O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*

Cornelius Prittwitz

Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia no Instituto de Ciências Criminais da Johann Wolfgang Goethe Universität em Frankfurt am Main.

Resumo: O texto, que corresponde ao manuscrito revisado da palestra proferida pelo Prof. Cornelius Prittwitz no 9.º Seminário Internacional do IBCCRIM, aborda as tendências atuais do direito penal e da política criminal sob o enfoque dos conceitos "direito penal de risco" e "direito penal do inimigo", sendo o direito penal do inimigo a conseqüência de um direito penal do risco que, na opinião do autor, desenvolveu-se na direção errada, tornando-se cada vez mais expansivo em detrimento de permanecer fragmentário.

Palavras-chaves: direito penal; política criminal; tendências atuais; risco; direito penal do inimigo.

Meu tema são as tendências atuais no direito penal e na política criminal. Eu as resumi sob o título "O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo".

* Tradução de Helga Sabotta de Araújo (Licenciada em Letras – Alemão/Português pela USP; Professora de Língua e Literatura Alemã; Coordenadora do Centro Pedagógico e Professora de Alemão do Instituto Goethe – Centro Cultural Brasil-Alemanha – em São Paulo) e Carina Quito (Advogada criminal em São Paulo; Mestranda em Direito Processual Penal pela USP).

Começarei com cinco teses:

As tendências atuais mais importantes e a situação atual do direito penal e da política criminal podem ser descritas com bastante exatidão pelos dois conceitos direito penal do risco e direito penal do inimigo.

O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a conseqüência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um "direito que já passou a ser do inimigo", como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente.

Por detrás destes conceitos e concepções esconde-se na realidade, realidade esta que também se pode chamar de "realidade política", a expansão do direito penal (e isto significa: do poder do Estado), paralelamente à redução paulatina das liberdades civis.

O problema é intensificado por duas tendências: primeiramente pelas tendências de desnacionalização (europeização, internacionalização, globalização) do direito criminal, evoluções que não são prejudiciais em si, mas que aprofundam e intensificam a tendência assumida pelo direito penal em cada situação dada. E em segundo lugar, pela importância crescente da mídia, principalmente da mídia eletrônica de massas, que exerce sobre a política criminal do Estado uma pressão à qual é difícil resistir.

Devido a estes fatores, o direito penal – e a expressão direito penal do inimigo esforça-se pouco para escondê-lo – torna-se cada vez mais difícil e cada vez menos distinguível da guerra civil e da guerra em si.

Isto não são boas notícias para todos que têm consciência de que (...) não se pode, com o direito penal, resolver todos os problemas, talvez nem mesmo muitos, talvez apenas alguns problemas específicos, pelo contrário, pode-se até intensificar os problemas que se pretende resolver por meio do direito penal, devido à aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal. Com esta mesma aplicação pode-se causar dano à função última provavelmente existente do direito penal, bem como à sua potencial função de exemplo de solução civil e justa de conflito, causando com isto dano ao direito penal em si. Por fim se paga ainda mais outro preço, com a já citada aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal, preço este que às vezes é tratado pela política criminal do Estado (e lamentavelmente também pelas ciências criminais) como "a ser pago em moeda pequena". Este preço é pago pelos cidadãos sujeitos ao direito penal; em alguns países (por exemplo, na Alemanha, segundo minha convicção), é pago por quase todos os cidadãos que entram no campo de visão dos expansionistas do direito penal; em outros países este preço é pago principalmente pelos pobres, com pouca formação – em outras palavras, por aqueles que já são excluídos.

São teses provocativas, que tanto no Brasil como na Alemanha encontram muita oposição por parte de diversos grupos. Tentarei delinear como desenvolverei estas teses durante o tempo restante da palestra.

Começarei (na Parte II) com reflexões sobre o motivo pelo qual tantos se oporão às minhas teses, por tantos motivos diversos. Esta introdução é, ao mesmo tempo, uma caracterização resumida da forma como compreendo direito penal e ciência do direito penal.

A seguir analisarei os dois conceitos centrais – o direito penal do risco (Parte III) e o direito penal do inimigo (Parte IV). Porque o que estes conceitos

significam não é claro, de forma alguma, mas precisa ser claro, se se quer avaliar estas tendências.

A conclusão consistirá de um pequeno resumo e uma visão do nosso tempo, que espero não ser somente negro (Parte V).

Parte II

O direito penal sobre o qual todos acreditam poder dar opinião – políticos, pessoas da mídia, mas também o homem e a mulher comuns na rua – tem mais de uma face:

A ciência do direito penal, como a praticamos na Alemanha há muito tempo e com considerável sucesso, inclusive sucesso de exportação (justamente para a América do Sul e o Brasil), nunca se interessou especialmente por estas muitas faces. Preocupou-se somente num nível muito abstrato e filosófico com a legitimidade do direito penal. Sem tomar grande conhecimento da realidade do direito penal, encontrou sua legitimidade em parte no fato de que – conforme a teoria penal absoluta – se pode infligir uma pena, ou seja, um mal a alguém, porque e na medida em que esta pessoa praticou ela mesma um mal, ou seja, uma conduta penalmente relevante.

Uma outra parcela da ciência criminal, entrementes sua parcela mais significativa, não se deu por satisfeita com o *punitur quiam peccatum est*. Esta parcela postula que direito penal e punição são legítimos porque com isto se impede a realização de atos penais. As muitas teorias agradáveis de ouvir, estabelecidas como teorias penais relativas: prevenção geral e especial, respectivamente diferenciadas numa variante negativa e positiva, são rapidamente aprendidas por qualquer estudante do direito penal. O que muitas vezes não se vê é que mesmo aqueles que querem justificar o direito penal por meio das suas conseqüências, ou seja, pelos seus efeitos, interessam-se pouco pela sua efetividade, ou seja, pela realidade do direito penal. Se realmente são praticadas menos condutas penalmente

relevantes, ou seja, se os cidadãos efetivamente são protegidos pelo direito penal – sempre foi mais pressuposto do que verificado pela política criminal, pela comunidade, mas também pelas ciências criminais.

Desta forma, desenvolveu-se um direito penal que pode – uma vez que todos acreditam nos seus – aparentemente evidentes – bons objetivos – servir a muitos objetivos diversos, e o faz, sem que se discuta muito o assunto. Combinando com isto, surgiu uma ciência do direito penal que vê como sua principal tarefa desenvolver o dogmatismo do direito penal, ou seja, que entende que sua tarefa consiste principalmente em estabelecer regras sistematicamente consistentes de imputabilidade objetiva e subjetiva.

Mas a quais objetivos serve o direito penal, e quais são as há pouco mencionadas "faces do direito penal"? Um breve esboço das três – na minha opinião mais importantes – faces terá de ser suficiente:

Para muitos que – diferentemente da maior parte dos estudiosos do direito penal – se interessam pela realidade do direito penal no passado e no presente, o direito penal é antes de tudo um instrumento para assegurar a dominação e até de opressão.

Mas enquanto alguns deles, quando debatem sobre direito penal e o avaliam, têm diante dos olhos este direito penal, outros, que partilham da análise do direito penal em relação ao passado como instrumento de (pelo menos também) dominação, desenvolvem um contramodelo do direito penal – principalmente nos últimos tempos – justamente a partir desta análise, um modelo que tem em mira justamente os poderosos e fortes da política e da economia. Quando eles falam e emitem julgamentos sobre direito penal, freqüentemente têm este quadro, que ninguém sabe se já é realidade em determinados momentos e lugares ou se ainda representa uma utopia.

Quem critica estes dois grupos, dizendo estarem fixados demais nos conceitos de poder e impotência, vai, em contrapartida, defender o ponto de vista de que no direito penal se trata – e deve se tratar – principalmente dos direitos

e segurança dos cidadãos, sem que por isto se perca de vista a realidade de poder e impotência.

Os diferentes quadros aqui esboçados de direito penal são, estou convicto, uma razão importante de muitas controvérsias sobre o direito penal, mas são também o pano de fundo para muitos mal-entendidos no nosso discurso nacional e também internacional sobre direito penal: porque quem quer usar o direito penal – colocando-o desta forma ou não – principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política. Mas mudará de opinião quando perceber que "mais direito penal" promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista.

Reunidos num mesmo grupo de forma igualmente pacífica – e igualmente grotesca – estão aqueles que criticam e transformam em escândalo um direito penal ainda repressor e aqueles que temem – justa ou injustamente – que o direito penal se volte contra eles, os poderosos: ambos clamarão por menos direito penal e por mais direitos civis.

A posição mais difícil é aquela dos que se, por um lado, não negam a relação de dominação do direito penal, por outro não (ou não mais) a consideram como elemento central, colocando em primeiro plano, ao invés disso, a defesa dos direitos civis e a segurança do cidadão. Porque para quem coloca em primeiro plano os direitos civis, com vistas à realidade do direito penal, para este as questões de legitimidade e até mesmo de efetividade se apresentam de forma muito diferente. Quem pensa em direitos civis certamente também pensará na defesa do cidadão *através* do direito penal, mas certamente não poderá reprimir suas dúvidas sobre a capacidade do direito penal, tendo em vista os magros resultados das pesquisas empíricas sobre prevenção especial e principalmente geral. Por isto, pensará principalmente na proteção do cidadão *perante* o direito penal, um direito penal que, como é facil-

mente esquecido, não representa risco nem um pouco menor à liberdade quando empregado para a proteção do cidadão e não como proteção ao Estado.

Se, portanto, eu coloco minha palestra sobre as tendências atualmente mais importantes em direito penal e política criminal sob o título "O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo", e faço, como fiz no início, uma avaliação crítica destas tendências, é importante para mim deixar claro que não apresento (ou não apresento em primeira linha) esta avaliação diante do pano de fundo de um direito penal com função de assegurar a dominação e de reprimir o cidadão. Tampouco tenho sempre diante de mim uma imagem de um direito penal que se ocupa principalmente com ex-ditadores e grandes empresários. Minha tese de que, com base no direito penal do risco, um direito penal do inimigo ameaça se impor e meu alerta diante desta evolução referem-se principalmente a um direito penal que se ocupa e deve se ocupar da proteção de cidadãos e de direitos civis.

Parte III

Como se deve entender "direito penal do risco"? O conceito é pouco claro e é utilizado com diferentes significados. A discussão sofre com isto. Tinha esperanças de conseguir mais clareza no meu livro *Direito penal e risco*, mas fui obrigado a constatar que só o consegui em parte. Críticos como meu colega e amigo Lothar Kuhlen até mesmo me acusam de ter eu mesmo empregado o conceito "direito penal do risco" de forma inconsistente e sem uniformidade, tendo até contribuído para a confusão. Considero esta crítica injustificada e tentarei defender, de forma resumida, "meu" conceito de direito penal do risco:

Justificada é a crítica de que também conforme minha opinião é possível (e até certo ponto faz sentido) denominar idéias muito diferentes de direito penal como "direito penal do risco".

Sem dúvida trata-se de "direito penal do risco" quando se coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre imputabilidade

penal, como alguns colegas (na Alemanha principalmente Jürgen Wolter, Wolfgang Frisch e Dietrich Kratzsch) fizeram no início e em meados dos anos de 1980.

E também posso não citar um bom argumento contrário a denominar de "direito penal do risco" um direito penal que deve ter um papel decisivo (ou pelo menos não ficar como espectador passivo) na tarefa de tornar seguro o futuro desta nossa sociedade, que está, devido ao progresso tecnológico (daí "risco" e não "perigo") à beira da autodestruição, e que precisa ser reformulado para cumprir esta finalidade.

Acho, entretanto, que com uma "dogmática do risco" e com o alerta para os riscos catastróficos são denominadas partes essenciais do "direito penal do risco", porém não sua especificidade. Ponto central, que integra os dois aspectos parciais do "direito penal do risco", ultrapassando-os, me parece ser o estabelecimento de uma conexão com a descoberta sociológica do risco, entre outros por Niklas Luhmann (1991), que falou de um invadir e permear da sociedade como um todo pelo pensamento do risco. Qualquer um que compreenda o sistema de justiça criminal como um sistema parcial de controle da sociedade não ficará surpreso ao saber que meu diagnóstico (e, assim querendo: minha definição) do direito penal do risco é a seguinte:

Paralelamente a e em conformidade com o desenvolvimento da sociedade como um todo, também a política criminal, a teoria penal e a dogmática do direito penal há muito são moldadas pela sociedade de risco assim compreendida. A dogmática do risco no sentido insinuado acima, entretanto, é, assim como a discussão sobre reações do direito penal a novas situações de ameaça, somente um aspecto parcial do conceito de um direito penal do risco.

Como é a realidade deste direito penal do risco? O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal *expansivo*. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas *empiricamente* comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o con-

ceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir *novos candidatos no círculo dos direitos* (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a *fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis* – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de *reduzir as exigências de censurabilidade*, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.

Expandindo-se a descrição para abranger os elementos de política criminal por trás do direito penal do risco, este direito penal do risco em expansão caracteriza-se, também, pelo fato de que um comportamento não é penalmente tipificado *porque* é considerado socialmente inadequado, mas *a fim de que* seja visto como socialmente inadequado. Poucas pessoas contradiriam isto em relação a grandes partes do direito ambiental, mas pode ser observado também no direito econômico, e resulta numa revitalização da crença no "poder formador de costumes do direito penal" (Hellmuth Mayer, 1962) – só que em campos diferentes do que o campo do direito penal dos costumes conhecido e com razão criticado.

Os novos criminalizadores motivados eticamente raramente estão preocupados, quando se tenta descrever também criminologicamente o comportamento criminalizado por meio do direito penal, com o comportamento *ativamente* violento, mas sim com um comportamento *inofensivo* se observado superficialmente, até mesmo com bagatelas, cujos efeitos cumulativos ou de longo prazo, entretanto, podem superar aqueles da criminalidade violenta clássica.

Este comportamento também raramente contradiz a "ética do próximo" (Hans Jonas), que é moldada social-moralmente numa longa tradição e que é, em alto grau, relevante para o comportamento. Medindo-se, entretanto, o comportamento com base numa "moral distante" que faz sentido, mas que não está – ou ainda não está – ancorada cultural-socialmente e que por isto é muito menos moldadora do comportamento, torna-se também observável a violação moral do

comportamento de risco. Em caso de dúvida, refere-se mais a um comportamento em conformidade com o sistema do que se desviando dele, sendo que também aqui se mostra o ponto de partida de crítica da sociedade e da dominação dos novos criminalizadores (que me é politicamente simpático). Destinatários qualificados das novas normas do direito penal freqüentemente são apenas aqueles que já dispõem de posições de poder.

Salientar estas características do direito penal do risco deixa claro que ele deve – pelo menos na minha avaliação – servir a objetivos necessários e justos. Mas já dá indicações, também, de quais desafios o projeto do direito penal do risco tem a enfrentar, se se pressupuser que o que pretende, em boa tradição instrumental, é impedir o comportamento de risco através da criminalização: pois um programa de direito penal que tem a razão ao seu lado, mas não pode se basear em categorias morais já estabelecidas e normas sociais (inibição de matar, tabu da violência, ética do próximo), que além disso precisa se impor perante posições de poder estabelecidas e leva o conceito de comportamento anômalo *ad absurdum* de forma muito bem visível para todos, rapidamente atinge os limites do seu poder de definição, ou pelo menos do seu potencial de comando. Recomendável, portanto, é a funcionalização do direito penal não somente com fins de (tentar) minimizar o risco, mas também (e com muito mais chances de sucesso) com o objetivo de garantias subjetivas. Traduzido para conceitos do direito penal, isto significa que há muito se adicionou a segurança simbólica da sociedade de risco que se sente ameaçada – e isto de forma alguma ocorre por acaso – à prevenção de riscos (que antes de tudo promete legitimação) por meio do direcionamento do comportamento de risco.

Todo este ceticismo poderia ser visto como pessimismo ou lobbyismo disfarçado, como Bernd Schünemann às vezes acusa os colegas de Frankfurt de estar fazendo, se o legislador e a aplicação da lei tivessem correspondido aos desafios mencionados. Mas não é o que se constata. O direito penal, cujo perfil se alterou, e até mesmo se deformou sob o peso das tarefas que lhe foram atribuídas,

nada ou quase nada tem a apresentar como sucessos ou prognósticos plausíveis de sucesso. Pior: os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução – mencione-se aqui apenas os exemplos da ecologia e da economia – na verdade permanecem *sem solução* devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal. Às vezes há até que se temer *efeitos colaterais contraproducentes* pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas – ou talvez seja mais exato denominá-las sistêmicas – que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal.

Quero interromper o assunto aqui e me voltar para o direito penal do inimigo, neste esboço de um direito penal que não pode ser outro que o "direito penal do risco", mas que concretamente se sobrecarregou a tal ponto que somos obrigados a considerar que houve um desvio de rota.

Parte IV

Após uma palestra de Günther Jakobs na Conferência do Milênio em Berlim, este conceito levantou muita poeira não só na Alemanha, mas também nas regiões de língua portuguesa e espanhola. Em 1999, não era a primeira vez que Jakobs empregava o conceito. Em 1985, utilizou-o numa palestra em Frankfurt, que recebeu muito menos publicidade, no Seminário sobre Direito Penal. Adiante darei mais detalhes sobre isto. Mas primeiramente: o que se deve entender sob o conceito "direito penal do inimigo", e que posição adotar?

"Direito penal do inimigo" é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isto se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o código penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; do ponto de vista do direito material, a liberdade do

cidadão de agir e (parcialmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo.

Neste ponto, algumas pessoas se perguntarão se eu por acaso não troquei as páginas do meu manuscrito sobre o direito penal do inimigo por aquelas em que descrevi o real aspecto do direito penal do risco. Não é o caso! As descrições de Jakobs do direito penal do inimigo combinam exatamente com a minha análise de como o direito penal do risco se desenvolveu, e na minha opinião justamente *se desenvolveu erradamente*. E, da mesma forma como eu critico este direito penal do risco, Günther Jakobs o criticou, quando ele, em 1985, com visível intenção provocativa, e muito mais acidamente do que eu, o denominou de "direito penal do inimigo".

Porém aquilo que em 1985 recebeu muito aplauso dos colegas, ficando no entanto – por ser (demasiadamente) crítico – sem grande repercussão, em 1999 foi recebido pelos colegas com descrente espanto, em contrapartida sendo muito aplaudido por grupos que certamente não são do agrado de Jakobs. O que tinha mudado?

Partindo da sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de direito penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, direito penal do inimigo, coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985. Porém, em 1999, ele diz: ela deve realmente ser direito penal do inimigo.

Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão "não-pessoa") também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e *Jakobs* apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo.

É preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividin-

do o direito penal hoje em vigor num direito parcial "do cidadão" e um "direito parcial do inimigo".

Mas esta tentativa, e aqui começo com uma breve, já que clara, avaliação, está destinada ao fracasso. O direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito.

Mais importantes ainda são as objeções normativas. Deixo de lado o fato de que, de acordo com minha firme convicção, o conceito de "não-pessoa" não pode mais ser usado após 1945. Mas também a idéia em si de tratar determinados contraventores como inimigos é inaceitável do ponto de vista normativo. Também a convicção de Jakobs de que não é preciso tratar inimigos como pessoas, porque eles de qualquer forma não reagem a isto adequadamente (ou seja, como pessoas, possibilitando comunicação) é um pessimismo cultural não comprovado empiricamente.

O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito. Mas também na discussão na Alemanha ele pode ser responsabilizado por quebrar o tabu de destruir desnecessariamente os limites pelo menos em tese indiscutíveis entre direito penal e guerra. Vêm à mente paralelos com a discussão havida no ano passado -- e que os juristas alemães consideravam quase impossível – sobre a possibilidade de eventualmente empregar até mesmo a tortura, em determinados casos excepcionais.

Parte V

Permitam-me ao finalizar voltar às minhas três "faces do direito penal", fazendo a conexão delas com o conceito do "direito penal do inimigo":

Direito penal como instrumento de dominação, o que indubitavelmente existia e ainda existe, é direito penal do inimigo na sua forma mais pura e rude. Não necessita para isto do atalho pelo direito penal do risco, que lhe prepara o caminho, e já existia antes de o conceito de risco nos submeter ao seu domínio e com isto também ao nosso direito penal.

Não se poderá fazer o mesmo julgamento de um direito penal que deve principalmente acorrentar os poderosos da economia e da política. Afinal é parte essencial do Estado Democrático de Direito o fato de que o direito penal também deve e até mesmo tem a obrigação de atingir os poderosos, quando estes incorrerem nalgum ato passível de punição. Mesmo assim tenho freqüentemente a impressão de que aqueles que por assim dizer querem "inverter" o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo.

O que é principal e verdadeiramente alarmante para mim é que justamente o direito penal que protege os direitos e bens do cidadão e que por isto tem a consciência comparativamente tranqüila, este direito penal em essência legítimo e útil, e talvez até necessário, foi desvirtuado para um direito penal do inimigo, processo este iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas, não esquecendo sua aparente multiplicação pela mídia, que traz consigo uma multiplicação real da insegurança. E parece igualmente notável e lamentável que a crítica quase unânime e dura que o conceito de Jakobs do direito penal do inimigo recebeu da ciência do direito penal alemã, na minha opinião só se refira ao conceito. Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas.

Enquanto durar esta evolução, enquanto o direito penal do risco apresentar a feia face do direito penal do inimigo, não pode haver dúvida de que o direito perde influência, e na mesma medida estão ameaçados os direitos e liberdades dos cidadãos. Há – e isto precisa ser salientado mais uma vez – dúvidas razoáveis de que um direito penal do inimigo deste tipo solucione os problemas realmente existentes.

Será o caso de ser pessimista? Minha resposta é "não"! Por mais que uma análise da evolução atual nos deixe céticos e preocupados, acho que aquilo que vale para o tempo também vale para o grande projeto de esclarecimento da humanidade e do Estado de Direito como parte deste projeto. Da mesma forma que um inverno muito frio ou o verão não nos deveria fazer mudar, da mesma forma, portanto, que são importantes os dados meteorológicos de longo prazo, tão importante é não só não perder de vista a evolução dos últimos anos, quando se pensa no futuro do Estado de Direito e de um direito penal compatível com um Estado de Direito. E aqui a avaliação é diferente, pelo menos conforme a minha convicção:

Olhando-se os últimos dois séculos, constatamos uma história quase incrível de sucesso do Estado de Direito. Isto vale mesmo considerando-se muitos retrocessos (que justamente sendo alemão sempre se tem de ter presente), vale independentemente do fato das diferentes velocidades de desenvolvimento do Estado de Direito nas diversas partes do mundo e dos países deste mundo (o que talvez um alemão precise relembrar quando está numa conferência no Brasil), e vale principalmente para os pequenos tropeços atuais do Estado de Direito: uma administração dos EUA que defende cada vez mais abertamente a convicção de proteger direito e liberdade por meio de violações do direito e da liberdade. Uma economia mundialmente fraca que aumenta a pressão dos problemas. E finalmente vale ainda mais para um mundo da mídia que ainda não percebeu que a criminalidade não só vende bem, mas que informar sobre atos criminosos clama, até mesmo em interesse próprio, por uma responsabilidade especial.