA-NETO, Alfredo. **Foucault e a educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. Editora UNB, 1994, v.1. Cap. III.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro, editora Revan, 2010.