

O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL ALEMÃO

HELIANA MARIA DE AZEVEDO COUTINHO

Júfa Substituta

1. Intervenção mínima do Estado e o Movimento de Descriminalização Penal no Estado Social de Direito — 2. A delimitação e conceituação do bem jurídico penal e social: a tutela dos direitos individuais e sociais — 3. As doutrinas de Goldschmidt, Erik Wolf e de Eberhard Schmidt e a promulgação das Leis de Direito Penal Econômico de 1949 e de Mera Ordenação Social de 1952 e de 1968 — 4. Aspectos fundamentais da Lei de Mera Ordenação Social Alemã (OWIG de 1968); censurabilidade, coimas, procedimento e órgão competente — 5. Conclusões. Bibliografia.

1. Intervenção mínima do Estado e o Movimento de Descriminalização Penal no Estado Social de Direito

O Estado Moderno passou por transformações históricas e sociais desde o surgimento do Estado Absolutista (Séc. XV), descrito pelas doutrinas políticas de Maquiavel e de Thomas Hobbes, até o surgimento no pós-guerra, do Estado do Bem-Estar Social.

A tripartição dos poderes esboçada por Aristóteles (*A Política*) foi delimitada por Montesquieu (*Do Espírito das Leis*) e consagrada em todas as modernas Constituições.

O estudo das formas de governo e a maior ou menor intervenção no âmbito privado e nas relações sociais do homem na sociedade civil é o “ponto inicial para a elaboração da Teoria da Ciência Jurídica e para a Teoria da Justiça, no sentido de que esta é o conjunto de valores, bens e interesses para cuja proteção e merecimento os homens se valem do Direito enquanto técnica de convivência”.¹

1. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p. 14.

Durante o Estado de Polícia Iluminista amplia-se a esfera da Administração Pública com um profuso ordenamento policial sem a correspondente subordinação aos limites da legalidade e às garantias constitucionais de Direito.

O advento da Revolução Francesa e da Declaração de Direitos do Homem e a promulgação das Constituições, garantindo os direitos subjetivos fundamentais do cidadão, marcam a tripartição de poderes e os princípios da Legalidade e da Anterioridade da lei penal são elevados à categoria de normas constitucionais.

A formação do Estado de Direito formal faz com que a administração do aparato policial e a aplicação da justiça fiquem subordinadas a esses princípios constitucionais. A função do direito penal volta-se para a proteção preventiva de ameaças e perigos e repressiva das infrações que atingem os interesses primários tutelados pelo direito penal: direitos subjetivos, positivados em uma Constituição.² A vigência deste período, após

2. Jorge de Figueiredo Dias, “Jornadas de Direito Criminal”, in *Periódicos do Centro de Estudos Judiciários*, p. 319, traz elucidação ao tema ao dispor que “quando foi necessário

a promulgação da Constituição de Weimar (1914), prolonga-se até a ascensão de Hitler e a formação de um Estado Nacional Socialista, cuja intervenção no setor privado alarga o campo de aplicação do Direito Penal, açambarcando as condutas contrárias às políticas estatais como ilícitas e, portanto, merecedoras de penas criminais.

O aumento descontrolado de normas criminais em consequência da repressão do Estado Hitlerista buscando impedir comportamentos contrários a certos interesses sociais que visava realizar, em vez de utilizar uma adequada e diferenciadora política de prevenção, informação e assistência a condutas eticamente irrelevantes para a ordenação social, amplia o espectro de ação do direito criminal.

Trata-se do fenômeno da “hipercriminalização”, de acordo com os ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias, como fruto da inflação incriminatória surge a legislação penal extravagante de caráter administrativo e conteúdo econômico-social cada vez mais abundante, fugindo ao controle dos órgãos de fiscalização e repressão, tanto do ponto de vista político-criminal como do ponto de vista dogmático.³

Neste período, surgem muitas normas penais em branco (*Blankettnormen*) e normas penais incriminadoras contra as práticas econômicas e administrativas (*Wirtschafts-und Verwahrungsstrafen*), cujo controle é outorgado aos órgãos de repressão do Poder Estatal, sem respeito às garantias constitucionais e ao devido processo legal perante um Judiciário dependente e submisso às regras do Executivo ditador. Não era possível fa-

procurar um enquadramento jurídico para as ofensas a, exercício da referida atividade policial da Administração, ele foi encontrado no conceito de crime e contravenção e assim dentro do direito penal e das formas de infração”.

3. Jorge F. Dias, *idem*, p. 320.

zer-se uma distinção entre sanção criminal e sanção de mera ordenação social.⁴

Após a derrota do Governo Nacional Socialista, surge a necessidade de uma nova ordem, adaptada à satisfação das garantias do Estado Federal Democrático e Social (*Sozial-Rechtsstaat* consagrado na Lei Fundamental de 1949, art. 20,1), que garanta jurisdicionalmente os direitos subjetivos fundamentais, com uma legislação penal forte, porém, menos abrangente no tocante a comportamentos sociais eticamente indiferentes, que só afetam a política de bem-estar social (*Daseinvorsorge*).⁵

A intervenção mínima do Estado e o movimento de descriminalização penal são instrumentos de políticas públicas criados para a melhor conformação do direito penal, e também do direito administrativo e do direito econômico às exigências das relações sociais de uma sociedade dinâmica e em constante mutação. A desqualificação de uma série de condutas consideradas ilícitas penais e a redução do aparato policial e das investigações criminais, em relação a estes crimes, reduz a custosa movimentação da máquina judiciária, ao mesmo tempo em que redireciona-a para persecução e execução de sanções àqueles ilícitos que efetivamente afetam o bem jurídico tutelado pelas leis penais e constitucionais.⁶

4. Ebhard Schmidt, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 416 ss.

5. Manoel da Costa Andrade, *Contributo para o conceito de contra-ordenação*, p. 83: “A intervenção do Estado deixou de apelar para transcendentais “*raisons d’État*”, passando a responder às reivindicações da própria sociedade e a legitimar-se nela. O homem, recorda Fortsthoof, “vive não só no Estado mas também do Estado”. A assunção da *Daseinvorsorge* pelo Estado constitui assim, o fundamento e a legitimação de áreas cada vez maiores da atuação conformadora e, por isso mesmo, potencialmente repressiva do Estado”.

6. A descriminalização vai buscar a sua justificação primária e a razão de sua força em

2. A delimitação e conceituação do bem jurídico penal e social: a tutela dos direitos individuais e sociais

A função do direito penal moderno é a proteção dos bens jurídicos (*Rechtsgüterschutz*), apartando-se das controvérsias sobre a tutela da moral ou de padrões éticos sociais.

De acordo com as pesquisas jurídico-científicas de Amelung, a delimitação e conceituação do bem jurídico tutelado pelo Estado deve acompanhar a evolução histórica das transformações sócio-econômicas e mutação da relevância dos valores e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento penal devem estar, pois, individualizados, tendo como respaldo os direitos fundamentais descritos no corpo de uma Constituição. Direitos subjetivos públicos conclamados por uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.⁷

uma proposição básica da política criminal. Proposição, segundo a qual, a política criminal própria de um Estado de Direito Material, Social e Democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com seus instrumentos próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis às condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Por aqui somos conduzidos à problemática do ilícito de mera ordenação social (Jorge de F. Dias, *O Movimento de Descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, p. 232).

7. Jorge F. Dias, ob. cit., n. 2, p. 322. O bem jurídico surge como imanente do sistema ou antes como noção transcendente àquele e, portanto, como um padrão político criminal útil, só este último caminho é possível. Para melhor compreensão do sentido e alcance dos bens jurídicos no sistema penal alemão, principalmente, em relação aos crimes contra a religião e a moral ou o sistema político: Karl Amelung, *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1972.

Assim, a conseqüente subsunção do fato social e eticamente relevante à norma incriminadora, positivada no ordenamento jurídico-penal; a função punitiva assumida pelo Estado àqueles que com seu comportamento reprovável ousem contrariá-lo, só devem ocorrer dentro dos parâmetros legais, subordinados aos Princípios da Legalidade estrita e da submissão ao Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito.

Segundo Jorge F. Dias, daí derivam conseqüências para a exata compreensão do realinhamento do direito penal moderno e do surgimento do direito de mera ordenação social. "Em primeiro lugar, a de que não devem constituir crimes, nem caber no objeto do direito penal, todas as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis, por mais pecaminosas, anti-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem.

Em segundo lugar, a de que o mesmo deve suceder à condutas que, violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a necessidade social se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social.

Em terceiro lugar, a de que bens jurídicos há que, sendo concretização de valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, formando o corpo daquilo que com razão se designará por *direito penal clássico* ou *de justiça*. Como outros bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais, se relacionam com a atuação da personalidade do homem como fenômeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela: ainda estes pertencem ao direito penal, em regra de caráter secundário, especial, extravagante

ou econômico-social. Pelo direito penal de justiça já não deverão ser abrangidas, porém, as condutas que, dada a sua neutralidade ético-social não mais permitam uma referência à ordem axiológica constitucional; mas se se entender que, apesar disso, elas devem ser contrariadas com sanções exclusivamente pecuniárias, de caráter ordenativo, é isso sinal seguro que estamos perante contra-ordenações, constitutivas de um ilícito de mera ordenação social.”⁸

Neste ponto, as constituições modernas consagram os direitos de primeira categoria: direitos fundamentais que dizem respeito ao próprio homem como espécie da raça humana, cuja vida, liberdade, propriedade são diretamente tutelados pelo ordenamento jurídico-penal dos Estados. Logo em seguida, mas com menor intensidade, são tutelados os direitos de segunda e terceira categoria: direitos sociais, coletivos, meta-individuais do homem, enquanto ser vivente em sociedade, inter-relacionando-se no âmbito econômico, trabalhista, educacional, sanitário, administrativo e ambiental com outros da mesma espécie e, portanto, igualmente (no aspecto formal) dignos de proteção por um estado intitulado Social e Democrático de Direito.

Por isso, deparamo-nos, hodiernamente, com esta descriminalização (*Entkriminalisierung*), descrita por Klaus Tiedemann, de condutas da vida social, que fez com que no curto espaço de menos de quinze anos, o direito das mera-ordenações fosse convertido num reservatório de condutas (*Tatensammelbecken*) infracionais de proveniência muito díspar daqueles crimes propriamente ditos. Ao lado de autênticas infrações administrativas (v.g., violações de informação, registro, contabilidade, preenchimento de formulários, contravenções de trânsito etc.), apareceu — por força de numerosas contravenções em

“contra-ordenações” — em especial, a extensa área de pequena criminalidade. Nem faltam no mais recente direito das meras ordenações os delitos de perigo abstrato orientado para a tutela tanto dos bens individuais como também dos supra-individuais.

3. As doutrinas de Goldschmidt, Erik Wolf e de Eberhard Schmidt e a promulgação das Leis de Direito Penal Econômico de 1949 e de Mera Ordenação Social de 1952 e de 1968

Propõem os Autores alemães uma visão histórica, fenomenológica e dogmática da divisão material (qualitativa) e também formal (quantitativa) da crescente independência do direito penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*) do direito penal de polícia ou clássico (*Justiz-oder Kriminalstrafrecht*).⁹

À medida em que vão se desenvolvendo os debates doutrinários para a caracterização do direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*).¹⁰ Aperfeiçoam-se concepções dogmático-normativas, paulatinamente, até a delimitação do sistema do direito de mera ordenação (*Ordnungswidrigkeitenrechts*) e a positivação de seus princípios, regras e procedimento nas Leis de Mera Ordena-

9. H. Mattes, *Untersuchung zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, p. 251 e ss., expõe em trabalho de pesquisa profundo sobre as controvérsias doutrinárias, que se desenvolveram desde a época de Feuerbach e von Liszt com a formulação do direito penal de polícia e a diferença entre este e o direito criminal até a concepção valorativa do direito para a convivência social do homem (*Begründung des Rechts aus der sozialen Wesenheit des Menschen*) os debates de Goldschmidt, Wolf e Eberhard Schmidt em prol da criação do Código Penal Econômico e finalmente do Código de Contra-ordenações Sociais de 1968, com as consequências para a Reforma Penal de 1975.

10. Eberhard Schmidt, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 101.

8. Ob. cit. n. 6, p. 323.

ção Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz*). A maioria dos países europeus, Itália, Espanha, Suíça, Portugal, Áustria, já aperfeiçoaram seu ordenamento jurídico-penal, adotando o sistema do direito de mera ordenação social.

Com a obra *Verwaltungsstrafrecht* publicada em 1902, James Goldschmidt abre o ciclo dos debates jurídicos sobre o Direito Penal Administrativo e Direito Penal de Polícia.¹¹

A doutrina desenvolvida por esse penalista alemão concentra-se na diferenciação material-qualitativa das infrações penais administrativas das de direito penal de justiça.

Parte Goldschmidt de uma contraposição entre as normas do Direito de Justiça (*Justizstrafrecht*), que considera o homem como ser individual e, conseqüentemente, a tipicidade está voltada para a descrição dos direitos juridicamente relevantes, gerando efeitos na ordem jurídica (*Rechtsfolgen*) das meras normas penais administrativas (*Verwaltungsstrafrecht*), que tutelam os planos sociais do Estado, considerando os indivíduos no seio social, com ordenamentos ou regulamentos administrativos (*Verwaltungsvorschriften*), dando causa a atuação do Estado-Administração.¹²

O critério diferenciador entre ambos os direitos deve ser buscado na maior ou menor ameaça ou lesão aos bens jurídicos tutelados por normas de direito penal ou por decretos penais adminis-

trativos.¹³ Portanto, há que se considerar o direito penal administrativo sob o prisma das infrações de política (*Polizei-strafrecht*) em termos de autonomia material e qualitativa destes direcionados contra o ordenamento do Estado-Administração.

A autonomia do direito penal administrativo é, pois, relativa em relação ao direito penal de justiça, porquanto deste não se aparta totalmente sendo um direito subsidiário ou secundário para as infrações de cunho meramente sociais e para a necessidade da preservação da ordem jurídica estatal, de onde resultam bens tipicamente administrativos ao lado de bens jurídicos primários, ancorados em portadores individuais. Logo, “o direito penal administrativo é um filho bastardo do direito e da administração. Sua fonte origina-se nos decretos policiais, que são, materialmente, apenas regulamentos administrativos no ordenamento jurídico em constante mutação”.¹⁴

A teoria desenvolvida por Goldschmidt, com o apoio de Frank, Belling, Otto Mayer, Dohna, Trops, transforma-se em um anteprojeto para a codificação legal do direito penal administrativo, porém sem lograr êxito naquela época de grande rigidez do ordenamento jurídico-penal.¹⁵

Erik Wolf introduz com sua obra, *O Lugar do Delito Administrativo Penal no Sistema Jurídico Penal* (1930), novos e importantes conceitos para uma mais profunda concepção dogmático-jurídica do direito penal administrativo.¹⁶

11. James Goldschmidt, *Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, Carl Heymans, 1902.

12. Goldschmidt, idem, p. 222: O direito penal administrativo constitui-se materialmente de ordenamentos administrativos públicos, reguladores do bem-estar social (*Wohlfahrt*), interesses coletivos e sociais da administração social da existência dos homens (*Daseinsvorsorge*), enquanto do direito penal de justiça está adstrito à antijuridicidade descrita pela norma penal incriminadora, que tutela a liberdade e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo.

13. Idem, ibidem, p. 225.

14. Goldschmidt, *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts*, p. 213: “nur historisch zu verstehen, erscheint das Verwaltungsstrafrecht gleichsam als — sit venia verbo — Bastard von Recht um Verwaltung. Seine Hauptquelle, die Polizeiverordnungen, sind materielle Verordnungen in wesentlichen Rechtsgewande”.

15. H. Mattes, ob. cit. n. 10, p. 254 e ss.

16. Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem Frank — Festgabe*, Band 2, s. 516 ff. Deutschland 1930.

Sua doutrina toma por base a autonomia material do direito penal administrativo, que ainda no aspecto formal estava ligado ao direito penal de justiça, devendo corresponder aos conceitos fundamentais e às categorias formais do direito penal: tipicidade, ilicitude, culpa (imputabilidade e censurabilidade).¹⁷

Afasta-se da teoria de Goldschmidt. Não busca exclusivamente a diferenciação material sobre bens jurídicos penais e administrativos, primários e secundários ou na função da justiça como garantidora única da estabilização da personalidade jurídica do homem; enquanto a função da administração exigia a participação ativa do cidadão, não bastando sua manutenção dentro dos limites do direito.¹⁸

As sanções penais ou administrativas penais diferenciam-se conforme a ilicitude da conduta do agente em relação ao dano individual ou social que produzem no sistema jurídico. "A pena administrativa não reage contra uma personalidade contrária ao direito, porquanto o autor deste delito não se mostra socialmente danoso ou perigoso, mas socialmente descuidado ou omissor, não cauteloso em observar as ordenações impostas pelo Estado para alcançar o bem-estar social".¹⁹ O autor de um crime é um ser anti-social, perigoso, por isso necessita de uma sanção penal, que garanta a retribuição ao mal cometido e que ao mesmo tempo possa resguardar a paz social. O autor de um delito administrativo, de uma lesão, de uma norma penal em branco ou de uma ameaça ou lesão de perigo abstrato, revela uma conduta eticamente indiferente pela falta de zelo social; em rigor não age ilícita mas apenas indiferentemente contra a ordem estatal para a manutenção do bem-estar social. (*Er tut*

nicht eigentlich umrecht, sondern ungut, unwohl).²⁰ Destarte, a diferença da natureza das sanções ou "reações" do Estado, refletem diretamente na repressão à conduta produzida pelo agente, enquanto a ilicitude está no próprio desvalor da conduta frente a um interesse, a um valor (*Sein-Wesen des Rechtsstaates*). Tomando por base a doutrina de Rudolf Smend e Georg Jellinek, dispõe Erik Wolf em três planos os valores tutelados pelo Estado: valores jurídicos, valores da autoridade executiva e valores do bem-estar social.

Desta tricotomia axiológica do poder estatal extraem-se as sanções, que pertencem ao direito penal de justiça ou ao direito penal administrativo, sendo competente para conhecer do primeiro o Poder Judiciário; do segundo, o Poder Executivo, no sentido dos órgãos que compõem a Administração Pública do Estado. O mais alto valor da Administração: o bem-estar (*Wohlfahrt*) constitui-se em fundamento ou princípio do direito penal administrativo, o mais alto valor jurídico: a justiça (*Gerechtigkeit*) constitui-se no fundamento do direito penal de justiça.²¹

O direito penal administrativo assume uma função dinâmica e impulsionadora da atividade do homem em sociedade, não permitindo que este seja omissor ou socialmente descuidado; o direito penal de justiça permanece em sua função garantidora e mantenedora dos direitos individuais do homem, assumindo um papel conservador e estático.²²

Erik Wolf contribuiu para a delimitação dos delitos de mera ordenação social e também para o conceito de delitos de bagatela (*Bagatelldelikten*), pela ilicitude graduada das condutas sociais e potencialidade de danos ínfimos para o cidadão, pelo mero descumprimento de

17. Idem, ibidem, p. 560.

18. H. Mattes, ob. cit. n. 10, pp. 234 ss.

19. Idem, ibidem, p. 262.

20. Erik Wolf, ob. cit. n. 17, p. 525.

21 e 22. Idem, ibidem, pp. 522, 585 e 586.

tarefas impostas a todos pelo Estado Social.

A doutrina de Eberhard Schmidt, tomando por base as lições dos penalistas anteriores, revelou-se profícua em seus objetivos pragmáticos, traduzindo-se na elaboração das Leis de Direito Penal Econômico (*Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949) e nas subseqüentes Leis Quadro de Mera Ordenação Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952, reformulada em 1968).

O direito penal de ordem, ou simplesmente, direito de mera ordenação social (*Ordnungsstrafrecht*) tomava por base a imposição de medidas sancionatórias do Estado, denominadas *Geldbusse* (Coimas).²³

A aplicação de censuras (*Gelbusse*), desprovidas de qualquer mácula ético-social por operadores econômicos ou administrativos, funcionários pertencentes aos quadros da Administração Pública, revela a natureza jurídica deste instrumento de controle estatal, traduzida como uma advertência meramente ordenativa e social, desprovida do sentido de expiação ética ou retribuição da sanção criminal, que visa penalizar e ressocializar o agente perigoso à sociedade.

Assim, ressalta Eberhard Schmidt, “a Administração Pública limita-se a reagir contra a desobediência de certos imperativos, visando, mediante o forte apelo

em que se traduzem, tornar sensíveis as suas intenções”.²⁴

A Comissão composta para a criação do CP Econômico (*Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949) fez muitas críticas a definição de um tipo especial de ilícito (*Zuwiderhandlung gegen wirtschaftliche Vorschriften*) de caráter ambivalente que podia tanto ser um ilícito penal como uma mera ordenação, deixando uma larga margem de atuação do legislador para a criação de tipos abertos, que seriam preenchidos por agentes públicos. Estes ilícitos foram elencados nos arts. 7 e 22 da *Wirtschaftsstrafgesetz*, sendo denominado de “fórmula mágica” (*Zauberformel*) de onde extraíam-se as diferenças qualitativas para a imposição de penas ou de coimas, de acordo com a natureza do fato (*nach der Natur der Sache entsprechend*).²⁵ Esta conceituação objetiva do ilícito ensejou a criação de tipos mistos de ilícito (*Mischtatbestände*), isto é, infrações abstratamente qualificáveis como crimes ou contravenção em função das circunstâncias concretas e da apreciação pelos órgãos repressores do Estado.

24. Eberhard Schmidt, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949)” p. 424. H. Mattes ob. cit., pp. 251 e ss. faz um profundo estudo sobre a origem, natureza jurídica e diferenciação entre *Geldbusse* e *Kriminalstraf* no ordenamento jurídico-penal alemão.

25. Eberhard Schmidt, ob. cit., p. 423: “Ob die Wirtschaftsbehörden oder die Staatsanwaltschaften zu bestimmen hatten, ob ein wirtschaftlicher Vertosse im Funktionsbereich der Justiz oder in dem-jenigen der Verwaltung zu erledigen sei, das ist keine rechtsstaatliche Lösung der von der Wirtschaftsstrafrechtskommission zu meisternden Aufgabe gewesen. Von den machtsstaatlichen Perversion de überkommenen Wirtschaftsstrafrechts ist nur zu loszukommen gewesen, wenn es gelang, ein für Justiz und Verwaltung gleichermaßen verbindliches, materielles, Kriterium gesetzliche festzulegen, nach welchen”.

23. O *nomen juris* Coimas, que tomo a liberdade de citar em várias partes deste trabalho, foi mencionado, pela primeira vez, pelo penalista português, Eduardo Correia, para caracterizar o pagamento de certas quantias em dinheiro, com o sentido de censura ou advertência puramente social, diferenciando-as das multas, designativas de sanção penal pecuniária (*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, p. 273). O Dec.-lei 433 de 27.4.82 — Lei que institui o ilícito de Mera Ordenação Social no Ordenamento jurídico português, dispõe em seus arts. 1.º e 17 sobre a natureza da coima e sua aplicação.

Para tentar solucionar a controvérsia, propõe Eberhard Schmidt um critério objetivo de apreciação da conduta do agente (censurável ou culpável) para a aplicação da sanção penal ou de simples coima e também a utilização de *índices conceituais-formais* para orientar o legislador em sua escolha em relação a zonas limítrofes entre o ilícito penal e o ilícito administrativo penal, nas quais poderia ocorrer a perda de parâmetros para a elaboração do tipo de ilícito. Este critério formal de distinção quantitativa dos ilícitos foi introduzido pelo art. 6 da *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949.²⁶

O desenvolvimento das doutrinas dos penalistas alemães culminou na promulgação em 25.3.52 da primeira Lei Quadro do Direito de Mera Ordenação Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952).²⁷

Esta primeira lei quadro trouxe importantes inovações para a conceituação da figura da contra ou mera ordenação social dentro do sistema penal, porquanto estabeleceu a autonomia do direito penal econômico-administrativo, introduzido em leis posteriores, ao mesmo tempo em que

estabeleceu a diferenciação do ilícito anti-social do ilícito criminal na análise de cada caso e em relação à conduta contrária à norma conformadora do Estado, quando este intervém no domínio administrativo ou econômico para assegurar o *Daseinsvorsorge* do Estado Social de Direito.²⁸

A segunda Lei Quadro do Direito de Mera Ordenação Social, introduziu algumas reformas na lei anterior, principalmente no que diz respeito à eliminação dos tipos mistos (*Mischtabestände*), que remanesciam da antiga Lei *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949, com o aperfeiçoamento dos procedimentos para a aplicação das coimas, descritas as condutas e a censura correspondente em outras leis extravagantes. Como p. ex., em relação às contravenções de trânsito (*Verkehrsstrafenrecht*) e contravenções sobre práticas restritivas da concorrência (*Kartellgesetz*), que sofreram o processo de descriminalização.²⁹

Com a reforma penal de 1975 (EGStGB) consolidou-se o processo de separação das meras ordenações sociais, antes consideradas contravenções penais (*übertretungen*) juntamente com os cri-

26. Eberhard Schmidt, ob. cit., p. 426. H. Mattes, p. 179, a introdução destes critérios adicionais quantitativos para delimitar as zonas limítrofes ficou consagrado na Doutrina Alemã como *Schmidtsche-Formel*. Muitos autores alemães (H. H. Jescheck, H. J. Hirsch) contestam a existência de qualquer critério material de distinção e fazem assentar esta, em definitivo, tão-só numa diferença quantitativa, descrita pela fórmula de Schmidt. Porém, prefere Jorge F. Dias fundamentar sua distinção em um critério material, antes que qualitativo entre ambos os ilícitos, tomando como critério a valoração legal da conduta, ou seja, ao desvalor da conduta, *indiferente eticamente*, a que não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social, sendo, pois *axiologicamente neutral* (Jorge F. Dias, ob. cit., n. 2, p. 364 e notas).

27. E. Göhler, "Einführung des Ordnungswidrigkeitengesetzes", pp. 9-21.

28. Para aprofundamento sobre as inovações introduzidas pela "Ordnungswidrigkeitengesetz-OWIG" de 1952: H. Mattes, ob. cit., p. 234 ss.; Tiedemann, ob. cit., p. 286; W. Knapp, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*; J. Bohnert, *Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts*; P. Hünnerfeld, *A Pequena Criminalidade e o Processo Penal*; H. H. Jescheck, *Das Deutsche Wirtschaftsstrafrecht*.

29. H. Mattes, ob. cit., n. 10, p. 53 e ss., elenca uma série de leis administrativas que trazem em seu bojo a descrição de contra-ordenação, culminando como censura uma *Geldbusse*, e outras que descrevem tipos penais *Vergehen*, ou seja, na fronteira entre ambos ilícitos, v.g., *Atomgesetzes*, arts. 45, § 1, alíneas 1-5 e 11, § 1, alínea 1 *Passgesetze sind Vergehen*; 58, § 1, alíneas 2, 6, 8, 12 da *Luftverkehrsgesetz* e 12, § 1, alínea 1 da *Mühlengesetz sind Ordnungswidrigkeiten*.

mes (*Verbrechen und Vergehen*) descritos pelo CP Alemão (StGB). Muitas foram extintas e outras transformaram-se em ilícito de mera ordenação.³⁰

Johannes Wessels, comentando a Reforma Penal de 1975, dispõe que a nova parte geral do *Strafgesetzbuch* não mais reconhece a tripartição das infrações penais, pois as contravenções deixaram de existir e passaram para uma nova categoria: mera ordenação social, censuráveis com uma coima (*Geldbusse*), de competência dos órgãos da Administração Pública. Os tipos penais constituem-se em *Verbrechen*, apenados com no mínimo, pena privativa de liberdade de um ano ou mais (§ 12, I do StGB) e *Vergehen*, apenados com uma pena privativa de liberdade de curta duração ou com pena de multa (§ 12, II do StGB), cuja competência para julgá-los pertence ao Poder Judiciário.³¹

O movimento de descriminalização ganhou contorno definitivo e foi positivado com a introdução das Leis de Mera Ordenação, espraiando-se por todas as áreas do sistema jurídico alemão e, conseqüentemente, refletindo-se na melhor administração da justiça pela movimentação mais rápida da máquina judiciária, que ficou livre das contravenções e delitos de bagatela.³²

É importante ressaltar que sob o aspecto constitucional, a nova sistemática do direito de ordenação social e a imposição de coimas pelos órgãos da Administração Pública competentes para fiscalizarem os decretos ordenativos, foi constitucionalmente corroborada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, em perfeita consonância com o art. 92 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), que dispõe sobre a competência do Poder Judiciário.³³

30. Göhler, ob. cit., pp. 11 e 12.

31. Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 5.

32. P. Hünerfeld, ob. cit., p. 57.

33. "Bundes Verfassungsgericht in Beschluss von 16.7.69, N. J. W. 1969", p. 169: o ponto

4. Aspectos fundamentais da Lei de Mera Ordenação Social Alemã (OWIG de 1968).

Censurabilidade. O art. 1.º da *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWIG) conceitua a mera ordenação social, como sendo uma conduta ilícita e *censurável*, que preencha o tipo legal descrito em uma lei, cuja reprimenda comine uma *Geldbusse*.³⁴

A conduta é descrita como apenas censurável (*Vorwerfbarkeit*), pois o desvalor da conduta praticada pelo agente representa uma ilicitude anti-social, eticamente indiferente e irrelevante para atingir o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. O agente não se conduz dolosa ou culposamente (*Schuldhaft*), apenas merece uma censura por meio de coima por ter se omitido ou ter contrariado seu dever de cidadão dentro do Estado Social.

A culpabilidade foi atingida diretamente pelo legislador, pois o conceito de culpa *stricto sensu* está ligado ao elemento ético-social relevante da tipicidade penal, que não pode ser sancionado com uma simples *Geldbusse*.³⁵

central da discussão voltou-se para a competência material do Poder Judiciário (GG, art. 92), que diante do princípio da Legalidade deve aplicar sanções criminais, após o devido processo legal, porém a coima foi determinada para o novo ilícito de mera ordenação, irrelevante eticamente para uma apreciação valorativa da máquina judiciária, de interesse tão-só para a Administração Pública aplicar a *Daseinvorsorge*, apartando-se dos limites estritos do princípio da Legalidade e tomando como princípio Informador o da Oportunidade (*Opportunitätsgrundsatz*) para a atuação discricionária (*Ermessenbeschluss*) do agente público, quando previsto pela norma administrativa (Knapp, ob. cit., p. 612).

34. Göhler, OWIG, art. 1.º: "Begriffsbestimmung. (1) Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer *Geldbusse* zulässt".

35. Knapp, ob. cit., p. 612.

Geldbusse (Coimas). O conceito de coima do art. 1.º (2) é fundamental para o direito de mera ordenação. Este caracteriza materialmente a conduta anti-social.

“A coima é uma sanção aplicada a uma conduta anti-social, descrita como tipo de mera ordenação social por uma lei, de acordo com a alínea 1, independentemente do caráter censurável do fato”.³⁶

A coima é o instrumento sancionatório utilizado pelo agente público, que por meio de uma análise discricionária do fato e da conduta do argüido, pode impor-lhe uma censura, uma reprimenda estabelecida por uma quantia em dinheiro prevista pela Lei de Mera Ordenação Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, art. 17) ou por outras leis, que descrevem a tipicidade e a coima.

Procedimento e órgão competente. O procedimento de aplicação das *Geldbusse* às meras ordenações sociais é bastante simplificado e mais célere, sem a rigidez dos princípios informadores do Direito Processual Penal, bem como não prevê uma fase investigatória e outra acusatória em Juízo.

De acordo com os arts. 35 a 110 da *Ordnungswidrigkeitengesetz*, as medidas são aplicadas pelo agente público competente, de acordo com as leis determinativas de fiscalização e previsão, porém, deve o funcionário verificar se estão presentes os pressupostos subjetivos (censurabilidade) e objetivos ou materiais: tipicidade da conduta despida da expiação ética para aplicação formal da coima. A análise destes pressupostos está adstrita a uma certa discricionariedade (*Ermessen*) do órgão administrativo, tomando como fundamento o Princípio da Oportunidade (*Opportunitätsgrundsatz*,

art. 47 da *Ordnungswidrigkeitengesetz-OWIG*).³⁷

Se, porém, houver concurso de crime e de mera ordenação social ou se o agente tiver de responder por ambos os delitos, intervirá o órgão do MP. O procedimento deve ser judicial (art. 47, II, OWIG).

Há possibilidade de conversão do procedimento administrativo em judicial, pois o Tribunal não está limitado pela decisão administrativa anterior e nem tampouco à análise material dos pressupostos fáticos para a tipicidade da mera ordenação, podendo o órgão do MP requisitar os autos do procedimento e convertê-lo em processo criminal perante o Poder Judiciário. Abrir-se-á ao argüido oportunidade para defesa, após sua citação quando da mudança de instância, ou melhor, de justiças (art. 81 da OWIG).³⁸

5. Conclusões

O estudo do sistema jurídico de Mera Ordenação Social e a análise dos princípios doutrinários introduzidos pelos penalistas alemães, constituem importante fonte para o aprofundamento das nossas pesquisas e para o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico-penal.

Em primeiro lugar, destaca-se o movimento de descriminalização iniciado no pós-guerra na Alemanha Ocidental, que vem crescendo em importância e se alastrando por todos os países do continente europeu, com o objetivo de delimitar a intervenção do Estado no âmbito privado e com o intuito de agilizar e reprimir crimes hediondos, tráfico de

37. Knapp, ob. cit., p. 616: “Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt im pflichtmäßigen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen”.

38. Para aprofundamento sobre o procedimento judicial v. Göhler E. Kapp, ob. cit., pp. 53, e ss., 615 e ss.

36. Göhler, OWIG, art. 1 (2) “Eine mit Geldbusse bedrohte Handlung ist eine rechtswidrige Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes im Sinne des Absatzes 1 verwirklicht, auch wenn sie nicht vorwerfbar begangen ist”.

entorpecentes e outros de alta repercussão social, deixando para órgãos administrativos e tribunais especiais de pequenas causas as contravenções e delitos de menor potencialidade ofensiva à ordem social e ao equilíbrio das relações econômicas e políticas. Dentro desta nova concepção do direito penal, corroborada pela doutrina Social da Ação (*Socialrechtslehre*) seguida por modernos penalistas alemães como Klaus Tiedemann, Hans-Heinrich Jescheck, Johannes Wessels, Arthur Kaufmann, entre outros, atribui-se ao autor de uma infração a culpabilidade ou censurabilidade, à medida em que sua conduta seja relevante ou não para a comunidade onde vive, ou seja, à medida em que aja com consciência e vontade e com desvalor em sua conduta, desprezando os interesses relevantes tutelados pela Constituição e Leis Penais vigentes.

A intervenção do Estado Moderno para reprimir e sancionar os crimes que ofendem bens jurídicos básicos, como a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos deve ser constantemente aperfeiçoada e adaptada às maiores exigências de uma sociedade complexa e influenciada por meios de comunicação de massa, que controlam as informações e direcionam os costumes e os comportamentos sociais.

A desqualificação penal dos delitos de bagatela e das contravenções penais, ofensivas contra o Estado Social de Direito, mereceu uma análise ético-social profunda pelos juristas alemães, culminando nas Leis Quadros de Mera Ordenação Social, na adaptação dos órgãos da Administração Pública e Tribunais Especiais e na reformulação de procedimentos, mais simplificados e mais céleres tanto quanto mais automatizados para solucionar estes litígios de menor potencialidade lesiva e desafogar os Tribunais e Juízos de 1.ª Instância. Ambos, por sua vez, sem uma sobrecarga de trabalho, podem concentrar-se na eficiên-

cia e aprofundamento dos casos mais graves e na maior celeridade de entrega da prestação jurisdicional.

Em segundo lugar, há que se fazer referência aos princípios básicos de direito processual penal em relação aos princípios norteadores do direito de mera ordenação social. Os princípios da Legalidade, do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa, da Oficialidade, da Individualização da pena, entre outros, que garantem a defesa das liberdades públicas dos cidadãos, são observados. No entanto, como as condutas são consideradas penal e eticamente indiferentes outros princípios são considerados para a devida solução dos pequenos litígios. Entre esses destacam-se o Princípio da Oportunidade de apreciação discricionária pelos agentes públicos diante dos fatos que se lhe apresentam, da Informalidade do Procedimento, das Citações e Intimações por vias postais, da Instrumentalidade das formas processuais e da utilização de critérios previstos em leis esparsas para a imposição das coimas por órgãos administrativos competentes e da apreciação da conduta ilícita perpetrada pelo agente, tomando como pressupostos a censurabilidade e desvalor da conduta frente ao ordenamento social.

As conseqüências positivas da nova estruturação do ordenamento jurídico constitucional-penal têm sido relevantes nos países que adotaram este direito de terceira geração ou de mera ordenação social, principalmente desafogando o intenso trabalho dos juízes e Tribunais, deslocando para órgãos administrativos e tribunais especiais o julgamento e execução das sanções pecuniárias dos ilícitos de menor potencialidade ofensiva.

A CF de 1988 (art. 98, I) prevê a criação de juizados especiais, por meio de lei, para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis e de infrações penais de menor potencialidade ofensiva

por meio de procedimentos simplificados.

A criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis tem trazido bons resultados, aproximando o Poder Judiciário da população mais carente e contribuindo para a distribuição da justiça e para o engrandecimento e revalorização de nossa Instituição dentro de um Estado Democrático de Direito.

Não obstante a previsão constitucional para a criação dos Tribunais de Pequenas Causas Penais, pouco de concreto a este respeito tem sido feito até o momento.

Destarte, as idéias esboçadas neste trabalho visam, antes de tudo, à reflexão e ao debate para o aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas. E, principalmente, para mitigar as severas críticas feitas à morosidade da máquina Judiciária, porquanto poucos se lembram de que este Poder, como os demais no jogo de balanços e contrapesos, depende da atuação efetiva dos Poderes Legislativo e Executivo para dar equilíbrio a organização estatal e consolidar o primado do Estado Social e Democrático de Direito.

Bibliografia

- ANDRADE, Manoel da Costa: "Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação", in *Revista de Direito Econômico* 6/7 (1980/1981), pp. 81-117, Lisboa, Portugal, 1981.
- BOHNERT, Joachim: "Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts", in *Jura* 1984, Heft 1, pp. 11-22, Deutschland.
- CORREIA, Eduardo: "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XLIX, pp. 257-281, Portugal, 1973.
- DIAS, Jorge Figueiredo: "O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social", in *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Fase I, pp. 318 e ss., Portugal, 1983.
- "Para uma dogmática do Direito Penal Secundário", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Portugal, Coimbra Editora

- pp. 116, 117, 263; 198, 330, 364 do ano de 1983/84; 7, 46 e 72 do ano de 1984/85.
- FORSTHOFF, Ernest: *Der Staat der Industriegesellschaft*, Muenchen, C. H. Beck, 1971.
- GOEHLER, Erich: "Einführung in der Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts", in OWIG, Beck-Texte Verlag Muenchen, 7.º Auf., 198.
- GOLDSCHMIDT, James: "Was ist Verwaltungsstrafrecht?" in *Deutsche Strafrechtszeitung*, Heft 4/5 pp. 222 e ss., Deutschland, 1914.
- "Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts", in *Deutsch-Juristen-Zeitung* VII, pp. 212 ss., Berlin, 1902.
- HUENERFELD, Peter: "A Pequena Criminalidade e o Processo Penal", in *RDE* 1978, pp. 25 e ss.
- KNAPP, Wolfgang: "Das Recht der Ordnungswidrigkeiten", in *Juristische Schulung*. September 1979, Heft 9, pp. 609-618.
- MATTES, Heinz: *Untersuchung zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Band 2./2 Duncker & Humboldt, Berlin, 1982.
- SCHMIDT, Eberhard: "Probleme des Wirtschaftsstrafrechts", in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Mai, 1948, pp. 225 e ss.
- "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Betrachtung zum Entwurf eines Gesetzes über".
- "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Erinnerung an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949), Festschrift für Adolf Arndt", Frankfurt a.M., 1969.
- "Rechtsnot in Wirtschaftsstrafrecht und ihre Ueberwindung", *SJZ*. 1948, p. 564.
- TIEDEMANN, Klaus: "Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat", in *OJZ*, 1872, pp. 285 e ss., Wien 1972.
- Roxim/Arzt: "Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, C. F. Müller Verlag", 1983.
- "Tendences Mondiales d'Introduction de sanctions Nouvelles pour les Crimes en Col Blanc", in *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, pp. 127-153, Ed. Revan, México, 1977.
- WESSELS, Johannes: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 13.º Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988.
- WOLF Erik: "Die Stellung der Verwaltungsdelikte", in *Strafrechtssystem*, Frank-Festgabe, Band 2. s 516, Deutschland, 1930.