Contexto Histórico

A partir da década de 1980, começa o colapso do modelo de Estado de Bem-Estar Social vigente até então, e esse fenômeno afeta também o direito penal. Surge então um movimento neopunitivista penal, pondo ênfase no caráter repressivo que o Estado e o direito deviam ter. É o chamado direito penal de colocação de risco.

Este direito penal de colocação de risco possui 2 elementos centrais: direito penal simbólico e punitivismo. Há uma tentativa de aumentar a punição já no âmbito dos atos preparatórios no processo penal, já que a regra do modelo anterior era punir somente a partir dos atos executórios.

Crítica

A crítica no caso é que o direito penal do inimigo é um direito penal de colocação de risco, e faz surgir, como consequência, o direito penal simbólico e o punitivismo.

O direito penal simbólico é uma conduta legislativa que busca objetivos políticos por meio da legislação penal. Os legisladores passam a criar normas de direito penal (novos crimes, penas mais elevadas, por exemplo) com objetivos diversos da melhoria do sistema penal, geralmente objetivos eleitoreiros e de aprovação na opinião pública.

Manifestações do Direito Penal Simbólico

Um bom critério para identificar o direito penal simbólico é: tipos penais que não seguem o princípio da última trincheira. Este principal diz que o direito penal só deve ser chamado a resolver um problema social quando todos os demais ramos do direito (civil, administrativo, previdenciário, por exemplo) não foram capazes de resolver.

Ou seja, o direito penal deve ser tratado como uma medida extrema, uma última opção.

São exemplos de medidas que manifestam o direito penal simbólico: excludente de ilicitude para policiais inserido na Lei Anticrime (não aprovada); ou a antiga lei que punia a “vadiagem” (moradores de rua e pedintes).

Direito penal simbólico significa colocar a agenda penal em segundo plano em nome de um "populismo", uma sensação tranquilizadora superficial para a sociedade. Há uma tendência que crimes criados dentro deste contexto sejam aprovados em caráter emergencial e sejam inconstitucionais (direito penal de emergência).

Punitivismo

O Punitivismo, por sua vez, é um fenômeno legislativo de endurecimento do direito penal. Pode ser pela criação de novos tipos penais, pelo aumento das penas ou pelo enrijecimento das regras da execução penal.

Pode ser que o punitivismo seja uma consequência do direito penal simbólico, na medida em que as demandas populares para a classe política sejam de um endurecimento da lei penal.

Porém, é igualmente possível que os 2 fenômenos ocorram de forma separada, na medida em que os legisladores tenham razões racionais para endurecer a lei penal, não havendo relação direta com anseios populares.

Ou seja: o punitivismo pode surgir sem o direito penal simbólico, mas o direito penal simbólico sempre é punitivista. Caso os anseios populares sejam por descriminalização e flexibilização penal (eliminação de tipos penais, diminuição de penas e flexibilização de regras da execução penal), e os legisladores buscarem atender a tais demandas com viés político, não seria caso de direito penal simbólico.

Direito Penal do Inimigo como Consequência

O direito penal do inimigo resulta da junção entre direito penal simbólico e punitivismo, produzindo normas penais com as seguintes características: adiantamento da punibilidade (ou das penas), desproporcionalidade das penas e relativização das garantias processuais.

Adiantamento da punibilidade

Ocorre uma análise perspectiva, ou seja, pensa-se nos fatos que poderão vir a ocorrer, mas não se sabe com certeza se vão realmente ocorrer. É diferente do direito penal comum, que apenas analisa os fatos já ocorridos.

Dessa forma, há uma justificativa de uma punição de atos preparatórios, mesmo antes do início da execução do crime em si.

Desproporcionalidade das penas

No direito penal brasileiro, por exemplo, o sistema de fixação das penas ocorre pelo critério das penas relativamente indeterminadas, onde a lei prevê uma pena mínima e uma pena máxima, e o juiz é quem decide no caso concreto qual a pena a ser aplicada.

A desproporcionalidade das penas se baseia em aumentar a base mínima das penas e diminuir o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima.

Relativização das garantias processuais

Haveriam poucos direitos processuais e uma pena elevada ao final do processo.

Velocidades do Direito Penal

A teoria das velocidades do direito penal, de Silva Sánchez, afirma que há mais de uma velocidade no direito penal dependendo da gravidade do crime, em ordem inversamente proporcional.

1ª velocidade: crimes mais graves, processo mais lento e risco de pena privativa no final;

2ª velocidade: processo mais célere e sem risco de pena privativa no final.

O direito penal do inimigo, quando surgiu, inaugurou a 3ª velocidade, que une características das duas primeiras: processo célere com risco de pena privativa de liberdade ao final.