Direito Penal dos Fatos X Direito Penal do Autor

O direito penal tal como se conhece é um direito penal dos fatos. Isto significa que ele se baseia em fatos concretos produzidos por agentes, ao invés de outras características (como a pessoa do agente por si própria, opiniões, pensamentos, etc). Isto serve para que o direito penal não se torne instrumento de perseguição política que iria desembocar em um Estado de Exceção.

Ainda que existam disposições que se aproximam a uma concepção ligada ao Direito Penal do autor, como a reincidência, personalidade e antecedentes criminais, isso é estritamente excepcional, uma vez que o princípio da culpabilidade possui status constitucional no Brasil, mesmo não se encontrando de forma expressa. Não existe a recepção de uma culpabilidade que resulte em um direito penal do autor.

Portanto, segundo o direito penal do fato, não é possível tipificar ou sancionar o modode ser, pois no âmbito do direito penal, não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente seus atos.

Crítica

A crítica aqui abordada trata o direito penal do inimigo como um direito penal do autor, ou seja, pune as pessoas não pelos atos que elas cometeram, e sim pelo que elas são.

O direito penal do fato é impessoal, enquanto o direito penal do autor (do inimigo) é pessoal.

O direito penal do inimigo permite ao legislador criar normais penais que persigam pessoas pelo que elas são, não pelos fatos que elas cometeram. Faz o direito penal se tornar um instrumento de perseguição de segmentos políticos (partido ou ideologia X ou Y) ou sociais (ex: imigrantes, negros, pobres, pessoas que vivem em periferias, etc).

Tal perseguição produz um fenômeno chamado etiquetamento social: um preconceito institucionalizado contra certas categorias de pessoas.

A teoria do etiquetamento social foi construída por um movimento denominado criminologia crítica, movimento que objetivou estudar a teoria do crime junto com elementos sociológicos e políticos. Denunciou, particularmente, o foco da ação repressiva estatal em pessoas pretas e pobres.

Em alguns casos, o etiquetamento é tão intenso que a própria pessoa pode acreditar que possui tendências para o crime.

O direito penal do inimigo, na medida que foca no autor e não nos fatos, produz e/ou reforça etiquetamento social.