

JAKOBS, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O RELATÓRIO MINORITÁRIO DE PHILIP K. DICK

JAKOBS, THE ENEMY'S CRIMINAL LAW AND PHILIP K. DICK'S MINORITY REPORT

Ronaldo L. B. Segundo¹
Adriano Sant'Ana Pedra²

RESUMO: este trabalho propõe um diálogo entre o pensamento de Günther Jakobs a respeito do tema Direito Penal do Inimigo – especificamente a parte relativa à antecipação da punibilidade penal – e a obra ficcional de Philip K. Dick *O relatório minoritário*. Se na obra ficcional distópica o que se destaca é a tentativa das autoridades de extirparem os crimes violentos por intermédio de uma atuação antecipada em face de atos dos futuros criminosos fazendo uso das habilidades de indivíduos dotados de capacidades premonitórias, capazes de denunciar condutas que nem sequer haviam sido cogitadas pelos seus autores, o Direito Penal do Inimigo – ainda que de forma menos drástica – pretende também uma antecipação da possibilidade de punição em face de atos ainda não praticados, mas meramente cogitados. A partir do cotejo entre a obra teórica e a ficcional, e da consideração dos avanços tecnológicos, pretende-se promover uma reflexão a respeito de temas capazes de lançar luzes a questões que, já nos dias de hoje, devem ser alvo de análise por parte daqueles que se preocupam com o estudo do direito, especialmente no campo dos direitos fundamentais e na seara criminal.

PALAVRAS-CHAVE: antecipação da punibilidade; dignidade humana; direito constitucional; direito penal do inimigo; direitos humanos.

ABSTRACT: This paper suggests a dialogue between Günther Jakobs' thinking on the Enemy's Criminal Law issue - specially the part concerning the anticipation of criminal punishment - and Philip K. Dick's fictional work *The Minority Report*. In the dystopian work what stands out is the authorities' attempt to root out violent crimes through early action in the face of the acts of those future criminals, using the abilities of individuals with premonitory capacity and, by doing so, denouncing conducts that are not even considered by their perpetrators; on the other hand, the Enemy's Criminal Law - albeit less drastically - also seeks to anticipate the possibility of punishment in the face of acts not yet practiced but merely considered. From the comparison between the theoretical and the fictional work, and considering technological advances, it is intended to promote a reflection on subjects that can shed light on issues that, nowadays, should be the focus of analysis by those who are concerned with the study of law, especially in the field of fundamental rights and the criminal one.

KEYWORDS: anticipation of punishment; human dignity; constitutional right; enemy's criminal law; human rights.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é pródiga em proteger os

¹ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Advogado. Professor. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0109049271076413>. Email: ronaldosegundo@hotmail.com

² Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Procurador Federal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0637600349096702>. Email: adrianopedra@fdv.br

denominados direitos e garantias fundamentais. Tal proteção é garantida por um sem número de dispositivos que se concentram principalmente em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – com especial destaque para o muito conhecido artigo 5º, aquele que engloba o maior número dos dispositivos destinados a tratar de tal tema.

Nunca é demais lembrar, entretanto, que direitos e garantias fundamentais podem ser encontrados ao longo de toda a CRFB, não apenas no título ou artigo mencionados acima, merecendo eles destaque, sem dúvida, pela grande concentração de normas protetivas neles listados.

Para fins deste trabalho, o mais importante dos dispositivos previstos na CRFB está relacionado no inciso XXXIX do artigo 5º, que tem o seguinte teor: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É o denominado princípio da legalidade estrita ou legalidade penal – que não deve ser confundido com o princípio da legalidade amplo (hospedado no mesmo artigo 5º, mas no inciso II) – presente também no texto do Código Penal Brasileiro (CPB), em seu artigo 1º.

Se é livre de dúvidas que ninguém pode cometer um crime se não houver a prévia estipulação da conduta prevista de forma taxativa e objetiva na lei, é preciso, conseqüentemente, reconhecer a importância de ser também observada a dimensão temporal para a atribuição de responsabilidade criminal.

Tal como qualquer outra atividade humana, também o direito penal ocorre sempre dentro de coordenadas espaço-temporais (pois tudo o que faz o ser humano ocorre em lugar e tempo determinados) e estas – especialmente o elemento temporal para os fins do presente estudo – são essenciais para a correta compreensão do objeto em análise.

Tamanha é a importância do tempo em tal seara que teorias foram desenvolvidas para fixar o momento em que se considera que o crime foi efetivamente praticado, ou seja, o momento a partir do qual ocorre o evento criminoso, separando o *iter criminis* em diferentes fases e buscando estabelecer o momento em que se cruza um *ponto sem retorno*, separando-o daquele imediatamente anterior, no qual não é ainda possível afirmar praticado o fato típico.

De um lado, portanto, há a necessidade da fixação, em tese, da conduta que, se concretizada, resultará no cometimento de um crime; de outro, a necessidade de fixação do

momento a partir do qual o crime ocorreu, separando-o dos imediatamente anteriores e que são penalmente irrelevantes.

O direito brasileiro, tradicionalmente, divide em quatro fases distintas o denominado *iter criminis*, ou seja, o caminho que parte da cogitação e chega, em alguns casos, até o exaurimento do delito. São eles: a) cogitação; b) atos preparatórios; c) atos executórios; e d) consumação. (Jesus, 1985, p. 283-284)

A regra é considerar o crime cometido a partir do momento em que se iniciam os atos executórios e considerar irrelevantes do ponto de vista do Direito Penal os atos de mera cogitação e também os atos preparatórios, embora existam situações – que vem se tornando mais comuns – em que o Direito Penal antecipa o reconhecimento da ocorrência do crime já na fase preparatória.

Excepcionalmente, diante da relevância da conduta, o legislador pode criar um tipo especial, prevendo punição para a preparação de certos delitos, embora, nesses casos, exista autonomia do crime consumado. Exemplo: possuir substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante ou material destinado à sua fabricação (art. 253, CP) não deixa de ser a preparação para os crimes de explosão (art. 251, CP) ou de uso de gás tóxico (art. 252, CP), razão pela qual somente torna-se conduta punível pela existência de tipicidade incriminadora autônoma (Nucci, 2005, p. 277).

Relevante destacar – a título de registro histórico – que enquanto este estudo era produzido teve início o debate público a respeito de Projeto de Lei nº 882/2019, proposto pelo Presidente Jair Bolsonaro, idealizado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, destinado a, entre outras coisas, alterar a redação do artigo 25 do Código Penal, acrescentando a ele um parágrafo único composto de dois incisos, nos quais passaria a constar a previsão de admitir-se como legítima defesa a atuação de “agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem” ou “que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”. Importante destacar o uso da palavra *previne* pelo projeto de lei, dotada de inegável caráter antecipatório.

Do que se expôs até este ponto é possível compreender que a regra é a punição de atos de efetiva execução de certas condutas, embora seja possível encontrar hipóteses que representem a antecipação da punição de condutas que possuam clara natureza preparatória e que passam a ser incriminadas de forma autônoma, em respeito aos princípios penais da

legalidade e anterioridade já mencionados anteriormente.

Vale ressaltar neste ponto a importância do critério a ser adotado para fixar o momento exato de passagem da fase de preparação para a fase de execução do crime, sendo necessário destacar que não se trata de tema de fácil ou uniforme compreensão.

Há, basicamente, duas teorias a respeito, que são a subjetiva e a objetiva; a segunda, por sua vez, se desdobra em outras três categorias. Enquanto na primeira não há uma clara distinção entre as fases, pois o importante é realmente a existência da vontade criminosa, na segunda a execução apenas se dá por iniciada a partir do momento em que seja viável identificar atos que claramente representem o início da concretização do tipo penal, (Nucci, 2005, p. 278) sendo possível perceber a ocorrência de uma variação no momento considerado como de concretização do ato delituoso.

Em síntese, o já mencionado *ponto sem retorno* pode variar na linha do tempo, sendo fixado em alguns casos – situação mais comum – mais próximo da consumação ou em outros casos – tradicionalmente mais raros na realidade jurídica brasileira, embora cada vez mais comuns – aproximando-se da preparação. Essa variação depende, isso é certo, de escolhas políticas – por sua vez, com frequência sujeitas aos humores da opinião pública – que impactam no campo do Direito Penal.

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O PREVENIONISMO

O esquema teórico supra descrito vem, desde meados dos anos 80, sendo alvo da análise e crítica de Günther Jakobs, por meio de um conjunto de obras que podem ser agrupadas sob a rubrica genérica de Direito Penal do Inimigo, dedicando-se o autor a desenvolver estudos em busca, fundamentalmente, de respostas para o problema de “la criminalización en el estadio previo a una lesión, pensada como ya dada, de un bien jurídico” (Jakobs, 1997, p. 293).

Se num primeiro momento a denominação acima indicada – Direito Penal do Inimigo – é o que mais chama atenção – principalmente nos dias atuais em que a generalizada sensação de insegurança leva o indivíduo a olhar com desconfiança para qualquer um que lhe pareça minimamente suspeito, enxergando nele não um cidadão, mas o proverbial *inimigo* (embora não necessariamente o mesmo *inimigo* que nomeia a teoria) –, para fins deste estudo

interessa mais uma das diversas características apontadas por Cancio Meliá como fundamentais para compreender a obra de Jakobs: a possibilidade de excessiva antecipação da tutela penal.

Cancio Meliá, por sua vez, sintetiza as características principais desta política criminal praticada nos últimos tempos, utilizando a terminologia “expansão do Direito Penal”, aventada na obra “Direito Penal do Inimigo” em coautoria com Gunther Jakobs: [...] 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo) (Moraes, 2008, p. 177).

Mais importante, neste estudo, que discurrir a respeito do significado da expressão *inimigo* – fundamental para aprofundar o conhecimento do pensamento de Jakobs – é compreender que ao referido inimigo – que, ao fim e ao cabo, é alguém contra quem se lança todo o peso do ordenamento jurídico sem, necessariamente, observar os limites impostos à atuação estatal pelos ditames da dignidade humana e dos direitos fundamentais – é, em tese, possível atribuir responsabilidade por atos ainda não executados ou preparados, mas meramente cogitados. Em resumo, sua teoria busca analisar a prática que vem se tornando usual de antecipar, tanto quanto possível, o mencionado *ponto sem retorno* da ocorrência do crime, como forma de buscar evitar, preventivamente, sua concretização.

Para enfrentamento dos “inimigos”, as sociedades modernas têm recorrido a regulações jurídicas de características tais que permitiriam identificá-las facilmente como típicas de um “Direito Penal do Inimigo”. Seriam elas: a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato (Moraes, 2008, p. 196).

No mesmo sentido:

O próprio Jakobs descreve as principais características desse modelo de política criminal: a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso do terrorismo e organizações criminosas (Moraes, 2008, p. 197).

E finalmente:

Meliá sintetiza tais pontos cruciais, aduzindo que o “Direito Penal do Inimigo” se caracteriza por três elementos básicos: a) ordenamento jurídico prospectivo (adiantamento da punibilidade) [...] (Moraes, 2008, p. 197).

Como já mencionado, cabe destacar esse ponto específico que se entrelaça com o fato insuperável de que tudo o que o ser humano faz, faz dentro de dimensões temporais, cabendo à ciência do direito estabelecer de forma clara o momento preciso a partir do qual se considera cometido um ato criminoso.

Se a tradição jurídica brasileira fixa como *ponto sem retorno* para reconhecimento da prática de um crime o início dos atos executórios e, excepcionalmente, dos atos preparatórios, promovendo, nessa hipótese, a antecipação do mencionado *ponto sem retorno*, o que cogita Jakobs – mesmo num inicial tom de censura (Moraes, 2008, p. 185) – é a possibilidade do reconhecimento de uma antecipação ainda maior, conduzindo o mencionado *ponto sem retorno* para a fronteira entre os atos preparatórios e a mera cogitação.

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: fato cometido) [...] (Jakobs; Meliá, 2015, p. 90).

A questão, portanto, é fixar um novo limite a partir do qual é estabelecido o momento de início da prática de um ato delituoso, cabendo destacar o fato de o próprio autor acenar com um possível início de resposta para a questão, ao afirmar que

[...] todo el derecho penal no totalitario reconoce un estatus mínimo del autor. En la medida em que rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las cogitaciones [...] (Jakobs, 1997, p.295).

Para, mais adiante, acrescentar:

En relación con la tentativa de participación y con la constitución de asociaciones criminales y terroristas puede parecer que no es evidente una inclusión, como la efectuada aquí en principio, en el ámbito interno de un sujeto. ¿Es pues – así cabría preguntar – la constitución de bandas un asunto privado? En la medida en que con esta pregunta se insinúe que la persecución de fines antijurídicos no podría ser una cuestión privada, por ella se ve afectada no sólo la constitución de bandas, sino una concepción de su conjunto. Toda preparación de un delito se puede definir como una conducta que es no-privada, pero entonces no se tiene y ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamientos (Jakobs, 1997, p.298).

Necessário deixar claro que o autor não está a defender a criminalização do pensamento – como poderia dar a entender uma leitura superficial do trecho acima transcrito – mas afirmando que a partir do momento em que se tornam menos definidas as fronteiras entre o campo público e o privado – e, portanto, tornam-se menos claros os limites à atuação estatal no campo da prevenção criminal – tornar-se-ia possível, ao menos em tese, avançar para a situação de criminalização de pensamentos – algo a primeira vista aparentemente absurdo e artificialmente exagerado, mas objeto de sérias e importantes cogitações no campo

acadêmico (Bublitz, 2013), merecendo, portanto, criteriosa análise por parte da doutrina.

Feitos os apontamentos a respeito do pensamento de Jakobs, é hora de seguir a análise da obra ficcional de Philip K. Dick.

3. O RELATÓRIO MINORITÁRIO

Num futuro distante – cada vez menos distante –, a exploração das capacidades de mutantes precognitivos (os *precogs*) torna possível a atuação prévia das forças de segurança, inviabilizando, na prática, a ocorrência de crimes violentos, que passam a ser evitados por intermédio da captura e encarceramento dos potenciais autores antes da ocorrência do evento criminoso, sendo a eles imputada a prática criminosa – e, conseqüentemente, a pena respectiva – cuja concretização fora evitada.

É possível, já a partir desse ponto, traçar um paralelo com a teoria de Jakobs, na medida em que a atuação dos *precogs* pode ser, com facilidade, considerada uma radical antecipação punitiva, além de, em alguns casos, uma óbvia e radical intervenção na liberdade de pensamento em sua forma mais estrita.

Na realidade imaginada pelo autor, a simples cogitação de um crime, o puro pensamento abstrato de uma série de atos destinados à obtenção de um resultado puramente hipotético passa a ser suficiente para o encarceramento de indivíduos ao argumento de haver sido praticado um crime, embora ainda não concretizado.

Na verdade, como se constata ao longo do conto, a situação é ainda mais grave, na medida em que a atuação dos *precogs* permite antecipar até mesmo eventos ainda não cogitados, antecipando ainda mais o *ponto sem retorno* que permite a punição, criando uma dimensão que poderia ser denominada de pré-cogitação, localizada na cadeia temporal antes mesmo da atualmente já reconhecida como existente fase da cogitação.

O resultado de tal política é um sucesso estrondoso: a redução de crimes violentos a praticamente zero, mediante uma metodologia preventiva, descrita sinteticamente por um dos personagens do conto:

Com o auxílio de seus mutantes precognitivos, você aboliu, com ousadia e êxito, o sistema punitivo pós-crime, baseado em presídios e penalidades. Como todos sabemos, a punição nunca foi muito dissuasiva, e servia de

pouco consolo a uma vítima já morta (Dick, 2012, p.129).

Entretanto, tal metodologia não é livre de críticas – inclusive por parte do personagem central da obra, John Anderton, nada menos o indivíduo por trás do surgimento do inusitado sistema de combate ao crime, cujas palavras são dura e assustadoramente sinceras: “Portanto, a execução do crime em si é absolutamente metafísica. Afirmamos que são condenáveis. Eles, por outro lado, afirmam eternamente que são inocentes. E, em certo sentido, são inocentes (Dick, 2012, p.129).

O reconhecimento por parte do criador de que estava encarcerando pessoas por crimes apenas *metafisicamente* praticados – na medida em que eram antecipadamente evitados – não o impede de reconhecer a eficiência do método, assim como não o impede de se tornar um grande sucesso: “Em nossa sociedade, não temos qualquer crime grave [...] mas temos, sim, um campo de detenção cheio de supostos criminosos” (Dick, 2012, p.129).

Em dado momento ocorre uma reviravolta, precisamente o evento central para o desenvolvimento da história: o surgimento da informação de que o personagem principal, o próprio criador e maior entusiasta da metodologia de combate ao crime, praticará, em breve, um homicídio, sendo importante destacar o fato de que John Anderton realmente nem sequer sabe quem é a pessoa que, de acordo com o seu próprio sistema, está destinado a matar (Dick, 2012, p.132-133).

Possuindo prévio conhecimento do futuro que estava traçado para si – pois, ao contrário de todos os outros identificados pelos *precogs* como prováveis autores de crimes, o personagem tinha acesso a informações internas a respeito do curso da ação que era dele esperado – John Anderton toma uma série de atitudes que acabam por alterar a previsão original apresentada pelo sistema – ao menos quanto à forma como se desenvolveria a cadeia de eventos que resultaria no referido homicídio.

Não sendo apenas um simples ator a cumprir um roteiro imposto, mas sendo na verdade parte da direção do espetáculo, foi ele capaz de alterar a própria conduta e, ao final do conto, sustentar tanto a validade da metodologia pré-crime quanto escapar da responsabilidade por seus atos – para o que contribuiu a necessidade de preservação da sensação de segurança proporcionada pelas atividades pré-cognitivas, mesmo restando demonstrada, de forma cabal, sua falibilidade.

O fim do conto dá a entender que, independentemente das eventuais injustiças resultantes da aplicação da metodologia, a sensação de proteção era justificativa suficiente para sua manutenção, valendo a pena o sacrifício da liberdade de uma parcela pequena da população em prol da elevada qualidade de vida proporcionada à grande maioria.

Tal situação não é essencialmente diferente de outras já ocorridas, nas quais um discurso de atuação mais firme por parte das autoridades encontra eco numa sociedade constantemente acuada pela criminalidade, principalmente quando surge na esteira de atos de grande repercussão envolvendo, a título de exemplo, ataques terroristas ou crimes de grande comoção social.

4. ESTADO DA ARTE

Se ainda não atingimos o nível de desenvolvimento tecnológico necessário para nos capacitar a impedir crimes que não foram ainda sequer cogitados e punir seus *autores metafísicos*, parece indene de dúvida o fato de a sociedade atual – há tempos, mas com maior ênfase desde os lamentáveis ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 – andar em busca de instrumentos que possibilitem evitar a ocorrência de crimes antes que os mesmos sejam sequer tentados e também, por outro lado, de justificativas para punir os que os planejavam ou meramente cogitavam sua prática.

Para tal, a ciência jurídica, atendendo ao clamor popular por maior segurança, vem lançando mão de estratégias diversas. Merece destaque aqui o aspecto já mencionado da teoria de Jakobs denominado de *prevencionismo*.

Nesse ponto é preciso lembrar que tradicionalmente o direito penal – e assim faz, particularmente, o direito penal brasileiro – faz uso de um critério bastante claro para fixar o momento a partir do qual é considerado praticado um delito: considera penalmente irrelevante a simples cogitação, via de regra não criminaliza a conduta preparatória (embora existam exceções que serão analisadas mais adiante) e apenas passa a considerar cometido o crime a partir do momento em que o agente ingressa no universo que se denomina de atos executórios; a consumação tem efeitos na aplicação da pena – por conta da diferença existente entre crime tentado e consumado e há ainda a possibilidade de exaurimento de crimes formais – hipótese desprovida de interesse para este trabalho.

A questão relativa a qual o melhor critério para verificar a passagem da fase de preparação para a fase de execução do crime é objeto de análise doutrinária; na realidade brasileira predomina a teoria objetivo-formal, que considera “que ato executório é aquele que ‘constitui uma parte real do fato incriminado pela lei’ (Von Litz, Birkmeyer), ou, nas palavras de Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo, constituído pelo verbo” (Nucci, 2005, p.278).

Isso ocorre em detrimento das teorias objetivo material e objetivo individual – ambas com nítido caráter de antecipação –, embora a doutrina já reconheça que as duas últimas vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, têm melhor servido à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está em vias de atacar o bem jurídico, sendo desnecessário aguardar que tal se realize, desde que se tenha prova efetiva disso (Nucci, 2005, p.279).

Basta a leitura rápida do último trecho para perceber que a mudança de perspectiva adotada pelos tribunais pátrios tem, de acordo com o entendimento do autor mencionado, o objetivo de antecipar – ainda que minimamente – o momento a partir do qual é considerada iniciada a prática do delito, visando impedir sua realização, sustentando a afirmação de a tendência atual apontar justamente no sentido da antecipação da ação estatal em face do evento criminoso, como forma de impedir sua ocorrência.

Tal mudança não deve causar espanto quando se considera que desde há muito o Direito Penal convive com a existência de tipos penais claramente representantes da opção da antecipação punitiva, que vem, inclusive, sendo saudados como instrumentos eficientes de modernização do Direito Penal.

Aliás, a legislação pátria, há algumas décadas, é rica em tipos penais dessa natureza: abandono de função pública, ameaça, ato obsceno, auto acusação falsa, inúmeras contravenções penais, crimes falimentares, crimes contra a saúde pública, desobediência, falsa identidade, perigo para vida de outrem, violação de domicílio, dentre outros (Moraes, 2008, p. 199).

Não fosse suficiente o estrato acima para demonstração da adoção da prática de antecipação punitiva, caberia ainda chamar a atenção para a relativização de garantias penais e processuais que vem, há tempos, sendo implantadas no Direito Penal sem grandes resistências.

Não obstante, é necessário consignar que boa parte dos críticos deste Direito Penal e Processual de exceção são aqueles que festejaram a adoção de um modelo de Política criminal completamente divorciada dos princípios

clássicos. Exemplo disso é a lei brasileira dos Juizados Especiais Criminais (lei 9.099/95) que, a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos sem a produção da necessária prova e o exercício de ampla defesa [...]. Esse tipo de legislação, enaltecido por muitos daqueles que acidamente criticam um modelo de “Direito Penal do Inimigo”, não teria contribuído para legitimar e institucionalizar um modelo de Direito Penal que flexibilizasse garantias penais e processuais? (Moraes, 2008, p. 206-206).

A título de exemplo mais recente, pode ser indicada a lei 13.260/2016 – denominada de Lei de Terrorismo – cujo conteúdo é rico em hipóteses de criminalização de atos preparatórios, empurrando perigosamente na direção da mera cogitação o *ponto sem retorno* a partir do qual se considera cometida uma infração.

Não obstante, atualmente não existem ainda (ao menos não ao alcance de todos) ferramentas tecnológicas – análogas aos *precogs* do conto de Dick – capazes de demonstrar com segurança e precisão quando um crime está efetivamente prestes a ser cometido ou de afirmar a existência de um futuro provável – quase certo – no qual será cometida uma infração, o que carrega de subjetivismos a análise da probabilidade de ocorrência de eventos criminosos a partir de meros indícios.

Evidentemente tais subjetivismos podem levar a resultados muito diferentes quando se considera de um lado as convicções, informações e preconceitos daquele que faz a análise dos indícios e de outro aquele que é alvo da referida análise, principalmente quando se considera a realidade brasileira, carregada como ela é de preconceitos ancestrais.

Desta forma, a limitação tecnológica aponta na direção da preservação de uma posição mais conservadora no que tange à fixação do momento do início dos atos executórios como forma de evitar injustiças derivadas de subjetividades.

Entretanto, os fatores representados pelo sentimento de insegurança que deriva da criminalidade internacional (especialmente o terrorismo) e o avanço das tecnologias podem resultar na antecipação do *ponto sem retorno* para reconhecimento da ocorrência de um crime, deslocando-o cada vez mais na direção da mera cogitação – ou, quem sabe, num futuro não muito distante, até mesmo da *pré-cogitação*, desde que existam instrumentos capazes de fixar, com relativa certeza, a existência de um *continuum* espaço-temporal destinado a resultar na prática de um crime.

A existência de tal espécie de tecnologia levaria à necessidade de fixação de limites ao poder estatal, pois é certo que a tentação de se fazer uso dela em prol dos alegados melhores interesses da coletividade seria praticamente irresistível e, provavelmente, aprovada pela maioria dos componentes dessa mesma coletividade, ainda que fosse apresentado o contra-argumento do desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais.

De acordo com certa interpretação doutrinária a respeito do pensamento de Jakobs, essa era, na verdade, desde o início, sua intenção, o que se deduz até mesmo da escolha de uma terminologia para denominá-la que, obviamente, seria alvo de hostilidade:

Contudo, qualquer paralelismo com regimes totalitários ou a simples comparação das similitudes com teorias antigas, por certo, impede a observação do suporte metodológico diverso utilizado por Jakobs e, principalmente, a constatação de que ele, em verdade, apresenta já em 1985, uma crítica à hipertrofia legislativa e às alterações que vinham sendo impostas à dogmática penal alemã. Em 1985, até com certo sarcasmo (ao se adotar terminologia que facilmente seria hostilizada), Jakobs pretendia demonstrar que a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico. Em 1999, com a institucionalização e aparente legitimação desses novos parâmetros, em vez de simplesmente legitimá-los e adotá-los (como pretendem fazer crer alguns apressados críticos), Jakobs parece concluir que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível. Dessa forma, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal – “do cidadão” e “do inimigo”, de forma a evitar a completa contaminação do modelo de inspiração iluminista (Moraes, 2008, p. 185-185).

Em outras palavras: de acordo com a interpretação promovida pelo autor do estrato acima, Jakobs, ao perceber a inevitabilidade das transformações que eram impostas ao Direito Penal e buscando proceder a uma análise das referidas mudanças a partir de uma perspectiva histórica de longo prazo – com destaque para o abandono dos paradigmas clássicos em favor dos mencionados *novos parâmetros* supra mencionados – julgou importante proceder ao estudo do tema como forma de buscar traçar uma linha protetiva em favor do Direito tradicional em face do inevitável surgimento de um Direito destinado àqueles que seriam considerados *inimigos*, tendo os seus estudos – ao contrário do que julgam seus detratores – o papel de buscar garantir, pelo menos, a defesa de um mínimo indispensável em favor dos denominados cidadãos, evitando que a contaminação tornasse o *direito do inimigo* o padrão social – aquele ao qual todos, indiscriminadamente, precisariam submeter-se.

Em apertada síntese, impedindo – em paralelo com o conto de Dick – que todos

passassem a ser *inimigos*, sujeitos a regras claramente desrespeitadoras dos direitos e garantias fundamentais bem como da dignidade humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, é possível alinhar os seguintes pontos: a tecnologia avança a passos largos e nos mais diversos campos, não sendo absurdo ou pueril imaginar em um futuro não tão remoto a criação de instrumentos capazes de perscrutar os pensamentos, fazendo desvanecer as linhas entre a manifestação de pensamento e o simples ato de pensar.

Uma vez tornado viável o controle por parte do Estado do campo das meras cogitações individuais, seria possível, ao menos em tese, antecipar a fixação do *ponto sem retorno* para um comportamento ser considerado criminoso de forma drástica, tornando a mera cogitação de um crime equivalente à sua prática – isso, sem considerar a hipótese (essa, por enquanto, um pouco mais fantasiosa) de surgimento de instrumentos análogos aos *precogs*, o que anteciparia ainda mais o referido momento, que poderia ser denominado de *pré-cogitação*.

Em tal contexto as liberdades individuais, tais como as conhecemos hoje, estariam seriamente ameaçadas, podendo sofrer restrições inimagináveis.

Restaria, nesse caso, a possibilidade de argumentar – com fundamento no pensamento de Jakobs – ser o acusado alguém desprovido de potencial para ser considerado um *inimigo*, o que garantiria ao menos um tratamento mais benevolente quando comparado ao dispensado aos considerados realmente perigosos a partir da análise de suas motivações mais íntimas para a prática de atos criminosos.

A literatura tem um importante papel de criticar a realidade. Embora tudo possa parecer excessivamente ficcional, nunca é demais lembrar o quanto as tecnologias evoluíram nas últimas décadas e como tal evolução vem se tornando cada vez mais acelerada e imprevisível. Deixar para analisar hipóteses aparentemente fantasiosas quando a fantasia estiver abruptamente rompendo o tecido da realidade e causando efeitos concretos, poderá resultar na necessidade de tomada de decisões apressadas e enganosamente simples – invariavelmente, a receita infalível para a adoção de soluções ruins.

REFERÊNCIAS

BUBLITZ, Jan Christoph. *Freedom of thought in the age of neuroscience: a plea and a proposal for the renaissance of a forgotten fundamental right*. In: XXVI WORLD CONGRESS OF PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY, Belo Horizonte, 2013. Belo Horizonte; Editora Forum, 2013. p. 41-62.

DICK, Philip K. *Realidades adaptadas*. São Paulo: Aleph, 2012. 304p.

JAKOBS, Gunther. *Estudios de derecho penal*. Madri: Civitas, 1997. 480p.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.118p.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.648p.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.353p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.1056p.