

Revista 

Onis



Ciência

As Ciências Sociais no lugar certo!

www.revistaonisciencia.com

Vol.VI Ano VI Nº 18

Janeiro - Abril 2018

ISSN 2182- 598X

Nº 18



Vol. VI Ano VI Nº 18

Janeiro — Abril 2018

Periódico Quadrimestral

ISSN 2182—598X

Braga - Portugal

4700-006

Indexador:



O conteúdo dos artigos é de inteira responsabilidade dos autores.



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

www.revistaonisciencia.com

revistaonisciencia@gmail.com

Tel.: 351 964 952 864

Revista Onis Ciência, Vol VI, Ano VI, Nº 18, Braga, Portugal, Janeiro — Abril, 2018. Quadrimestral

EDITOR:

Ribamar Fonseca Júnior
Universidade do Minho – Portugal

DIRETORA COORDENADORA:

Karla Haydê
Universidade do Minho – Portugal

CONSELHO EDITORIAL:

Bendita Donaciano
Universidade Pedagógica de Moçambique – Moçambique

Bruno Smolarek Dias
Universidade Paranaense – Brasil

Camilo Ibraimo Ussene
Universidade Pedagógica de Moçambique – Moçambique

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Universidade Federal do Maranhão – Brasil

Claudia Machado
Universidade do Minho – Portugal

Cleber Augusto Pereira
Universidade Federal do Maranhão – Brasil

Carlos Renilton Freitas Cruz
Universidade Federal do Pará – Brasil

Diogo Favero Pasuch
Universidade Caxias do Sul – Brasil

Evelyn Cristina Ferreira de Aquino
Universidade do Minho – Portugal

Fabiane Maia Garcia
Universidade Federal do Amazonas–UFAM

Fabio Paiva Reis
Universidade do Minho – Portugal

Hugo Alexandre Espínola Mangureira
Universidade do Minho – Portugal

Karine Pinheiro Souza
Universidade Federal do Ceará–UFC

Karleno Márcio Bocarro
Universidade Humboldt de Berlim – Alemanha

Valdira Barros
Faculdade São Luís - Brasil

DIVULGAÇÃO E MARKETING

Larissa Coelho
Universidade do Minho - Portugal

DESIGN GRÁFICO:

Ricardo Fonseca – Brasil

ARTIGOS

<i>FATOS RELEVANTES NA DELAÇÃO DOS EXECUTIVOS DO GRUPO J&F: O AGENTE E O PRINCIPAL: DE QUEM É A CULPA?</i> GILBERTO MAGALHÃES DA SILVA FILHO	05
<i>IMPACTOS DO SIMPLES NACIONAL A PARTIR DE 2018 PARA AS EMPRESAS DO COMÉRCIO DE IMPERATRIZ NO BRASIL</i> OCIONIRA RODRIGUES SOARES	16
<i>AÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM, UM ILUSTRE QUASE DESCONHECIDO JURÍDICO</i> TELMO FERREIRA JUNIOR	35
<i>OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO</i> NILVA VESTEwig	58

A **Revista Onis Ciência** é uma publicação *on-line* quadrimestral, voltada para as ciências sociais. Neste sentido, busca se consolidar como um fórum de reflexão e difusão dos trabalhos de investigadores nacionais e estrangeiros. Desse modo pretende dar sua contribuição, nos diferentes campos do conhecimento, trazendo para o debate temas relevantes para as ciências sociais. Dirigida a professores e investigadores, estudantes de graduação e pós-graduação, a revista abre espaço para a divulgação de Dossiês, Artigos, Resenhas Críticas, Traduções e Entrevistas com temáticas e enfoques que possam enriquecer a discussão sobre os mais diferentes aspetos desse importante campo das ciências.

FATOS RELEVANTES NA DELAÇÃO DOS EXECUTIVOS DO GRUPO J&F: O AGENTE E O PRINCIPAL: DE QUEM É A CULPA?

Gilberto Magalhães da Silva Filho

Doutor em Contabilidade
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)
gmfcontabilidade@hotmail.com

Emanuel Truta do Bonfim

Doutor em Contabilidade
Universidade Estadual da Paraíba (Brasil)
emanoeltruta@hotmail.com

Wenner Gláucio Lopes Lucena

Doutor em Contabilidade
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)
wenner@ccsa.ufpb.br

Este caso de ensino se destina, sobretudo, aos cursos de graduação e pós-graduação em Administração e Contabilidade, e tem como objetivo relatar os eventos ocorridos antes e após a divulgação da delação dos executivos do grupo J&F, relacionando-os com a teoria da agência. O presente trabalho baseia-se em notícias divulgadas nos meios de comunicação sobre os fatos que antecederam a colaboração premiada dos principais executivos e acionistas detentores da *holding* J&F. Levantaram-se os dados nos sítios dos principais jornais e revistas do Brasil, no período de abril a maio de 2017, por meio de uma análise documental nos materiais observados. Por meio desse caso real de delação premiada, o estudo buscou possibilitar aos discentes um cenário onde poderiam utilizar seus conhecimentos teóricos e práticos para desenvolver uma análise crítica, tomando como base os pressupostos da teoria da agência.

Palavras-chave: Caso de ensino. Grupo J&F. Teoria da agência.

ENTENDENDO O CASO JBS: HISTÓRIA E ESCÂNDALOS ENVOLVENDO A EMPRESA

A empresa JBS foi fundada em 1953 pelo empresário José Batista Sobrinho (conhecido como Zé Mineiro) no estado de Goiás, tendo como objeto social o processamento de carnes, além de atuar no manuseio e processamento de couros. O que começou como um pequeno açougue rapidamente expandiu e passou a abastecer grandes empreiteiras na região. Contudo, foi no governo de Juscelino Kubitschek que a expansão de fato teve início, tendo em vista os inúmeros incentivos fiscais fornecidos pelo governo.

Aquele pequeno empreendimento adquiriu o status de empresa nacional em meados de 1980, quando algumas estratégias foram adotadas pela gestão visando ao crescimento e expansão dos negócios. A empresa passou a ter sede em São Paulo, e outras atividades passaram a fazer parte de suas operações, a partir dos subprodutos da carne, dando origem à empresa de higiene e limpeza Flora, dona das marcas Minuano e Albany. Conforme Chiara e Aragão (2009), aquisições de unidades no país, combinando com a política voltada para a exportação de seus produtos, a consolidou como uma empresa de porte nacional.

O processo de internacionalização da companhia teve início com a compra da unidade da Swift na Argentina em 2005 e, posteriormente, com a incorporação da matriz americana e a unidade australiana da marca. Em 2009, a JBS consolidou a sua plataforma de produção de proteína no mundo e diversificou a sua atuação (Teixeira, Carvalho e Feldmann, 2010).

O ano de 2007 foi marcado pelo processo de abertura do capital da empresa na Bolsa de Valores, passando a se chamar JBS em homenagem ao seu fundador José Batista Sobrinho. Atualmente, a JBS atua em mais de 20 países, atendendo a uma base de mais de 300 mil clientes em mais de 150 países por meio de um variado portfólio de produtos e marcas, e conta com mais de 235 mil colaboradores espalhados em diversas plataformas de produção e escritórios comerciais pelo mundo (JBS, 2017).

Diante da atual posição econômica e financeira da empresa, alguns acontecimentos abalaram as estruturas da companhia, culminando na delação premiada dos seus sócios proprietários e irmãos Joesley e Wesley Batista. O primeiro escândalo envolvendo a empresa aconteceu em março de 2017, quando uma operação da polícia federal deflagrou um esquema envolvendo mais de 30 empresas do ramo de alimentos, dentre elas a JBS, dona das marcas Friboi, Seara, Vigor e Swift. O esquema consistia na venda de carne imprópria para o consumo, mediante o uso de produtos químicos, com o propósito de mascarar a qualidade do produto, além do possível envolvimento de fiscais do Ministério da Agricultura e Pecuária.

Em maio de 2017, uma nova operação realizada pela polícia federal investigava uma possível irregularidade envolvendo o repasse de R\$ 8,1 bilhões do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para a JBS. Os valores recebidos em junho de 2017 teriam sido destinados à compra de outras empresas do ramo de frigoríficos, conforme investigações da polícia federal, existindo indícios de que as operações haviam descumprido termos relacionados à ausência de exigência de

garantias, além da dispensa indevida de prêmio contratual. Conforme parecer do Tribunal de Contas da União (TCU), o prejuízo causado aos cofres públicos foi de aproximadamente R\$ 1,2 bilhão.

Já em junho de 2017, mais uma vez, a ação da polícia federal resultou em nova investigação envolvendo a JBS, dessa vez na operação conhecida como Tendão de Aquiles. A empresa foi acusada de fazer uso indevido de informações privilegiadas na compra e venda de dólares nos dias anteriores à delação de Joesley e Wesley Batista. Recentemente, em um dos desdobramentos da Lava Jato, a JBS foi envolvida em um caso de pagamento de R\$ 500 mil em propina ao Deputado Federal Rodrigo Rocha Loures (PMDB-PR), valores repassados ao então Presidente da República Michel Temer, apresentado constantemente nas mídias televisivas.

Frente à atual conjuntura e à sucessiva onda de escândalos e acusações envolvendo a empresa, os irmãos Joesley e Wesley Batista e outros cinco delatores participaram de um processo de delação premiada. Com a denúncia premiada, os proprietários não vão responder criminalmente pelo esquema de propinas envolvendo a JBS e terão 10 anos para pagar uma multa de R\$ 225 milhões, termos que têm sido classificados como muito benéficos, em comparação aos que foram acordados com outros delatores da operação Lava Jato (D’agostinho, 2017). A Tabela 1, a seguir, traz uma comparação das principais delações premiadas, fruto da operação Lava Jato.

Tabela 1:

Principais delações premiadas ocorridas na operação Lava Jato

Delator	Joesley e Wesley Batista	Marcelo Odebrecht	Otávio Marques	Ricardo Pessoa	Paulo Roberto Costa
Data da homologação	18/05/2017	30/01/2017	07/04/2016	23/06/2015	29/09/2014
Pena	Perdão judicial	10 anos, sendo: 2,5 anos (fechado), 2,5 anos (semiaberto), 2,5 anos (aberto) e 2,5 anos (domiciliar)	3 anos e 10 meses, sendo: 10 meses (semiaberto), 2 anos (aberto) e 1 ano (domiciliar)	2 a 3 anos (semiaberto) e 1 a 2 anos (domiciliar)	3 anos (aberto) e 1 ano (domiciliar)
Multa/ indenização	R\$225 milhões em 10 anos	Sigilo (multa de todos os 77 delatores totalizaria R\$500 milhões)	R\$2,65 milhões	R\$51 milhões em 40 parcelas	R\$10,9 milhões
Acordo de leniência	R\$14 bilhões	R\$3,8 bilhões em 23 parcelas	R\$1 bilhão	–	–

Nota. Fonte: D’Agostinho, 2017.

No caso da JBS, os proprietários denunciaram um esquema que agia mediante o pagamento de propinas a políticos em todo o país, além de gravações entre o Presidente da República Michel Temer e o Senador Aécio Neves, conforme Quadro 1. Os benefícios resultantes da delação foram de perdão judicial para os proprietários da JBS, e, quando comparados aos benefícios concedidos a Marcelo Odebrecht, é possível perceber que a pena aplicada foi mais branda em relação à que envolveu a Odebrecht.

Segundo Rosa (2017), ao aceitar a delação premiada, o empresário Joesley Batista fez uma jogada de mestre para salvar o seu grupo empresarial e sua liberdade. Ainda segundo o autor, as investigações envolvendo o empresário representava risco à continuidade dos negócios e à liberdade dos proprietários. Diante desse cenário, Joesley precisava adotar alguma tática, que se resumia a agir de forma passiva, aguardando o desenrolar das investigações, ou reunir informação com valor de troca em uma possível delação premiada, sendo escolhida a segunda opção. Contudo, novos acontecimentos parecem indicar que a manobra astuta dos empresários não surtiu os efeitos desejados, resultando, mais tarde, na prisão preventiva dos executivos.

No dia 4 de setembro de 2017, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot convocou pronunciamento e afirmou que o acordo com executivos da JBS poderia ser anulado, tendo em vista a omissão de crimes que constam em um áudio entregue em 31 de agosto de 2017, e, uma vez comprovadas as irregularidades, os delatores poderiam perder todos os benefícios do acordo de colaboração (Castro, 2017).

Foi decretada, poucos dias depois, a prisão preventiva de Wesley Batista, motivada pelo uso de informação privilegiada (*insider trading*) em transações no mercado financeiro entre abril e maio de 2017.

ANTECEDENTES À COLABORAÇÃO PREMIADA DA JBS: CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

Conforme descrito no tópico anterior, a empresa JBS é a maior produtora de proteína animal do mundo, tendo diversas filiais e fábricas em todo o mundo, inclusive nos Estados Unidos da América (EUA), onde os sócios controladores pretendem instalar o principal escritório do grupo. Nesse sentido, segundo Rosa (2017), a decisão de Joesley Batista em procurar a Procuradoria-Geral da República foi uma verdadeira jogada de mestre para salvar seu grupo de empresas e sua liberdade, usando a lógica de compra e venda de informações para atingir tal fim.

Devido às diversas operações da Polícia Federal, que desde o ano de 2015 atingiram a empresa, Joesley viu que as investigações estavam cada vez mais perto de suas operações e poderiam prejudicar seus objetivos comerciais. Dessa forma, só restava ao empresário agir ou esperar até onde as investigações da justiça chegassem (Rosa, 2017).

O empresário agiu e buscou o Ministério Público Federal (MPF) para celebrar um acordo de colaboração premiada, em que as informações possuídas pelo acionista controlador do grupo J&F passou a ter valor de troca devido aos fatos relevantes e às provas prometidas pelo potencial delator premiado (Rosa, 2017).

Após a celebração do acordo de colaboração premiada, Joesley Batista e demais executivos da JBS passaram a colaborar com a justiça, com depoimentos aos procuradores, bem como na produção de provas para legitimar o acordo de delação premiada com o MPF.

Contudo, após a divulgação do acordo de colaboração premiada dos principais acionistas e executivos do grupo JBS, que ocorreu em meados de maio de 2017, a mídia noticiou que, antes da divulgação do referido acordo, os controladores realizaram operações no mercado financeiro já no mês de abril, em que venderam milhões de ações da companhia, cujo valor depreciou-se em 20% depois da divulgação dos termos da delação premiada dos acionistas da companhia. Além disso, dias antes da divulgação do acordo de colaboração premiada, houve a compra de milhões de dólares por parte da empresa, o que gerou ganhos de milhões de dólares, uma vez que as informações veiculadas no noticiário levou o dólar a se valorizar em frente ao real (Rosa, 2017; Carta Capital, 2017; D'Agostinho, 2017).

Além dos ganhos com as operações descritas anteriormente, que antecederam a divulgação do acordo de colaboração premiada, observa-se que o acordo com a justiça garantiu aos colaboradores do grupo J&F penas mais brandas ou nenhuma pena, como no caso dos acionistas controladores, que tiveram apenas penas pecuniárias, diferentemente dos executivos de outras empresas, que ainda estão em prisão domiciliar ou em regime fechado.

Desta forma, diante dos eventos elencados nas seções anteriores, as notícias divulgadas pela mídia formam um enredo permeado pela utilização de informações privilegiadas, de conhecimento de alguns agentes que as utilizaram para obter ganhos por meio de ações antecipadas no mercado financeiro, prejudicando, possivelmente, os demais agentes do mercado. Essas possíveis ações estão sendo investigadas pelo órgão

fiscalizador do mercado de capitais, porém algo precisa ser questionado: quais foram os agentes prejudicados e que mecanismos poderiam ter sido utilizados para evitar possíveis negociações com tais informações privilegiadas?

NOTAS DE ENSINO

Objetivos de aprendizagem e indicação do público para uso do caso de ensino

O caso de ensino sobre os fatos que antecederam a colaboração premiada dos controladores do grupo J&F se destina, sobretudo, aos cursos de graduação e pós-graduação de Contabilidade e Administração, uma vez que objetiva relatar os eventos que cercaram a delação premiada dos executivos da empresa JBS, relacionando-os com as premissas e princípios da teoria da agência (TA), especialmente no que se refere à possibilidade de utilização de informações privilegiadas por parte dos controladores do grupo J&F para se beneficiarem em transações que envolveram a compra e venda de ações da empresa e de dólar no mercado futuro.

Ademais, o caso ainda pode ser indicado para estudos sobre o aprimoramento dos mecanismos de fiscalização por parte do órgão fiscalizador do mercado de capitais, para disciplinar a divulgação de informações por companhias que estão em processo de colaboração premiada junto à justiça, bem como para prevenir futuros casos de utilização de informação privilegiada por acionistas controladores. Nesse contexto, são explorados os conflitos de agência decorrentes do caso da divulgação da delação premiada da empresa em tela, possibilitando aos alunos a análise sobre as relações entre os fatos reais ocorridos antes e após a divulgação da delação premiada dos acionistas controladores com as premissas da TA.

Fontes dos dados

Este relato de caso é baseado nos acontecimentos reais vivenciados pelo grupo J&F, controlador da empresa JBS e outras companhias, sendo construído mediante a leitura de notícias publicadas em jornais e revistas de grande circulação no país. Os dados foram levantados no período de junho a julho de 2017, por meio de uma busca das principais notícias veiculadas nos meios de comunicação (sítios de grandes jornais na Internet e de revistas) sobre o caso JBS, além da leitura dos relatórios

financeiros da empresa. A análise documental desse material possibilitou o acompanhamento dos fatos ocorridos antes e após a conclusão da delação premiada dos principais controladores da empresa, servindo de base para o desenvolvimento do presente caso de ensino.

Aspectos pedagógicos

A sugestão para aplicação do presente caso de ensino é uma aula dividida em duas etapas. Considerando-se que uma explicação sobre a TA já tenha sido realizada a priori, a primeira parte da aula seria uma dinâmica entre os alunos, em que eles formariam grupos para debater e explorar os principais aspectos da TA, relacionando-a com o caso de ensino. O professor deve agir de forma a buscar que os alunos construam um pensamento crítico e reflexivo sobre o assunto.

Após a primeira etapa, o docente deve explicar aos alunos os pormenores do caso e a problematização da organização. Na etapa final, cada grupo formado na primeira etapa deve responder às questões formuladas no caso de ensino. Além disso, devem identificar outros problemas encontrados durante o estudo do caso e propor possíveis soluções para eles. Após isso, cada grupo deve expor para a classe as respostas para os questionamentos expostos no caso de ensino e apresentar os demais problemas encontrados e suas possíveis implicações e as soluções sugeridas. Por fim, o docente deve fazer uma análise crítica das respostas de cada grupo e levantar os pontos positivos, indicando leituras complementares para os alunos.

Questões para discussão

1. Quais aspectos dos acontecimentos ocorridos antes da colaboração premiada dos acionistas controladores do grupo JBS podem ser caracterizados como indícios de conflito de agência?

2. No presente caso, a venda de ações da empresa pelos acionistas controladores no período que antecedeu a conclusão do processo de colaboração premiada pode ser caracterizada como negociação com informação privilegiada?

3. Quais foram os principais prejudicados após a divulgação das informações sobre a colaboração premiada do grupo J&F?

4. Em que ponto a teoria da agência se relaciona com os fatos ocorridos antes e após a divulgação da colaboração premiada dos controladores da JBS?

5. Analise o caso na percepção de um analista da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), principal órgão de fiscalização de companhias abertas, e sugira soluções para mitigar possíveis problemas de agência ocorridos.

6. Analise novamente os eventos e indique qual outra teoria poderia ser aplicada ao contexto descrito pelo caso de ensino, na sua percepção.

Exposição teórica

Nesta seção, apresenta-se a principal base teórica que envolve o caso de ensino. Assim, serão apresentados os pressupostos da TA, os quais se sugerem para trabalhar com o presente caso de ensino.

A TA representa um paradigma teórico destinado a oferecer meios para a compreensão dos problemas resultantes da separação entre propriedade e controle, focando nas relações entre o principal (aquele que detém a propriedade), e o agente (a quem o principal delega o direito de decisão sobre os seus direitos de propriedade).

De acordo com Jensen e Meckling (1976), a TA trata do relacionamento entre agentes nas trocas econômicas, em que um ator (o principal) tem poder sobre o comportamento de outro ator (o agente) em seu favor, e o bem-estar do principal sofre influência das decisões do agente. Para o correto entendimento da TA, é preciso a compreensão de alguns conceitos-chave, a saber: relação de agência, conflitos de agência, custos de agência e mecanismo de monitoramento.

A relação de agência é definida como uma relação bilateral na qual uma parte contrata outra para realizar algum tipo de ação envolvendo delegação de autoridade para a tomada de decisão. A parte da relação que recebe poder (contratado) é o agente, já a parte da relação que delega poder ou autoridade é chamada de principal. São exemplos de relação de agência: empregado x empregador, administrador x acionista, acionista x auditor externo, fisco x contribuinte, advogado x cliente, médico x paciente etc.

Dessa relação podem resultar alguns problemas advindos da existência de interesses conflitantes entre as partes envolvidas. Muitas vezes, o agente pode agir visando a seus próprios interesses ou apresentando um comportamento oportunista, tendo em vista que o agente possui mais informação que o principal (assimetria de informação).

Da assimetria de informação entre principais e agentes resultam os problemas da seleção adversa e do risco moral (Stiglitz e Weiss, 1981). O primeiro antecede a assinatura do contrato e representa um problema de seleção incorreta, em que o principal pode, por descuido, estar selecionando um agente incapaz de suprir as suas expectativas. Já o risco moral é um problema de mudança de comportamento por parte do agente que acontece após a assinatura do contrato, como exemplo desse problema pode-se citar a conduta de um indivíduo que possui um carro sem seguro contra roubo e colisões e que, após a aquisição de um seguro para veículo, o seu comportamento passa a ser extremamente negligenciado.

Frente à assimetria de informação e aos possíveis problemas que podem resultar da sua existência, o principal precisa adotar medidas que visam a acompanhar os passos do agente e, para isso, incorre em custos de agência, definidos como o conjunto de atividades e sistemas operacionais desenvolvidos com a finalidade de alinhar os interesses dos gestores com os dos proprietários (Jensen e Meckling, 1976).

Os mecanismos de monitoramento podem ser divididos em dois grupos: os que são internos à organização e os que são externos a ela. Como exemplo de mecanismos internos, podem-se citar: conselho de administração, conselho fiscal, sistema de remuneração, estrutura de propriedade e auditoria interna. Como mecanismo externos, são exemplos: auditoria externa, mercado de aquisição hostil, mercado de trabalho competitivo e agentes do mercado financeiro (Slomski, Mello, Tavares e Macêdo, 2008).

Os mecanismos de monitoramento interno (conselho de administração, conselho fiscal, sistema de remuneração, estrutura de propriedade da companhia e auditoria interna) são utilizados com o objetivo garantir que as decisões tomadas pelos administradores sejam alinhadas com os interesses dos acionistas, buscando garantir a eficácia e eficiência das operações, a confiabilidade nos relatórios financeiros e o cumprimento de leis e regulamentos aplicáveis por parte agentes internos a organização (Jensen e Meckling, 1976; Slomski, Mello, Tavares e Macêdo, 2008).

Por sua vez, os mecanismos de monitoramento externo (auditoria externa, mercado de aquisição hostil, mercado de trabalho competitivo e agentes do mercado financeiro) podem atuar como fonte de informações para os acionistas avaliarem as informações prestadas pelos agentes e o comportamento destes na busca da maximização do valor da firma (Jensen e Meckling, 1976; Slomski, Mello, Tavares e Macêdo, 2008).

Assim, observa-se que ambos os mecanismos de monitoramento podem ser usados conjuntamente para tentar mitigar os conflitos de interesse entre os administradores e os acionistas, na medida em que podem atuar como instrumentos disciplinadores de possíveis comportamentos oportunistas dos gestores.

MATERIAL FACTS IN THE J&F GROUP EXECUTIVES' STATEMENT: THE AGENT AND THE PRINCIPAL: WHOSE FAULT IS IT?

ABSTRACT: This teaching case is mainly intended for undergraduate and graduate courses in Administration and Accounting, and aims to report the events that occurred before and after the disclosure of the J&F group executives' report, relating them to the theory of This work is based on news published in the media about the facts that preceded the award-winning collaboration of the main executives and shareholders holding the J & F. holding company. The data were collected on the websites of the main newspapers and magazines in Brazil, in the period from April to May 2017, through a documentary analysis of the observed materials. Through this real case of award-winning pleading, the study sought to provide students with a scenario where they could use their theoretical and practical knowledge to develop a critical analysis, taking as based on the assumptions of agency theory.

Keywords: Teaching case. J&F Group. Agency theory.

REFERÊNCIAS

- Castro, J. R. (2017). A cronologia do caso JBS: pressão, delação e questionamentos. *Nexo, Expresso*. Recuperado em 3 outubro, 2017, de: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/09/05/A-cronologia-do-caso-JBS-pressao-delação-e-questionamentos>.
- Chiara, M., & Aragão, M. (2009). JBS começou com um açougue em Goiás. *Estadão, Notícias, Geral*. Recuperado em 3 outubro, 2017, de: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,jbs-comecou-com-um-acougue-em-goias,436380>.
- D'Agostinho, R. (2017). Acordo de delação premiada da JBS teve mais benefícios que outros? Que critérios são usados? Entenda. *GI, Política, Operação Lava Jato*. Recuperado em 3 outubro, 2017, de: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs-teve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>.
- JBS. (2017). *Perfil corporativo*. Recuperado em 3 outubro, 2017, de: <http://jbss.foinvest.com.br/static/ptb/perfil-corporativo.asp?idioma=ptb>.

Carta Capital. JBS lucrou com delação de Joesley? Entenda o que aconteceu no mercado.(2017). *Carta Capital*, Economia. Recuperado em 3 maio, 2017, de: <https://www.cartacapital.com.br/economia/jbs-lucrou-com-delacao-de-joesley-entenda-o-que-aconteceu-no-mercado>.

Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (1976). Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Economics*, 3(4), 305-360.

Rosa, A. M. (2017). Entenda o golpe de mestre de Joesley Batista via teoria dos jogos. *Consultor Jurídico*, Limite Penal. Recuperado em 3 outubro, 2017, de: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-19/limite-penal-entenda-golpe-mestre-joesley-jbs-via-teoria-jogos>.

Slomski, V., Mello, G. R., Tavares, F., Filho, & Macêdo, F. Q. (2008). *Governança corporativa e governança na gestão pública*. São Paulo: Atlas.

Stiglitz, J. E., & Weiss, A. (1981). Credit rationing in markets with imperfect information. *American Economic Review*, 71(3), 393-411.

Teixeira, C.H.; Carvalho, D. E.; Feldmann, P. R.(2010). A internacionalização da JBS e uma discussão sobre o Diamante de Porter. *Future Studies Research Journal: Trends and Strategies*, 2(1), 175-194.

IMPACTOS DO SIMPLES NACIONAL A PARTIR DE 2018 PARA AS EMPRESAS DO COMÉRCIO DE IMPERATRIZ NO BRASIL

Ocionira Rodrigues Soares

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Faculdade de Educação Santa Terezinha. Professora universitária (Brasil).
prof_ocionira@hotmail.com

Walter Saraiva Lopes

Doutorando em Engenharia Biomédica pela Universidade de Mogi das Cruzes e Professor na Universidade Federal do Maranhão (Brasil).
w.saraiva@yahoo.com.br

Antonia Francisca da Silva Saraiva

MBA em Recursos Humanas pela Universidade Nove de Julho e graduada em Ciências Contábeis pela Faculdade do Vale do Itapecuru (Brasil)
antonyafc@hotmail.com

Anderson Guttemberg Barros Almeida

Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Maranhão e Professor universitário (Brasil).
andersonguttemberg.contador@gmail.com

Neimar Sousa Pinto Pereira

Doutoranda em Ciências Empresariais pela Universidade do Minho (Portugal) e Professora na Universidade Federal do Maranhão (Brasil).
neimar.anjo@gmail.com

A partir de 2018 entrará em vigor a nova metodologia a ser aplicada para empresas optantes do Simples Nacional. O regime tributário simplificado utilizado por cerca de 34% das microempresas e empresas de pequeno porte da cidade de Imperatriz – MA. No intuito de verificar os reflexos do novo Simples Nacional, no âmbito do Comércio de Imperatriz a partir de 2018, este estudo teve como objetivo identificar as principais mudanças no regime de tributação simplificado. O trabalho utilizou como metodologia a pesquisa bibliográfica, exploratória e documental, por meio de dados quantitativos fornecidos por sites oficiais e de estatísticas que publicam e acompanham o regime de tributação em foco. Os resultados revelam que algumas empresas poderão ser prejudicadas, caso continuem optantes do Simples Nacional a partir de 2018, pois haverá meses que a alíquota será maior do que a tabela vigente, entretanto, dependendo do faturamento poderá ser mais beneficiada. Cabe ressaltar que, para as microempresas com faturamento anual de até R\$ 180.000,00, se mantém a alíquota de 4%. Contudo, alguns pontos são bons para as empresas que continuarem no Simples Nacional. Observou-se como evoluiu nos últimos anos o número de microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente as empresas do comércio. O estudo comparou as alíquotas vigentes no Simples Nacional até dezembro de 2017, com as alíquotas nominais a serem aplicadas a partir de 2018, os resultados demonstram a grande necessidade das empresas fazerem um bom planejamento tributário. A metodologia foi criada, no intuito de motivar as empresas a elevarem o seu faturamento, porém, percebeu-se durante a pesquisa, que isso pode não se concretizar.

Palavras-chave: Simples Nacional. Formas de Tributação. Regime tributário simplificado.

INTRODUÇÃO

Criado pela Lei 9.317/96, o SIMPLES foi um regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, que instituiu o sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte, substituído posteriormente Simples Nacional instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, no qual estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado às microempresas e empresa de pequeno porte no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Este regime possui diversos benefícios no qual se destaca: a geração de empregos, redução dos encargos previdenciários, redução das cargas tributárias e uma forma mais simples para recolhimento dos tributos em um só guia de arrecadação (DAS).

A Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, reorganizou e alterou a metodologia de apuração do imposto devido por empresas optantes do Simples Nacional que entrará em vigor a partir de 2018. Diante dessa alteração, a pesquisa busca identificar quais as mudanças que irão afetar às microempresas e empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional.

A partir do ponto aludido no parágrafo anterior, e tendo em vista que em sua maioria as empresas são optantes por esse regime tributário, o objetivo desse trabalho é identificar as principais mudanças do Simples Nacional a partir de janeiro de 2018:

Especificamente, o trabalho irá avaliar três pontos: (i) apresentar a metodologia do novo Simples Nacional que será aplicada a partir de 2018. (ii) demonstrar as mudanças relevantes para as empresas optantes pelo Simples Nacional no comércio de Imperatriz. (iii) analisar as vantagens e desvantagens dessa metodologia.

Tendo em vista que o novo Simples Nacional entrará em vigor apenas em 2018, e que o cenário econômico e de governabilidade é incerto, as empresas desse regime, precisam fazer e verificar projeções de acordo com as novas regras da Lei complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, observando quais as regras de tributações mais vantajosas para elas e definir manter ou sair desse regime de acordo a viabilidade. Apesar de esse regime ser aplicado no âmbito nacional, o estudo é aplicado nas empresas da cidade de Imperatriz- MA. Portanto, justifica-se a realização da pesquisa.

FORMAS DE TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

Diante da necessidade de adquirir receitas, tributar tornou-se mais do que uma fonte de receita, sendo hoje um grande instrumento que o Estado utiliza para se manter. O capitalismo utiliza do tributo de todas as maneiras possíveis para aumentar a arrecadação e, assim poder justificar as despesas exposta nos orçamentos elaborados pelas esferas: federal, municipal e estadual. A tributação é o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Se não fosse a tributação o Estado não teria como realizar seus fins sociais, a não ser por meio do monopólio de toda atividade econômica. O tributo se configura como a grande arma, e talvez a única, contra a estatização da economia (Madeira, 2009).

Desse modo, pode-se verificar que o uso da tributação tem um grande papel para o estado e a sociedade. De um lado o contribuinte que paga os impostos, taxas, contribuições. Do outro o estado que usa desse instrumento para transformá-lo em melhorias para a sociedade. Portanto, analisar e elaborar um planejamento tributário são as melhores formas que as empresas têm para tomada de decisão de um regime tributado a ser obedecido no exercício social.

As microempresas e empresas de pequeno porte podem adotar como sistema de tributação o sistema lucro real, lucro presumido, lucro arbitrário ou Simples Nacional. Diante dessas possibilidades, as empresas devem optar pelo que for mais vantajoso, já que de acordo com a metodologia de cada regime a carga tributária pode ser maior em um regime do que em outro. Diante da complexidade da legislação brasileira, o empresário necessita de um bom profissional para orientá-lo a decidir na escolha do regime tributário, nesse caso, um bom contador.

LUCRO REAL

Lucro real é o lucro líquido contábil do período-base, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas autorizadas pela legislação do Imposto de Renda (art. 247 do RIR/99). A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período-base, com observância do disposto nas leis comerciais, inclusive no que se refere à constituição da provisão para o Imposto de Renda (Pinto, 2011).

Diante da complexidade para a apuração dos impostos do lucro real, a legislação obriga apenas algumas empresas a utilizarem este regime, deixando as demais optarem por outros regimes, desde que, estejam de acordo com a legislação vigente.

O art. 14 da Lei 9.718, de novembro de 1998, define quais as empresas que estão obrigadas a apurar seus impostos pelo lucro real. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas: (i) cuja receita total no ano-calendário anterior seja superior ao limite de

R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses; (ii) cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta; (iii) que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior; (iv) que, autorizadas pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto; (v) que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996; (vi) que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*); (vii) que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio.

Assim como o IRPJ, a base de cálculo da CSLL é o lucro, no regime do lucro real, porém, o que mudará, são as alíquotas. No primeiro caso, a alíquota é de 15% sobre o lucro, limitado mensalmente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a parte que exceder, terá um adicional de 10% na alíquota. Já no segundo caso, a alíquota é de 9%. No que se refere às contribuições PIS/PASEP e COFINS, serão contribuintes pelo regime não cumulativo as mesmas pessoas jurídicas sujeitas ao recolhimento dessas contribuições pelo regime cumulativo, porém, que estejam obrigadas ao recolhimento do Imposto de Renda com base no Lucro Real (Ribeiro, 2014, p.84).

De acordo com art. 2º da Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2003, a alíquota para as contribuições para o PIS/PASEP é de 1,65%. Se tratando da COFINS que é disciplinado pela Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, no seu art. 2º determina a alíquota de 7,6%. Cabe ressaltar, para efeito de cálculo, consideram-se as receitas e as despesas para apurar o imposto a recolher.

LUCRO PRESUMIDO

No regime lucro presumido, as apurações dos impostos federais são feitas com base no faturamento. Pode-se considerar habilitado a optar por esse regime, os contribuintes que não estejam obrigadas ao recolhimento do Imposto de Renda com base no Lucro Real.

O art. 13 da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998 esclarece que, a pessoa jurídica cuja receita bruta total no ano-calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

Nesse regime de tributação, de acordo como Portal Tributário, a alíquota de cada tributo (15% ou 25% de IRPJ e 9% da CSLL) incide sobre as receitas com base em percentual de presunção variável (1,6% a 32% do faturamento, dependendo da atividade).

As empresas optantes pelo lucro presumido deverão apurar os tributos conforme o regime cumulativo, no qual, aplica-se uma alíquota sobre o faturamento e desconsidera os valores de aquisição de mercadorias. No regime cumulativo, a alíquota para as contribuições para o PIS/PASEP é de 0,65% e COFINS é de 3,0% (RIBEIRO, 2014, p. 83).

Para poder optar pelo regime lucro presumido, a empresa deverá efetuar o pagamento da primeira cota ou cota única do imposto devido, correspondendo ao primeiro período de apuração do ano-calendário. Cabe ressaltar, a empresa ao efetuar o pagamento da cota pelo critério do lucro presumido, a empresa ficará impossibilitada de optar pelo lucro real, somente poderá migrar no início do ano subsequente.

LUCRO ARBITRÁRIO

O regime do lucro arbitrário é uma forma de apuração da base de cálculo do imposto de renda utilizada pela autoridade tributária ou pelo contribuinte. Esse regime é aplicável pela autoridade tributária quando a pessoa jurídica deixar de cumprir as obrigações acessórias relativas à determinação do lucro real ou presumido, conforme o caso. De acordo com a RFB: quando conhecida a receita bruta, e, desde que ocorrida qualquer das hipóteses de arbitramento previstas na legislação fiscal, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do imposto de renda correspondente com base nas regras do lucro arbitrado.

Quando a pessoa jurídica deixar de cumprir as obrigações acessórias relativas à determinação do lucro real ou presumido, é aplicável pela autoridade tributária, conforme o caso. Por exemplo: quando o contribuinte optante pelo lucro real não tem o livro diário ou razão, quando deixa de escriturar o livro inventário (Portal Tributário, 2017).

Não é comum o contribuinte optar por este regime, geralmente ele é aplicado quando o fisco exige por meio de notificação às empresas. No que se refere aos percentuais a

serem aplicados sobre a receita bruta, quando conhecida, são os mesmos aplicáveis para o cálculo da estimativa mensal e do lucro presumido, acrescidos de 20%, exceto quanto ao fixado para as instituições financeiras. No caso das atividades em geral (RIR/1999, art. 532) aplica-se 9,6%, revenda de combustíveis 1,92%, serviços de transporte (exceto transporte de carga) 19,2%, Prestação de qualquer outra espécie de serviço não mencionada no § 1º do art. 131, da IN RFB 1.515, de 2014, 38,4%.

SIMPLES NACIONAL

O Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às MPEs. Conhecido inicialmente por Super simples. Conforme Santos (2016, p.25), depois de razoável tempo de discussão no Congresso Nacional, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006 (DOU de 15.12.2006), que estabeleceu as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, entrou em vigor em julho de 2007, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. De acordo com a redação vigente da referida LC 123/2006, são conceituadas como Microempresa: as empresas que em cada ano-calendário, receita bruta seja igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). No caso das Empresas de Pequeno Porte em cada ano-calendário, a receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

A LC 123/2006, já foi objeto de várias alterações, respectivamente, pelas Leis Complementares nos 127/2007, 128/2008, 139/2011 e 147/2014. A última alteração se deu por meio da LC nº 155/2016 (Santos, 2016, p. 26).

Este regime estabelece à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias. A Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, destacou no § 4º do art. 18, a forma atual dos contribuintes para fim de pagamento do simples nacional, o contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento, as receitas decorrentes da: (i) revenda de mercadorias, que serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar; (ii) venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte, que serão tributadas na forma do Anexo II desta Lei Complementar; (iii) prestação de serviços de que trata o §

5º-B deste artigo e dos serviços vinculados à locação de bens imóveis e corretagem de imóveis desde que observado o disposto no inciso XV do art. 17, que serão tributados na forma do Anexo III desta Lei Complementar; (iv) prestação de serviços de que tratam os §§ 5º-C a 5º-F e 5º-I deste artigo, que serão tributadas na forma prevista naqueles parágrafos; (v) locação de bens móveis, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar, deduzida a parcela correspondente ao ISS; (vi) atividade com incidência simultânea de IPI e de ISS, que serão tributadas na forma do Anexo II desta Lei Complementar, deduzida a parcela correspondente ao ICMS e acrescida a parcela correspondente ao ISS prevista no Anexo III desta Lei Complementar; (vii) comercialização de medicamentos e produtos magistrais produzidos por manipulação de fórmulas:

- sob encomenda para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal, mediante prescrições de profissionais habilitados ou indicação pelo farmacêutico, produzidos no próprio estabelecimento após o atendimento inicial, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar;
- nos demais casos, quando serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar.

Conforme exposto acima, as empresas comerciais devem ser tributadas de acordo com o Anexo I da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011.

Tabela 1

Anexo I da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011.

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	Alíquota	IRPJ	CSLL	Cofins	PIS/Pasep	CPP	ICMS
Até 180.000,00	4,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,75%	1,25%
De 180.000,01 a 360.000,00	5,47%	0,00%	0,00%	0,86%	0,00%	2,75%	1,86%
De 360.000,01 a 540.000,00	6,84%	0,27%	0,31%	0,95%	0,23%	2,75%	2,33%
De 540.000,01 a 720.000,00	7,54%	0,35%	0,35%	1,04%	0,25%	2,99%	2,56%
De 720.000,01 a 900.000,00	7,60%	0,35%	0,35%	1,05%	0,25%	3,02%	2,58%
De 900.000,01 a 1.080.000,00	8,28%	0,38%	0,38%	1,15%	0,27%	3,28%	2,82%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	8,36%	0,39%	0,39%	1,16%	0,28%	3,30%	2,84%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	8,45%	0,39%	0,39%	1,17%	0,28%	3,35%	2,87%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	9,03%	0,42%	0,42%	1,25%	0,30%	3,57%	3,07%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	9,12%	0,43%	0,43%	1,26%	0,30%	3,60%	3,10%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	9,95%	0,46%	0,46%	1,38%	0,33%	3,94%	3,38%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	10,04%	0,46%	0,46%	1,39%	0,33%	3,99%	3,41%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	10,13%	0,47%	0,47%	1,40%	0,33%	4,01%	3,45%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	10,23%	0,47%	0,47%	1,42%	0,34%	4,05%	3,48%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	10,32%	0,48%	0,48%	1,43%	0,34%	4,08%	3,51%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	11,23%	0,52%	0,52%	1,56%	0,37%	4,44%	3,82%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	11,32%	0,52%	0,52%	1,57%	0,37%	4,49%	3,85%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	11,42%	0,53%	0,53%	1,58%	0,38%	4,52%	3,88%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	11,51%	0,53%	0,53%	1,60%	0,38%	4,56%	3,91%
De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	11,61%	0,54%	0,54%	1,60%	0,38%	4,60%	3,95%

Fonte: Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011.

NOVO SIMPLES NACIONAL

Atualmente, é aplicada uma alíquota simples sobre a receita bruta mensal, ou melhor, sobre o faturamento. A partir de 2018, a alíquota será maior, porém com um desconto fixo específico para cada faixa de enquadramento. Na prática, todos os meses, a alíquota a ser paga pelas empresas dependerá de um cálculo que leva em consideração a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores e o desconto fixo. Com isso, haverá aumento de carga tributária para algumas empresas e redução para outras.

No §1º-A, do Art. 18, da Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, estabelece a fórmula para o cálculo devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas:

$$\frac{\text{RBT12} \times \text{Aliq}}{\text{RBT12} - \text{PD}}$$

RBT12

Onde RBT12, representa a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao período de apuração; Aliq, representa a alíquota nominal constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar; PD representa parcela a deduzir constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar. Em regra, com a nova metodologia sistemática de cálculo, a empresa trabalhará com duas alíquotas no Simples, uma chamada de alíquota efetiva, e outra de alíquota nominal.

Tabela 2

Alíquotas do Simples Nacional – Comércio (Vigência: 01/01/2018).

	Receita Bruta em 12 Meses (em R\$)	Alíquota	Valor a Deduzir (em R\$)
1ª Faixa	Até 180.000,00	4,00%	-
2ª Faixa	De 180.000,01 a 360.000,00	7,30%	5.940,00
3ª Faixa	De 360.000,01 a 720.000,00	9,50%	13.860,00
4ª Faixa	De 720.000,01 a 1.800.000,00	10,70%	22.500,00
5ª Faixa	De 1.800.000,01 a 3.600.000,00	14,30%	87.300,00
6ª Faixa	De 3.600.000,01 a 4.800.000,00	19,00%	378.000,00

Fonte: Anexo I, Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016.

A Tabela 2 se refere às empresas do Comércio enquadradas no Anexo I da Lei complementar 123, de 27 de outubro de 2016. De acordo a faixa do faturamento dos últimos 12

(doze) meses, usa-se a alíquota e a parcela a deduzir da tabela, e aplica-se na fórmula acima e encontrará o percentual da alíquota nominal encontrada no faturamento do mês atual.

Dentre as vantagens, destaca-se a figura do chamado investidor-anjo, que pode aportar capital em micro e pequenas empresas com o objetivo de participar dos lucros obtidos. A medida visa ajudar as *start-ups* (empresas em início de atividades inovadoras) a obterem aportes para colocar seus produtos no mercado. Dessa forma, será possível a aplicação de investimentos sem a necessidade de o investidor se tornar sócio do novo empreendimento. Também, amplia de 60 meses para 120 meses o prazo para micro e pequenos empresários quitarem suas dívidas.

Outra vantagem é que as Empresas de pequeno porte que atualmente estão limitadas a um faturamento de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), de acordo com Lei Complementar nº 155, de 2016, aumentou para igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Com essa mudança, mais empresas poderão se enquadrar no regime do Simples Nacional, tendo em vista que aumentou de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) a média mensal.

As mudanças no novo Simples Nacional também serão especialmente benéficas para as empresas de tecnologia, as quais promovem inovações em alta escala modernizando diversos segmentos no país. No novo Super Simples, as atividades do Anexo V, para prestadores de serviço, passam a ser tributadas pelo Anexo III*, com alíquotas a partir de 6%, e o Anexo VI será extinto, passando suas atividades para o novo Anexo V, com alíquotas iniciando em 15,5% incluindo o ISS.

No que se refere à desvantagem, observando na faixa compreendida entre R\$ 3,6 e R\$ 4,8 milhões, o ISS e o ICMS não estarão contemplados no regime do Simples Nacional, devendo ser apurados de acordo com as regras normais e pagos por meio de guia própria. As novas regras passam a valer a partir de 01.01.2018, mas o aumento de limite se reportará, inclusive, às receitas auferidas pelas empresas de pequeno porte no ano de 2017.

MUDANÇAS RELEVANTES NO SIMPLES NACIONAL A PARTIR DE 2018

O regime do simples nacional, de acordo com a Lei 155, de outubro de 2016, não será tão simples a partir de 2018. Além disso, entrarão em vigor mudanças que irão influenciar diretamente na tributação das empresas optantes por esse regime. Dentre elas, destaca-se:

- O teto do MEI aumentou de R\$ 60.000,00 para R\$ 81, 000,00; e a empresa de pequeno porte aumentou de R\$ 3.800.000,00 para R\$ 4.800.000,00;

- Redução de 20 (vinte) faixas para seis (seis) faixas, apesar dessa redução de faixas, ficou mais complexo identificar o percentual aplicado no faturamento para recolher o imposto devido, dentro de uma faixa, pode incidir várias alíquotas;
- Alteração no número de tabelas, deixando de ser 6 (seis) tabelas passando para 5 (cinco) tabelas de Anexos dividida em comércio, indústria e três para serviços;
- Novas atividades permitidas, entre elas pequenos produtores de aguardente, micro e pequenas destilarias, cervejarias, vinícolas e produtores de licores. As organizações religiosas que se dediquem a atividades de cunho social. Também poderão optar pelo Simples Nacional as organizações da sociedade civil (OSCIPs), as sociedades cooperativas e as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social, com exceção sindicatos, associações de classe ou de representação profissional e os partidos;
- Investidor-anjo, O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo;
- Permissão para empreendedores da área rural com atividades de industrialização, comercialização ou prestação de serviços pertencerem ao MEI. Com exceção o trabalhador rural, que deve receber todos os direitos trabalhistas e previdenciários (no caso de existência de elementos característicos da relação de emprego);
- As empresas do Simples Nacional que participarem de licitações não serão exigidas certidões negativas para participar. Apenas o vencedor deverá apresentar a documentação na hora de assinar o contrato. Também terá o prazo de cinco dias úteis para regularizar toda a documentação, revendo os pagamentos e parcelamentos para emitir certidões positivas, negativas e até mesmo positivas com efeito de negativas;
- Vão pertencer ao anexo III (com alíquotas menores) alguns serviços que estavam presentes na quinta e sexta tabelas, entre eles: academias de dança e de artes marciais, laboratórios, serviços de medicina, odontologia e psicologia. Já no novo anexo V, irão pertencer outras atividades do atual anexo VI, como despachantes, engenharia, cartografia, topografia, perícia, leilão, auditoria, jornalismo e publicidade.
- As empresas prestadoras de serviço de logística internacional, quando contratadas pelas empresas descritas no Simples Nacional, estão autorizadas a realizar atividades relativas a licenciamento administrativo, despacho aduaneiro, consolidação e desconsolidação de carga e a contratar seguro, câmbio, transporte e armazenagem de mercadorias, objeto da prestação do serviço, de forma simplificada e por meio eletrônico, na forma de regulamento. Com isso, vai reduzir bastante os custos aduaneiros.

- Quanto maior a folha de pagamento, menor a alíquota: no caso as atividades que em teoricamente pagam mais impostos podem ser enquadradas ainda no anexo III. Desde que, a razão entre o valor da folha salarial e a receita bruta deve ser igual ou maior que 28%;
- As empresas que evidenciam nos anexos III e IV tiverem uma relação entre folha e receita menor que 28%, elas serão tributadas de acordo com as alíquotas maiores, previstas no anexo V;
- A partilha dos tributos, especificamente para as empresas do comércio conforme a Tabela 3.

Tabela 3

Partilha do Simples Nacional – Comércio

Faixas	Percentual de Repartição dos Tributos – Anexo I					
	IRPJ	CSLL	Cofins	PIS/Pasep	CPP	ICMS
1ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	41,50%	34,00%
2ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	41,50%	34,00%
3ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	42,00%	33,50%
4ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	42,00%	33,50%
5ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	42,00%	33,50%
6ª Faixa	13,50%	10,00%	28,27%	6,13%	42,10%	-

Fonte: Anexo 01, LC nº 155/2016.

METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente estudo realizou pesquisas bibliográficas por meio de publicações sobre o assunto, selecionados principalmente da legislação que regulamenta sobre o assunto, artigos científicos, livros e dissertações. Conforme Gil (2009, p.45), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

A pesquisa foi elaborada sob abordagem quantitativa, quanto aos fins, trata-se de pesquisa exploratória e documental. Vergara (2003, p.47), afirma: a investigação exploratória, que não deve ser confundida com leitura exploratória, é realizada em área na qual há pouco conhecimento acumulado e sistematizado. Por sua natureza de sondagem, não comporta hipóteses que, todavia, poderão surgir durante ou ao final da pesquisa.

Para Prodanov e Freitas (2013), entendemos por documento qualquer registro que possa ser usado como fonte de informação, por meio de investigação, que engloba: observação

(crítica dos dados na obra); leitura (crítica da garantia, da interpretação e do valor interno da obra); reflexão (crítica do processo e do conteúdo da obra); crítica (juízo fundamentado sobre o valor do material utilizável para o trabalho científico).

Quanto à coleta de dados, a pesquisa fará uso de fontes secundárias. Contudo, os dados foram coletados a partir de fontes secundárias: livros e revistas especializadas em negócios, sites oficiais do governo e instituições de pesquisa.

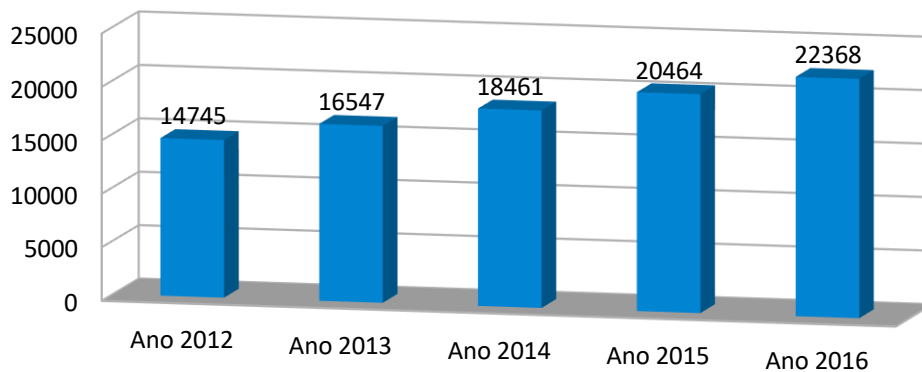
O universo da pesquisa ou população é o conjunto de seres animados ou inanimados que representam pelo menos uma característica em comum. Já a amostra é uma porção ou parcela do universo selecionada (Silva, 2010). Por isso, foi realizada uma consulta em sites de estatística. Neste universo, foi selecionada a cidade de Imperatriz – MA.

TRATAMENTO E ANÁLISES DOS RESULTADOS

Com a finalidade de facilitar o entendimento, foram elaborados tabelas e gráficos, bem como suas interpretações, a partir dos dados coletados, sobre os regimes de tributação das MPEs da cidade de Imperatriz – MA e, o comportamento das alíquotas do Simples Nacional a partir de 01 de janeiro de 2018 para as microempresas e empresas de pequeno porte do comércio.

De acordo com o IBGE, a cidade de Imperatriz – MA em 2016 possui uma população estimada de aproximadamente 255 mil habitantes e uma área de 1.368,987 KM². Nos últimos 5 (cinco) anos, as MPEs tiveram um grande crescimento como pode ser verificado na Figura 1.

Figura 1 Evolução das MPEs em Imperatriz – MA

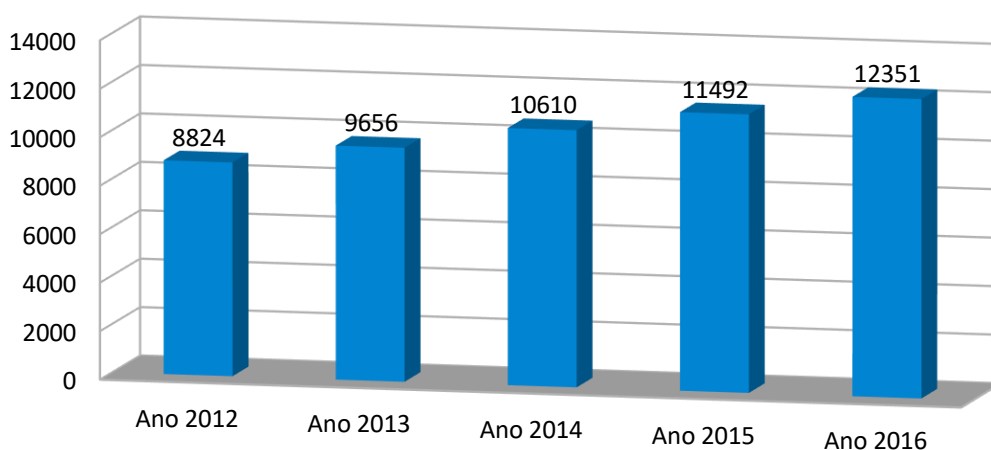


Fonte: Elaboração própria. Dados do Empresômetro.

Nota-se que nos últimos anos o comércio das MPEs teve um grande crescimento em Imperatriz. No ano de 2016 eram 22368 MPEs, enquanto em 2012 eram apenas 14745 empresas, representando 51,70% de aumento nos últimos 5 (cinco) anos, conseqüentemente mais que dobrou o número de empresas ativas. Apesar desse aumento, verifica-se também que esse ele foi decrescente, especificamente de 2013, teve um aumento de 1802 MPEs em atividade, correspondendo um aumento de 12,22%, enquanto no ano seguinte aumentou apenas 11,57%, logo nos próximos anos foi 10,85% e 9,30%.

Se tratando das atividades comerciais, veremos na Figura 2 como as empresas comerciais cresceram nas MPEs de Imperatriz.

Figura 2 Evolução do Comércio nas MPEs de Imperatriz - MA.



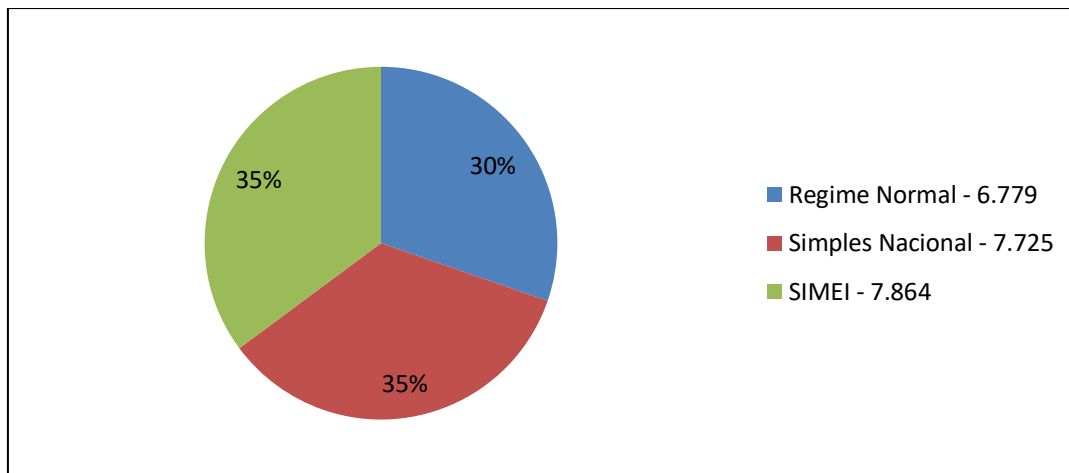
Fonte: Elaboração própria. Dados do Empresômetro.

Observa-se que as empresas comerciais obtiveram também um bom crescimento, mas não acompanharam o ritmo geral das MPEs. Nos últimos 5 (cinco) anos, o aumento foi de 8824 MPEs comerciais em atividades para 12351 empresas um aumento de 3527 empresas correspondendo a 39,97%. O melhor aumento foi em 2014, quando teve o aumento de 954 empresas, totalizando 10610, nesse caso equivale a 9,88% de crescimento, enquanto em 2013 foram criadas 9,43% aumento de 832 empresas, e nos últimos dois anos 8,31% e 7,47%, reduzindo o percentual de crescimento, respectivamente. Cabe ressaltar que as empresas comerciais sempre representam mais das metades das MPEs, independente de regime tributário. As três maiores subclasses econômicas desse período foram: Comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios; Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armazéns; e comércio a varejo de peças e

acessórios novos para veículos automotores.

No exercício de 2016, Imperatriz possuía 23.602 empresas ativas, em que 22.638 eram representadas por microempresas e empresas de pequeno porte (MPEs), correspondendo a 94,8% do total de empresas ativas. No Figura 03 apresentado a seguir, mostra a subdivisão das MPEs por regime de tributação. Percebe-se pela Figura 3, que em 2016 as empresas do Simples Nacional eram aproximadamente iguais a quantidade de empresas do SIMEI, correspondiam o mesmo percentual, ou seja, 35%. Já as empresas normais eram 30% do total de empresas MPEs. Porém, levando em consideração apenas as empresas do Simples Nacional e as empresas de Regime Normal verifica-se o percentual de 53,26%; 46,74% respectivamente.

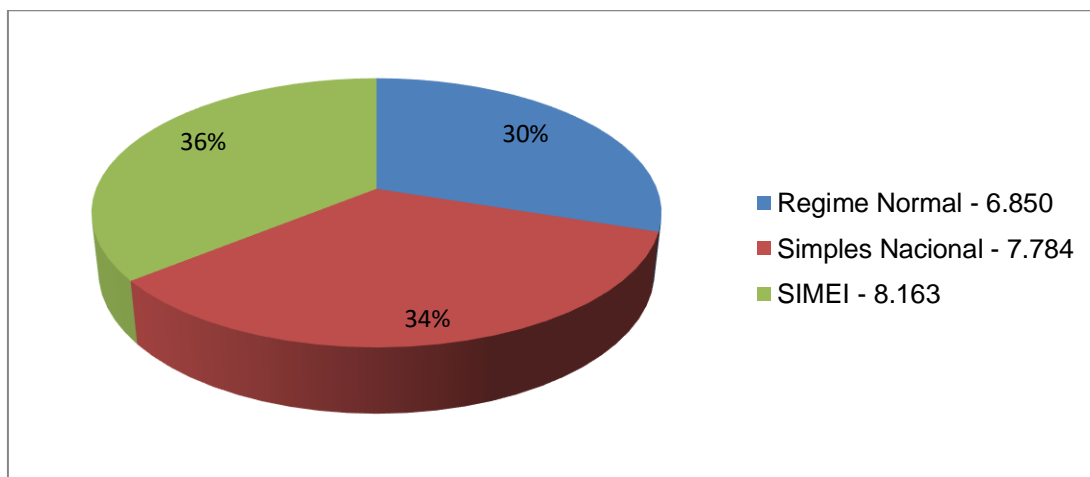
Figura 3 Regime de Tributação das MPEs de Imperatriz – MA.



Fonte: Empresômetro MPE, 2016.

Imperatriz possuía 24.080 empresas ativas até o dia 22 de março de 2017, data da última atualização feita pelo Empresômetro MPE, no qual 22.797 são microempresas e empresas de pequeno porte, com isso elas representam 94,7% do total de empresas MPEs.

Figura 4 Regime de Tributação das MPEs de Imperatriz – MA.

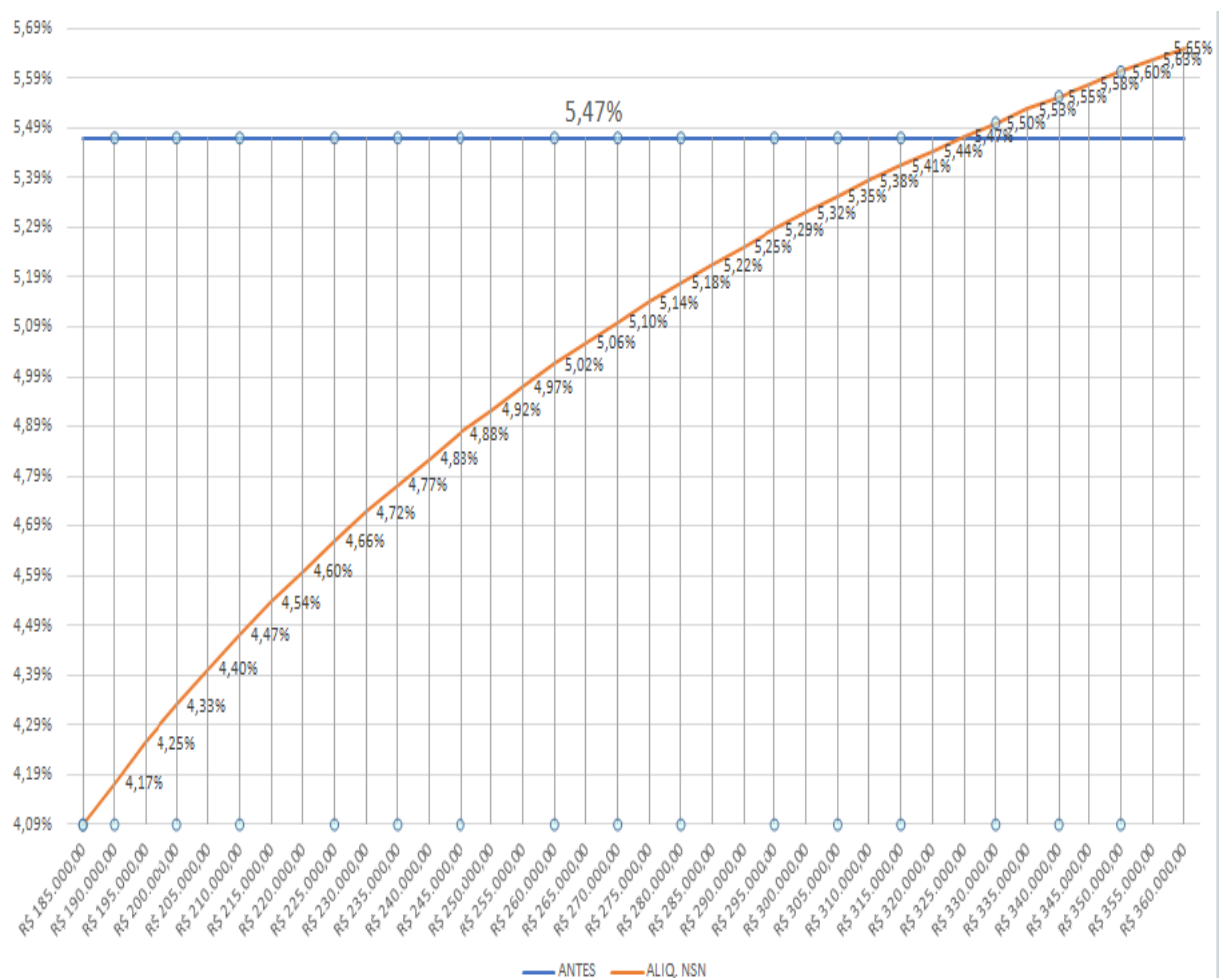


Fonte: Empresômetro MPE, 2017.

Verifica-se que 34% das MPEs possuem como regime de tributação o Simples Nacional, enquanto 36% utilizam o Regime Normal. Sem levar em consideração as empresas do SIMEL, pode-se concluir que 53,19% das microempresas e empresas de pequeno porte, estão no Simples Nacional, enquanto 46,81% no Regime Normal.

A Figura 5 apresentada a evolução da alíquota para as microempresas do comércio que se encontra na 2ª Faixa do Anexo I, da Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016.

Figura 5 Microempresas na 2ª Faixa do Simples Nacional



Fonte: Elaboração Própria. Aplicação da nova formula do Simples Nacional nas microempresas

Observa-se na Figura 5 um aumento crescente nas alíquotas para as microempresas que se enquadrarem na 2ª Faixa do Anexo I do Simples Nacional, ou melhor, para as microempresas do Comércio. Mas isso não significa que essas empresas serão prejudicadas, em alguns casos chega a ser até mais vantajosa esta nova metodologia. Ao comparar com a tabela vigente, pode-se afirmar que as empresas em que o faturamento dos últimos doze meses forem

entre R\$ 180.000,01 e R\$ 323.705,00 serão beneficiadas recolhendo uma alíquota menor que a alíquota atual de 5,47% sobre as vendas. Entretanto, as empresas cujas receita bruta dos últimos doze meses forem iguais ou aproximadamente a R\$ 325.000,00, recolherão o mesmo percentual da atual tabela, ou seja, alíquota de 5,47%. Já as empresas que possuir faturamento anual acima de R\$ 326.000,00 até o limite do faturamento para as microempresas que é de R\$ 360.000,00, terão que recolher um percentual maior que atual, chegando pagar até 5,65% sobre as vendas.

Um dado curioso, que a cada aumento em R\$ 500,00 na receita bruta dos últimos doze meses partindo de 180.000,01 até R\$ 243.000,00, a alíquota a ser aplicada aumenta em 0,01%; assim como a cada aumento em R\$ 1.000,00 na receita bruta partindo de 243.000,01 até R\$ 245.000,00; e a cada acréscimo de R\$ 2.000,00 no faturamento anual partindo de R\$ 245.000,01 até R\$ 360.000,00.

Tabela 4

Comparativo das Alíquotas 2018 com as Alíquotas Vigentes

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	Alíq. 2017	Intervalos Alíq. 2018
Até 180.000,00	4,00%	4,00%
De 180.000,01 a 360.000,00	5,47%	4,01% a 5,65%
De 360.000,01 a 540.000,00	6,84%	5,66% a 6,93%
De 540.000,01 a 720.000,00	7,54%	6,94% a 7,58%
De 720.000,01 a 900.000,00	7,60%	7,58% a 8,20%
De 900.000,01 a 1.080.000,00	8,28%	8,21% a 8,62%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	8,36%	8,63% a 8,91%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	8,45%	8,92% a 9,14%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	9,03%	9,15% a 9,31%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	9,12%	9,32% a 9,45%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	9,95%	9,46% a 9,89%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	10,04%	9,90% a 10,26%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	10,13%	10,27% a 10,57%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	10,23%	10,57% a 10,84%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	10,32%	10,84% a 11,07%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	11,23	11,08% a 11,27%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	11,32%	11,28% a 11,45%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	11,42%	11,46% a 11,61%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	11,51%	11,62% a 11,74%
De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	11,61%	11,75% a 11,88%
De 3.600.000,01 a 4.800.000,00	—	*8,50% a 11,12

Fonte: Adaptação. Obtidos pela fórmula da LC nº155/2016.

A Tabela 4 foi desenvolvida, aplicando as alíquotas do Anexo I pertencente ao comércio, da Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016, nas faixas de faturamento do Anexo I também do comércio, da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

De acordo com a tabela acima, pode-se afirmar que acima da 1ª faixa as alíquotas apresentam aumento no sentido crescente de acordo com o faturamento. A medida que cresce o faturamento, também cresce a alíquota nominal aplicada para efeito de recolhimento do DAS. Também, verifica-se quanto mais próximo do começo da faixa, menor será a alíquota, ou seja, será mais vantajoso. Entretanto, quanto mais próximo do final da faixa, a empresa passará a calcular uma alíquota maior do que a alíquota vigente, nesse caso, será menos vantajosa para as microempresas e empresas de pequeno porte.

As empresas que faturar acima de R\$ 3.600,00 (três milhões e seiscentos mil reais), passaram a recolher o valor do ICMS conforme as empresas normais. A alíquota nominal para recolhimento do Simples Nacional será de 8,5% a 11,12%, devendo calcular o valor do ICMS separadamente, no regime de tributação que lhes melhor convém.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, mensalmente, a alíquota nominal a ser paga dependerá exclusivamente do faturamento dos últimos doze meses anteriores e o desconto fixo. Com isso, haverá aumento de carga tributária para algumas empresas e redução para outras. Mais do que nunca, os empresários precisarão de um bom sistema de gestão e orientação tributária do seu contador.

Do ponto de vista econômico-tributário, a inclusão de novas atividades do Simples Nacional, tende a ser vantajoso em alguns casos, apenas se a folha de pagamento ultrapassar 28% da proporção do faturamento da empresa. Preliminarmente, não atende uma economia tributária para todas as categorias, causando distorções no sistema tributário podendo atrapalhar a eficiência desse regime.

No que se refere às empresas do comércio da cidade de Imperatriz – MA, haverá uma tendência das empresas optantes pelo Simples Nacional com grande faturamento migrarem para o regime normal, pois as incertezas poderão deixar os contribuintes e os contabilistas impedidos de cumprir com seu planejamento tributário. Como a nova metodologia ainda não entrou em vigor, o ideal é que os empresários façam simulações e projeções com os valores do faturamento de 2016 e 2017, analisem a viabilidade de se manter nesse regime.

Assim, com essas constantes alterações, o Simples Nacional traz prejuízos ao

próprio contribuinte, que não tem tempo de absorver tantas novidades, prejudicando o alcance do equilíbrio financeiro e da padronização que se espera. Entretanto, resta aguardar o exercício de 2018 para ver como irá se comportar o mercado diante dessas mudanças. Deve-se observar a magnitude dos impactos causados para as microempresas e empresas de pequeno porte de Imperatriz, principalmente, considerando os resultados das projeções do faturamento dos últimos meses.

IMPACTS OF THE NATIONAL SIMPLE FROM 2018 ON FOR IMPERATRIZ TRADE COMPANIES IN BRAZIL

ABSTRACT : As of 2018, the new methodology to be applied to companies opting for Simples Nacional will come into force. The simplified tax regime used by about 34% of micro and small companies in the city of Imperatriz - MA. In order to verify the reflexes of the new Simples Nacional, in the scope of Comércio de Imperatriz from 2018, this study aimed to identify the main changes in the simplified taxation regime. The work used bibliographical, exploratory and documentary research as methodology, using quantitative data provided by official websites and statistics that publish and monitor the taxation regime in focus. The results reveal that some companies may be harmed if they continue to opt for Simples Nacional starting in 2018, as there will be months that the rate will be higher than the current table, however, depending on the billing, it may benefit more. It should be noted that, for micro companies with annual sales of up to R \$ 180,000.00, the 4% rate is maintained. However, some points are good for companies that continue in Simples Nacional. It was observed how the number of micro and small companies has evolved in the last few years, especially commercial companies. The study compared the rates in force at Simples Nacional until December 2017, with the nominal rates to be applied from 2018, the results demonstrate the great need of companies to do a good tax planning. The methodology was created in order to motivate companies to increase their revenue, however, it was realized during the research, that this may not materialize.

Keywords: Simples Nacional. Forms of Taxation. Simplified tax regime.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1998). Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9718compilada.htm> Acesso em: 20 de mai. 2017.

BRASIL (2017). Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10637.htm> Acesso em: 02 jun, 2017.

BRASIL (2011). Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp139.htm> Acesso em 06 mai. 2017.

BRASIL (2016). Capítulo XIV - Lucro Arbitrado 2016. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf-escrituracao-contabil-fiscal/perguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2016-arquivos/capitulo-xiv>>

lucro-arbitrado-2016.pdf> Acesso em: 05 Jun, 2017.

BRASIL (2016). Sancionado novo limite para enquadramento no Simples Nacional. Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/sancionado-novo-limite-para-enquadramento-de-microempresas-no-simples-nacional>> Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. Sancionado projeto que altera o Simples Nacional e amplia prazo para quitação de dívidas. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/industria-e-comercio/518509-sancionado-projeto-que-altera-o-simples-nacional-e-amplia-prazo-para-quitacao-de-dividas.html> Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL (2007). O novo Simples Nacional. Portal Lei Geral da Micro e Pequena Empresa. Disponível em: <http://www.leigeral.com.br/novidades/detalhes/7103-o-novo-simples-nacional> Acesso em: 01 mai. 2017.

BRASIL (2006). Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL (2016). Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp155.htm Acesso em: 26 abr. 2017.

GIL, Antônio Carlos (2009). Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª, Ed. São Paulo: Atlas.

PORTAL TRIBUTÁRIO (2017). Lucro Real, Presumido ou Simples? Disponível em: http://www.portaltributario.com.br/noticias/lucroreal_presumido.htm Acesso em: 06 jun, 2017.

PORTAL TRIBUTÁRIO (2017). Lucro Arbitrado. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/guia/lucro_arbitrado.html> Acesso em: 04 jun. 2017

RIBEIRO, Osni Moura (2014). Contabilidade comercial fácil/Osni Moura Ribeiro, 18ª Edição, São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Cleônimo dos (2016). Simples Nacional. 4ª Edição. Editora: IOB - IOB/SAGE.

VERGARA, Sylvia Constant (2003). Projetos e relatórios de pesquisa em Administração. 4ª Edição. São Paulo: Atlas.

AÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM, UM ILUSTRE QUASE DESCONHECIDO JURÍDICO

Telmo Ferreira Junior

*Acadêmico em Direito e integrante do Programa de Iniciação Científica – PIC, pela
Universidade Paranaense – UNIPAR, (Brasil).*

telmo.junior@edu.unipar.br

Bruno Smolarek Dias

*Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI – SC, (Brasil).
Professor no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade
Paranaense, UNIPAR, (Brasil).*

professorbruno@unipar.br

O resumo tem por objetivo analisar os procedimentos e legalidade da aplicação das forças armadas em ações ou como são chamadas no meio militar missões de garantia de lei e da ordem, dentro do prisma da legislação constitucional e infraconstitucional, para a manutenção e proteção das instituições e poderes democráticos e manutenção da lei e da ordem dentro do território nacional. Esclarecer a legalidade do emprego das forças militares dentro do território nacional, para a manutenção da democracia, defesa da pátria, manutenção de nossos poderes constituídos, usando dentro dos preceitos constitucionais a força necessária, para internamente proteger os nacionais de ameaças e violência, garantindo a democracia, a lei e a ordem em nossa nação.

Palavras-chave: Garantia. Lei. Ordem. Constituição. Democracia.

O resumo tem por objetivo analisar os procedimentos e legalidade da aplicação das forças armadas em ações ou como são chamadas no meio militar missões de garantia de lei e da ordem, dentro do prisma da legislação constitucional e infraconstitucional, para a manutenção e proteção das instituições e poderes democráticos e manutenção da lei e da ordem dentro do território nacional.

Num cenário Nacional, diante das constantes tentativas de desmoralização das instituições responsáveis pela segurança pública, seja por ideologias equivocadas que tentam desacreditá-las ou pela atuação do crime organizado cujas investidas são assistidas com indiferença e omissão. Omissão não dos heroicos agentes da segurança pública que são lançados diariamente as ruas motivados unicamente pelas convicções pessoais e sustentam a duras penas ao povo a que servem a falsa sensação de segurança que permite

que aqueles que estão no poder, possam conduzir os seus estimados mandatos, como se tudo estivesse bem.

Neste viés da segurança, como todo problema, buscam-se respostas através do estudo das origens desta anomalia social que compromete consideravelmente a paz interna de nosso país.

O objetivo principal deste trabalho é adentrar no escopo jurídico da manutenção da ordem interna do país, buscando também, entender os conceitos que naturalmente levam a sociedade às divergências internas que seriam o estopim dos conflitos, como os Objetivos Nacionais, Fundamentais e de Governo que resultam das aspirações antes exclusivas de grupos que viviam isolados no território nacional e agora necessitam de uma direção única para coexistirem, mantendo a identidade de nosso povo em situações conjunturais, ou em longo prazo.

Independente do grau de gravidade, sempre que houver óbices a conquista dos objetivos supracitados, haverá conflito, e para que os conflitos gerem consenso dentro da ordem, existe a força.

Justifica-se a escolha do tema para apresentar que esta Força não é débil, existe dentro de nossa Carta Magna, ou seja, a luz da legalidade, instituições que detém a missão de garantir internamente, a lei e a ordem seguindo exatamente as previsões legais que regem seu emprego.

O tema é relevante ao direito constitucional, ao direito Penal militar, haja vista que, a luz da Constituição Federal se estabelece aqui alguns pontos essenciais, como o emprego das Forças Armadas da Garantia da Lei e da ordem, e papel dos agentes que nela atuarão.

Em um primeiro momento busca-se esclarecer que as instituições democráticas, em situações extremas, podem se tornar inoperantes ou insuficientes diante de uma situação adversa.

Surge neste momento a “ultima ratio Regis”, onde historicamente as Forças Armadas, além de seu papel de defesa externa exerce a função de garantir a lei e a ordem. Esta missão não é de agora, ela evoluiu juntamente com a Constituição Federal desde 1824.

Mas para que não fique oculta a atuação das Forças Armadas e não se crie neste cenário a sensação de um poder paralelo, golpe de estado, ou qualquer ideia que gere dúvidas da credibilidade de onde são emanadas as ordens, é que se faz necessário conhecer o itinerário jurídico para tal decisão.

Duas vertentes constitucionais se apresentam neste momento, a defesa interna e a defesa externa. Neste trabalho será apresentado somente o emprego das Forças Armadas no cenário interno, no entanto, é importante dar ciência da existência dos dois Conselhos distintos que definem seu emprego. O Conselho da República voltado a gerenciar instabilidade das instituições democráticas, ou seja, atuação interna e o Conselho de Defesa Nacional, voltado à defesa da soberania nacional e do Estado democrático.

Num segundo momento, para se compreender quais os conceitos que consolidam os pilares de uma sociedade soberana, conceitua-se a Segurança Nacional, Segurança Interna, Segurança Pública e conceitos que dão a exata noção dos quais são os limites do Estado, para que o mesmo conclua a respeito de sua real situação.

Para esta avaliação existem duas hipóteses: situação de normalidade e situação de não normalidade, que poderão ocorrer ou não, ao acionamento dos conselhos citados anteriormente.

Quando uma das decisões do conselho for a Intervenção Federal, pelo Emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem abre-se um leque de ordenamentos jurídicos que balizam esta atuação.

Por fim, ainda como, parte deste trabalho são apresentados os amparos legais que delimitam a atuação das Forças Armadas na Garantia da lei e da ordem, sempre respeitando a pirâmide responsável pela hierarquia dos ordenamentos jurídicos.

Torna-se evidente que o assunto é amplo e passível de discussão, pois, onde se envolve o braço armado de um povo não se pode haver dupla interpretação da lei sob pena, de em meio á adversidade se crie um poder paralelo, fruto de um uso político dessas ações que podem gerar também uma banalização de um instrumento tão nobre de nossa democracia.

Ao mesmo tempo em que a legislação que trata a respeito do assunto, tem demonstrado constante evolução conforme os acontecimentos, por outro lado, lacunas de interpretação jurídica necessitam serem preenchidas para evitar interpretações, as quais inclusive de agressão armada aos nacionais, o que esta fora do âmbito jurídico e que a dúvida seja banida totalmente, daqueles que atuarem nestas ações, restando o desejo de que os operadores do direito conheçam a fundo as operações de garantia da lei e da ordem e promovam de maneira pratica e eficaz a aplicação desse instituto para a defesa da manutenção da democracia em nossa tão vilipendiada pátria amada Brasil.

SEGURANÇA E DEFESA

A segurança é um direito inviolável previsto na Constituição Federal, é definido como uma necessidade, que implica na tranquilidade, confiança e na garantia de que a nação necessita, para que exista a sensação de proteção, para que não se macule a existência de crenças, valores, bens essenciais e instituições. A coexistência das obrigações e responsabilidades do Estado e os direitos e deveres do cidadão deve ser a constante, que acompanha os destinos da nação. O caput do artigo 5º da Constituição Federal preceitua que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

O Estado é o guardião do bem-estar da nação, e para isso possui exclusividade no poder de coerção através dos ordenamentos jurídicos.

Se por um lado a segurança está associada a um estado, a uma sensação, por outro ela precisa ser materializada quando da existência de qualquer tipo de ameaça definida, através de uma ação, um ato dirigido, surge então o termo Defesa.

A segurança é mais abrangente, visa à inviolabilidade das instituições, fazendo com que estas se moldem aos aspectos psicossociais, a preservação do desenvolvimento e a estabilidade política interna.

Vejamos, então, diferentes conceitos relacionados à segurança e à defesa.

SEGURANÇA NACIONAL

Segurança nacional é a garantia de que a nação, por meio de ações políticas, econômicas, psicossociais, militares e científicas tecnológicas supera os antagonismos à conquista e à manutenção dos objetivos nacionais.

Quando a nação sofre antagonismos de qualquer origem, forma ou natureza, situada no domínio das relações internacionais, o problema é de segurança externa.

Se, porém, esses antagonismos manifestam-se ou produzem efeitos no âmbito interno do país, o problema é de segurança interna.

A estratégia nacional de defesa prevê na EM Interministerial no 00437/md/sae-pr que a Segurança Nacional contribui para o incremento do nível de Segurança Nacional:

Todas as instâncias do Estado deverão contribuir para o incremento do nível de Segurança Nacional, com particular ênfase sobre:

- o aperfeiçoamento de processos para o gerenciamento de crises;
- a integração de todos os órgãos do Sistema de Inteligência Nacional (SISBIN);
- a prevenção de atos terroristas e de atentados massivos aos Direitos Humanos, bem como a condução de operações contra-terrorismo, a cargo dos Ministérios da Defesa e da Justiça e do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI-PR);
- as medidas para a segurança das áreas de infra-estruturas críticas, incluindo serviços, em especial no que se refere à energia, transporte, água e telecomunicações, a cargo dos Ministérios da Defesa, das Minas e Energia, dos Transportes, da Integração Nacional e das Comunicações, e ao trabalho de coordenação, avaliação, monitoramento e redução de riscos, desempenhado pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI/PR);
- as medidas de defesa química, bacteriológica e nuclear, a cargo da Casa Civil da Presidência da República, dos Ministérios da Defesa, da Saúde, da Integração Nacional, das Minas e Energia e da Ciência e Tecnologia, e do GSI-PR, para as ações de proteção à população e às instalações em território nacional, decorrentes de possíveis efeitos do emprego de armas dessa natureza;
- as ações de defesa civil, a cargo do Ministério da Integração Nacional;
- as ações de segurança pública, a cargo do Ministério da Justiça e dos órgãos de segurança pública estaduais;
- o aperfeiçoamento dos dispositivos e procedimentos de segurança que reduzam a vulnerabilidade dos sistemas relacionados à Defesa Nacional contra ataques cibernéticos e, se for o caso, que permitam seu pronto estabelecimento, a cargo da Casa Civil da Presidência da República, dos Ministérios da Defesa, das Comunicações e da Ciência e Tecnologia, e do GSI-PR;
- medidas de defesa contra pandemias; e
- o atendimento aos compromissos internacionais relativos à salvaguarda da vida humana no mar e ao tráfego aéreo internacional, a cargo do Ministério da Defesa, por intermédio dos Comandos da Marinha e da Aeronáutica, respectivamente, e do Ministério das Relações Exteriores; (Disponível em <https://www.defesa.gov.br/>).

Em qualquer circunstância, contudo, os problemas que interessam à segurança nacional ficam relacionados aos antagonismos, ou seja, aos óbices que verdadeiramente dificultam ou impedem a conquista e a manutenção dos objetivos nacionais.

É uma generalização inaceitável a colocação de incidentes menores da vida de uma nação sob a égide da segurança nacional, seria uma usurpação de um poder tão nobre.

SEGURANÇA INTERNA

É a garantia de superação da nação, no âmbito interno do País, dos antagonismos que se apresentam na conquista da manutenção dos objetivos nacionais, por meio de ações políticas, econômicas, psicossociais, militares e científico-tecnológicas.

Sendo assim a segurança interna é pressuposto fundamental para o bom funcionamento da segurança pública.

SEGURANÇA PÚBLICA

Trata-se da manutenção da ordem pública interna, no sentido de resguardá-la contra violações de toda espécie, à exceção daquelas que configuram antagonismos.

O artigo 144 § 7º da Constituição federal descreve que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”

Trata-se da garantia proporcionada aos integrantes de toda a nação no que diz respeito à segurança individual e comunitária, mediante a aplicação do Poder de Polícia, encargo do Estado.

Complementando a ideia de ordem pública, ASSIS (2009, p. 230) define:

É o estado de organização em que deve seguir a sociedade; com uma constituição boa e que seja cumprida; e principalmente, com a liberdade necessária para qualquer um progredir em suas aspirações; e a certeza de que, aqueles que tentem prejudicar essa harmonia sejam corrigidos pela lei [grifos do autor].

Este conceito refere-se à manutenção da ordem pública interna, através da proteção, estabilidade de situação ou pessoa.

Deve-se priorizar sempre os direitos individuais da pessoa humana, este é o primeiro passo para que o poder responsável pela ordem pública adquira respeito legítimo por parte da população civil.

A Constituição Federal em seu art.144 apresenta a seguinte composição:

Art. 144 A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II polícia rodoviária federal
- III polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

- I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
- II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
- III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
- IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

As instituições responsáveis por essa atividade atuam no sentido de inibir, neutralizar ou reprimir a prática de atos socialmente reprováveis, assegurando a proteção coletiva e, por extensão, dos bens e serviços.

Atualmente as funções de prevenção do crime, policiamento ostensivo e ressocialização dos condenados estão divididos entre o Estado, a sociedade e a iniciativa privada.

A segurança pública, no que tange a segurança do estado, não está consolidada, porém, toda política que vise sua otimização deve ser feita a luz da Constituição Federal, sob pena de se tornar permeável os limites que separam a necessidade da ordem pública e a dignidade da pessoa humana.

Há uma grande deficiência nas chamadas Políticas de Segurança aplicadas em nosso sistema e convém neste ponto, realçar que em todo o país a manutenção da segurança interna, deixou de ser uma atividade monopolizada pelo Estado.

DEFESA PÚBLICA

A defesa pública é responsável por manter a ordem pública, através do cumprimento das Leis, contrapondo-se a qualquer ato atentatório a ordem pública sem que os antagonismos deixem de existir.

De acordo com o Manual da Escola de Guerra (2008, p. 63), “Defesa Pública é o conjunto de medidas, atitudes e ações, coordenadas pelo Estado, mediante aplicação do Poder de Polícia, para superar ameaças específicas à Ordem Pública.” Desta forma estará garantido o cumprimento das leis e da manutenção da ordem pública.

PODER DE POLÍCIA ENQUANTO PODER COERCITIVO

O poder de polícia e a expressão do poder coercitivo do Estado, este poder se apresenta interferindo na conduta das pessoas que compõem a sociedade.

O Código Tributário Nacional apresenta uma brilhante definição do Poder de Polícia, que em seu artigo 88 nos diz:

Considera-se poder de policia atividade da administração publica que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse publico concernente à segurança, a higiene, a ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício das atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização

do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito a propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Esta interferência nada mais é que o controle sobre o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. No interesse público, visualizamos dentro das necessidades que emergem dentro do poder de polícia suas ramificações, sejam elas de ordem Moral, na saúde, no meio ambiente, na defesa do consumidor, do patrimônio cultural e da propriedade.

Diante deste leque de necessidades entende-se o porquê da variedade da polícia administrativa, onde se pode elencar a polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito etc.

A sociedade precisa deste poder para que haja o uso da força do Estado contra aqueles que de maneira infundada reagem à coexistência com as regras.

É importante salientar que este poder é mais complexo do que se imagina, levando-se em consideração o dia-a-dia que estas atividades impõem a seus agentes.

Voltando ao artigo 144 Constituição federal de 1988 que trata dos órgãos responsáveis pela segurança pública, é importante salientar o que esta constando no parágrafo 7º “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

Quando a constituição determina que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, neste momento ela se refere não só a Lei Estadual, mas também a Lei Federal, respeitando os limites da competência, ressalvada, a competência da União, para estabelecer normas gerais, tanto para as policias militares, quanto para as policias civis, respectivamente quando se trata dos artigos 22, XXI e 24 XVI da Constituição Federal de 1988.

Vê-se nos artigos supracitados os seguintes textos:

Art.22. Compete privativamente a união legislar sobre:

XXI – normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Observa-se neste caso o nível de ingerência por parte da União na Gestão das polícias. Levando a reflexão dos benefícios e desvantagens.

Já o artigo 24, inciso XVI, nos apresenta:

Art.24. Compete a união, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Neste caso resta a dúvida sobre quem de fato é mais ativo em benefício das polícias civis.

As organizações policiais, seja militar ou civil, estão presentes em nossa sociedade para preservar a ordem pública. Esta legitimidade se dá quando ela recebe do Estado este poder de polícia.

INTERVENÇÃO FEDERAL

Se observarmos a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 18, identificamos situações em que a União permite aos estados e municípios, autonomias que fazem com a dinâmica do desenvolvimento dos mesmos não sejam barradas por uma possível intransigência Federal.

Diferente do passado, o Brasil vem conseguindo desenvolver suas regiões, cada uma com suas peculiaridades e diferenças, mas desta vez sem as revoluções internas que afrontam a Unidade Territorial.

No entanto mesmo inexistido a ameaça do desmembramento do território nacional para a Criação de outros Estados Nacionais e até mesmo de ações que poderiam levar a tal cenário, existem problemas que os Estados da União não são capazes de resolver com os próprios meios.

Esta incapacidade reside na insuficiência dos meios e pessoal de que dispõe os Estados da União para o enfrentamento de diversas situações que como estudamos no capítulo anterior surgem dos antagonismo que constituem óbices para o desenvolvimento do País.

A Constituição Federal trata da Intervenção Federal no seu artigo 34, sendo que o referido artigo não deixa dúvidas quanto às situações que a justificam:

Art. 34 - A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

- a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
- b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Para fins de planejamento e decisão, as situações que definem ou não o cenário da Intervenção Federal podem ser classificadas em situações de normalidade e de não-normalidade.

SITUAÇÃO DE NORMALIDADE

É aquela em que os indivíduos, os grupos sociais e a Nação sentem-se seguros para concretizar suas aspirações, seus interesses e seus objetivos, porque o Estado, em seu sentido mais amplo, mantém a Ordem Pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio sem a necessidade de valer-se dos instrumentos específicos previstos na Constituição Federal através da Intervenção Federal, Estado de Defesa e Estado de Sítio.

Não há como mensurar uma sociedade que se considera livre sem o devido respeito às normas, e em consequência, a uma justiça eficiente, pilar da democracia.

SITUAÇÕES DE NÃO NORMALIDADE

As situações de não normalidade se dividem em: Grave comprometimento da ordem pública Grave e iminente instabilidade institucional e Grave comoção de repercussão nacional.

GRAVE COMPROMETIMENTO DA ORDEM PÚBLICA

Quando ocorre o esgotamento dos instrumentos destinados a preservação da ordem pública, sugerindo comprometimento na esfera das unidades da federação, ameaçando a incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado. Segundo o art.

34, III da Constituição Federal. “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;”

Neste momento há justificativas para uma intervenção das Forças Armadas, são exemplos destas ações: greves ilegais em setores essenciais; saques; ocupações ilegais de propriedades públicas e privadas; invasões de terra; bloqueios de ruas e estradas; sequestros; terrorismo seletivo; narcotráfico; crime organizado; combinação de duas ou mais ações anteriores, que caracterizem a desestabilização do poder estadual.

Nesse caso, os poderes constitucionais e suas instituições ainda mantêm seu livre exercício.

GRAVE E IMINENTE INSTABILIDADE INSTITUCIONAL

O art. 34, IV da Constituição Federal preceitua que: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação”.

Abrange todos os tipos de ação que, por sua natureza, origem, amplitude, potencial e vulto, sejam de tal ordem que possam vir a comprometer o livre exercício dos Poderes Constitucionais e de suas Instituições.

GRAVE COMOÇÃO DE REPERCUSSÃO NACIONAL

Abrange todos os tipos de ação que, por sua natureza, origem, amplitude, potencial e vulto, sejam de tal ordem que possam vir a comprometer a integridade territorial ou a soberania nacional.

Nesse sentido, preceitua o art. 34, I da Constituição Federal que “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional.”

DECRETAÇÃO E EXECUÇÃO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

Não diferente das outras ações constitucionais. A intervenção federal tem um caminho legal a ser seguido.

Observa-se que os Conselhos são órgãos de consulta, pois o Presidente da República não tem obrigação de concordar com os respectivos pareceres, desta forma permanecendo a independência do poder executivo.

ESPÉCIES DE INTERVENÇÃO FEDERAL

A intervenção federal na definição de LENZA (2008, p. 279-280): pode ser espontânea, provocada por solicitação, provocada por requisição e provocada condicionada ao provimento de representação.

Na espontânea o Presidente da República age de ofício, quando das situações previstas no art.,34, I, II, III e V.

Quando provocada por solicitação, visualizamos a situação elencada no art.34, I, primeira parte, quando coação ou impedimento recaírem sobre o poder legislativo ou Poder Judiciário, impedindo o livre exercício dos aludidos Poderes nas unidades da Federação, esta dependerá de solicitação do Poder legislativo ou Poder Executivo.

A provocada por requisição configura o estabelecido pelo art. 34, IV, combinado com o art.36, I, segunda parte, onde se a coação for exercida contra o Poder judiciário, a decretação da intervenção federal dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal; art. 34, IV, segunda parte, combinado como art.36, II, no caso de desobediência a ordem ou decisão judicial, a decretação dependerá de requisição do STF, STJ ou do TSE, de acordo coma matéria.

A provocada condicionada ao provimento de representação nos reporta ao art.34, VII combinado co o art.36, III, primeira parte, onde ocorre ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, previstos no art.34, VII, da Constituição Federal de 1988, a intervenção federal dependerá de provimento, pelo STF de representação do Procurador Geral Da República através de uma ADIN interventiva, o art. 34, VI, primeira parte, combinado com o 36, III, segunda parte é usado para prover e execução da lei federal quando pressupondo recusa a execução de lei federal, onde a intervenção federal dependerá de provimento de representação do procurador geral da República ao STF.

Finalizando a ideia de Intervenção, é importante perceber que a independência dos poderes permite que a necessidade de intervenção não seja passível de obstrução resultante de interesses escusos, garantido assim a ação democrática da União nos Estados quando necessário.

AÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

Traçamos um parâmetro claro nesse capítulo, entre Ações de Garantia da Lei e da Ordem, com a intervenção federal tratada no capítulo anterior.

Ações de Garantia da Lei e da Ordem são baseadas em um amplo Rol dos ordenamentos jurídicos.

Neste capítulo estão presentes ordenamentos jurídicos que dão o devido amparo legal para as operações de Garantia da Lei e da Ordem que se desenvolvem nos dias de hoje. Para que se compreenda a subordinação destas ações, e se possa afirmar sua legalidade, devemos sempre apreciá-las a luz da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 142.

HIPÓTESES DE EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

A atuação coordenada das Forças Armadas e dos Órgãos de Segurança Pública na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, possui caráter excepcional, episódico e temporário.

Ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República quando esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O planejamento será elaborado e executado no contexto da Segurança, para fazer face aos óbices decorrentes das ações que comprometem a Lei e a Ordem.

A atuação da Força Terrestre ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, depois de esgotados os instrumentos destinados preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e o patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal de 1988, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Afirma ASSIS (2009, p. 158):

Todavia, as Forças Armadas poderão atuar nesse campo, de Forma episódica, em área preestabelecida e por tempo limitado, desempenhando atividades de caráter preventivo e repressivo necessárias ao cumprimento e ao bom resultado das operações, desde que os órgãos responsáveis pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio não mais puderem cumprir as suas funções constitucionais, ou serem indispensáveis, inexistentes ou insuficientes.

Do exposto, fica evidente a necessidade e a eficácia destas ações, porém é cristalino o entendimento de que tal emprego deve possuir "precisão cirúrgica" da legalidade.

A decisão presidencial para o emprego das Forças Armadas nessa situação poderá ocorrer diretamente por sua própria iniciativa ou por solicitação dos chefes dos outros poderes constitucionais, representados pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

Conforme o visto no capítulo 1, esta missão, sempre foi respaldada pelo ordenamento jurídico pátrio e faz com que o papel das Forças Armadas ao longo do tempo, apresente-se de forma tão evolutiva quanto nossa Carta Magna.

No topo da pirâmide dos amparos legais, atualmente encontra-se no art. 142 da Constituição Federal de 1988, pois as hipóteses emprego deverão ser reconhecidas, sempre, pelo Chefe do poder Executivo Federal ou Estadual quando das intervenções, pois essas autoridades transferirão em ato formal ao comandante das operações o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações e, somente após isso e que serão empregadas as Forças Armadas.

Isto ocorrerá porque quando os órgãos de segurança pública forem considerados indisponíveis por diversos motivos, todas as formalidades previstas na Constituição Federal devem ser seguidas, pois a possibilidade de um emprego equivocado afloraria na sociedade a sensação de inconstitucionalidade, Complementando a Constituição Federal para o cumprimento de determinadas missões destinadas às operações, estão detalhados os seguintes diplomas legais:

LEGISLAÇÃO E SUA REGULAMENTAÇÃO NO EMPREGO DA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

Existe um número considerável de disposições no ordenamento jurídico que tratam deste assunto, porém sua essência encontra-se na Lei Complementar nº 97 de 1999, e na Lei Complementar nº 117 de 2004 e apoiada pelo Decreto 3.897 de 2001.

Trataremos agora de maneira breve destes ordenamentos supracitados e de mais algumas Leis que tratam do Emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem.

LEI COMPLEMENTAR Nº 97, DE 09 DE JUNHO DE 1999

Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das forças armadas.

O parágrafo 5º do art.15 desta Lei Complementar, delega à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um Centro de Coordenação de Operações (CCOp), composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins. Como estabelece a norma, igualmente, ASSIS (2009, p. 159), explica que:

A partir da determinação de emprego, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas que receberão em controle operacional os órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações. A autoridade militar encarregada do comando das operações deverá estabelecer centros de coordenação de operações com os representantes dos órgãos públicos passados em controle operacional ou outros interesses afins.

De acordo com o § 6º do art. 15 da Lei Complementar nº 97 de 09 de junho de 1999, considera-se controle operacional, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais.

Escudada no art.17-A da mesma lei, a competência de desenvolver ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, é do Exército desde que observados os termos e limites impostos, pelo ordenamento jurídico.

Ainda neste contexto, o Exército poderá, quando determinado, prestar apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instruções, bem como assessoramento aos órgãos governamentais envolvidos nas ações de garantia da lei e da ordem, inclusive nas de combate aos delitos transfronteiriços e ambientais.

A Lei Complementar nº 97 de 09 de junho de 1999, apesar de desvendar os caminhos legais do papel das Forças Armadas como garantidora da lei e da ordem necessitou de alterações, pois se a lei lhe delega exercer quando necessário, o papel de polícia, é preciso que haja um adestramento em um ambiente que se aproximasse ao

máximo da realidade, e não em ambientes figurados onde incidentes de toda natureza não acontecem.

Nesta linha de pensamento ASSIS (2009, p. 161) relata esta problemática da seguinte forma:

Grandes eram as dificuldades encontradas pelas Forças Armadas quando ao adestramento de sua tropa, visando ao atendimento das operações de garantia da lei e da ordem, pois os exercícios operacionais, por questões legais, ficavam limitados ao âmbito dos aquartelamentos ou campos de instrução, com pouco realismo, uma vez que as situações eram simuladas, não sendo possível a realização de atividades de adestramento em áreas públicas e com a cooperação dos órgãos de segurança pública ou órgãos públicos com interesses afins, por não ser, tal atividade, considerada de natureza militar.

A solução parcial, porém, significativa para este problema veio com a edição da lei complementar 117, de 02 de setembro de 2004 que introduziu modificações que vieram a melhorar as condições de adestramento da tropa.

A LEI COMPLEMENTAR Nº 117, DE 02 DE SETEMBRO DE 2004

Esta lei complementar altera a Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999, e dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias.

Em seu desenvolvimento, esta lei, preencheu as lacunas da lei anterior, que segundo ASSIS (2009, p. 161):

Aspecto altamente positivo para as Forças Armadas foi a introdução pela lei complementar 117/04, do §7º, no art.15, da lei complementar 97/99, determinando que as atividades desenvolvidas, tanto no preparo quanto no emprego, são consideradas como atividades militares, aplicando-se o art.9º, inc.II alínea “c”, do decreto Lei 1001, de 21.10.1969. Infere-se deste dispositivo normativo que os crimes praticados nessas atividades por integrantes da Força Armada empregada ou contra estes são da competência da Justiça Militar da União, encerrando-se de uma vez as discussões sobre questões de jurisdição.

No entanto, o preparo e adestramento só terão resultado no seu emprego real se as demais expressões do poder nacional criarem as condições políticas, econômicas e sociais torne o país um campo infrutífero para o crescimento de Forças que se configurem óbices a soberania interna do país.

A Lei Complementar 117/2004 viabiliza a ação das Forças Armadas na condução do adestramento para as operações de Garantia da lei e da ordem, porém quando o Presidente da República determina seu emprego, não se trata mais de adestramento e sim missão real.

Quando diante de uma situação real de emprego em operações de Garantia da Lei e da ordem, poder militar é capaz de neutralizar, temporariamente, os efeitos de uma determinada situação que afete os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

Definitivamente não é possível empregar as Forças Armadas isoladamente por ocasião das crises que justifiquem seu emprego sem a presença das outras expressões do Poder Nacional e com o apoio dos órgãos de segurança pública e os órgãos públicos disponíveis.

Outro aspecto que deve ser considerado é o trato com a população civil, uma das maiores dificuldades de se colocar as Forças Armadas em operações desta natureza, é que o soldado não está inibindo a atuação de um não-nacional, neste cenário que pode por vezes acabar em confronto, todos são brasileiros.

Mesmo diante de tal mascaramento da força adversa, o soldado deve tratar a população civil com urbanidade e cordialidade, pois até que se prove o contrário todos são inocentes.

Por mais hostil que seja um determinado local de atuação, deve-se, com sobriedade respeitar os direitos individuais e constitucionais de cada cidadão, pois conquistar de maneira positiva a população local faz parte do êxito da missão.

Sobre esta disciplina intelectual das tropas segundo CASTRO apud ASSIS (2009, p.162), ‘o que desencoraja o criminoso é o desempenho sobranceiro, inteligente e tranquilo do militar de polícia, com autoridade desembaraçada e capacidade técnica de verdadeiro profissional de proteção e socorro’.

Se não agir desta forma o efeito será contrário, exalta-se os ânimos, aumenta a sensação de revolta, desgastando a imagem da força que está sendo empregada e das instituições como um todo.

De acordo com BECCARIA apud ASSIS (2009, p.163), “desgraçado governo aquele em que o monarca em cada súdito suspeita um inimigo e vê-se constrangido, para garantir a paz pública, a conturbar a paz de cada cidadão”.

Vê-se então que o adestramento que conduz ao êxito nas operações de Garantia da Lei e da Ordem não é apenas conhecer seu material e sua técnica de emprego, até porque ao contrário do combate convencional, que constitui a base doutrinária das Forças Armadas, dificilmente estará constando nas ordens as operações o verbo eliminar e o sujeito inimigo.

DECRETO Nº 3897, DE 24 DE AGOSTO DE 2001

Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências.

Grande parte da mídia procura expor a insuficiência dos órgãos de Segurança Pública no Estado do Rio de Janeiro, diante da violência que se formou com ares de poder paralelo.

O Estado de ‘Guerra Civil’ citado acima que se apresenta nas ruas do Rio de Janeiro, é reconhecido até mesmo pelos integrantes do Poder Judiciário como resultado da omissão das autoridades da esfera política, que negam o caráter emergencial da necessidade de decisões muito mais rígidas do que as praticadas atualmente. Observa-se que a ilegalidade muitas vezes não reside somente na ação e sim na omissão.

Mas quando não há omissão e se define que a Força Terrestre irá atuar na Garantia da Lei e da Ordem, deve-se ter sempre em mente que a decisão de emprego dela nesse tipo de missão será de competência exclusiva do Presidente da República, conforme preceitua o art. 2º deste Decreto: Art. 2º é de competência exclusiva do Presidente da República a decisão de emprego das Forças Armadas na Garantia da lei e da ordem.

De acordo com o artigo 6º, na hipótese de emprego, após determinação do Presidente da República, serão comunicados ao Ministro de Estado da Defesa por meio de documento oficial que indicará a missão, aos demais órgãos envolvidos e outras informações necessárias.

Com a decisão presidencial de emprego da força terrestre, conforme artigo 5º do mesmo decreto será ativado os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo determinado, as ações de Garantia da Lei e da Ordem.

Existe por outro lado uma corrente doutrinária que preocupada com a legalidade destas ações afirmam serem inconstitucionais. Inclusive teses apresentadas em congressos de direito (melhorar) defendendo a aplicação de sanções penais por tribunais internacionais contra os membros de nossa força militar por atuar contra civis dentro de nosso território nacional, confundindo uma ação de garantia da lei e da ordem, com a intervenção federal prevista no art. 34 de nossa constituição e mais gravemente ainda ditando uma suposta intervenção militar que não é em hipótese alguma prevista em nosso ordenamento.

Para isto vê-se no art.3º do referido decreto à previsão de que:

Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da Lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art.144 da constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as de natureza preventiva e repressiva, que se incluem na competência constitucional e legal das polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico.

CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM) E CÓDIGO PROCESSO PENAL MILITAR (CPPM)

Em todos os níveis de Comando devem ser adotadas medidas acauteladoras eletivas à autonomia estadual e municipal e aos direitos individuais garantidos pela Constituição Federal de 1988, estando, contudo, em vigor, a legislação pertinente ao Código Penal Militar (CPM) e ao Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Os crimes cometidos por militares durante as operações de Garantia da lei e da Ordem são de competência da justiça Militar. Esta competência é confirmada pelo Código Penal Militar que apresenta seu artigo 9º da seguinte forma:

Título I
DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR
Subtítulo
CRIMES MILITARES EM TEMPO DE PAZ:
[...]
Art. 9º - Consideram-se crimes militares em tempo de paz:
[...]
III - Os crimes praticados por militar da reserva ou reformado, ou por civil, contra as Instituições Militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
[...]
d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância e preservação da ordem pública administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência à determinação legal superior.
Por conseguinte, deve-se buscar que todos os crimes envolvendo o emprego das Forças Terrestres, decorrentes deste Plano terão tratamento na esfera da Justiça Militar.

Desta forma o emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem e considerada atividade militar.

Existem ainda decretos que preveem o Emprego das Forças Armadas, mas não serão tratados detalhadamente neste artigo por não se tratarem diretamente de Garantia da Lei e da Ordem.

Percebe-se que apesar do seu caráter episódico, as operações de Garantia da Lei Ordem vêm sendo amplamente utilizadas desta vez, não como uma preocupação divorciada dos interesses da sociedade brasileira, mas como um socorro imediato para as mais inusitadas situações, tais como, controle de fronteira, controle de imigrantes, controle de presídios, greves da polícia militar, protestos em nossa capital federal, mas mantendo sempre o aspecto legal previsto em nosso ordenamento para a manutenção das instituições democráticas, mantendo a soberania interna, e garantindo a autonomia imparcial da justiça.

CONCLUSÃO

Com claras diretivas de como deve a força verde oliva agir para a manutenção da lei e da ordem, sempre com as diretrizes de respeito às leis constituídas, aos direitos humanos e como visto na ação desencadeada em maio de 2018, prevalecendo o respeito e a negociação, antes do emprego efetivo de sua força bélica, contra a população nacional, que restou com pouquíssimas exceções com sucesso e sem necessidade do uso da força.

Com o cenário de violência que vem assombrando nosso país, com a polarização extrema em nosso pleito eleitoral do ano de 2018, não é difícil que as instituições envolvidas diretamente neste fenômeno comecem a apresentar sinais de desgaste. Como os ataques a nosso STF em mídias sociais chegando a inclusive esdrúxulas hipóteses de fechamento de nossos tribunais, que partes de ambos os lados envolvidos. Pois os desgastes são apresentados diariamente pela mídia e abrangem desde a omissão política diante das reais necessidades da população e dos órgãos de segurança que não mais conseguem manter a ordem pública e a paz social e o crescente poder paralelo do crime organizado.

Saliento que quando iniciei este artigo, meu objetivo era unicamente apresentar a luz de nossa Constituição Federal de 1988 as formas de emprego das Forças Armadas na Garantia da lei e da Ordem, fruto de antagonismos que pudessem ameaçar a democracia.

Verifica-se que de fato os caminhos constitucionais para agir contra tais antagonismos existem e estão em busca da perfeição no que diz respeito a segurança jurídica de todos os homens e instituições envolvidas.

Porém, ainda na realização deste trabalho, observei fatos e acontecimentos neste ano de 2018 que tornaram a ótica mais ampla, como a intervenção de nossos militares em situações mais adversas como a “greve” dos caminhoneiros, em que foi acionado para garantir os itens básicos de subsistência de nossa população como também

garantir funcionamento de hospitais de postos de saúde e até mesmo o tratamento da água potável, evitando assim o caos geral em nossa sociedade.

A omissão principalmente política com vários setores de nossa sociedade tem causado graves ameaças a ordem social, a paz pública e a manutenção das instituições.

Importa como resultado desta omissão que é visto a cada dia o definhamento dos órgãos de segurança Pública, sustentado a duras penas pelo alto grau de profissionalismo de seu pessoal. Como de nossa saúde pública que também mantida heroicamente pelos profissionais que saúde ou nossa educação, tornando nossa sociedade um barril de pólvora prestes a explodir.

As evidências disso se apresentam através das greves e motins, protestos por vezes violentos, a divisão violentíssima de nossa sociedade dentre outras tornando imperioso o preparo de nossa força militar que sustenta nossa democracia através dos séculos para prontas intervenções dentro dos preceitos de garantia da lei e da ordem, para nos manter soberanos e coesos enquanto sociedade organizada debaixo de nossa carta magna de 1988 e do fortalecimento de nossas instituições através da poderosa coerção da força de nosso braço forte e amigo de nossas instituições militares, que mesmo com discordâncias de parte da sociedade sempre agiu para o bem e manutenção dos valores e objetivos nacionais descritos em nossa carta magna.

Observa-se então que apesar de se buscar a legalidade das ações das Forças Armadas, um dos maiores problemas identificados foi a omissão política que leva ao seu emprego equivocado, pois a usa de maneira indiscriminada como se tudo fosse resolvido com a presença ostensiva de nossos valorosos militares que caçam desde mosquitos em epidemias de dengue até o auxílio aos desvalidos que fogem de governos ditatoriais e se socorrem no seio amigo de nossa nação na fronteira norte de nosso país.

As ações de garantia de lei e ordem dentro de nosso ordenamento pátrio devem ser olhadas com o entendimento que são a última barreira entre o caos e nossa sociedade organizada conforme esta preconizado no art. 142 de nossa constituição bem como em toda a legislação que a ampara.

O emprego das Forças Armadas em operações de Garantia da lei e da Ordem, afirmo novamente, é uma medida extrema e nobre, por isso, deve requerer situações extremas, sob pena de banalização de seu emprego e com ela, toda a carga negativa que isto pode trazer na manutenção das instituições democráticas.

Contudo, como resultado deste artigo afirmo que caminho constitucional está correto, o art. 142 define claramente o papel das Forças Armadas, Os conselhos estão

constituídos como instituições constitucionais em seu papel e assessoramento, as Leis estão evoluindo doutrinariamente e o homem na ponta da linha, agora inclusive respaldado pela mudança constitucional que da o respaldo necessário também está ciente de que Garantia da Lei e da Ordem não é guerra, graças ao treinamento constante de seus quadros e a plena consciência do limite que lhe impõe agir em território pátrio contra os irmãos nacionais.

Resta apenas que a visão política de nossos representantes não permita que tais ações virem chamariz de holofotes eleitoreiros para aqueles que precisam disso. Quanto a população civil, que seja informada do real propósito destas ações para que de nenhuma maneira passe em suas mentes a possibilidade de confundi-las com arbitrariedade ou Golpe.

O propósito das operações de Garantia da Lei e da Ordem será a defesa do funcionamento das instituições democráticas de nosso país, visando a solidez da soberania, de nossa democracia, de nossas instituições garantindo a perenidade de nossa grande pátria a qual a defendemos, inclusive este que escreve desde o nascimento de nossa nação.

LAW ASSURANCE ACTION AND ORDER, A RENOWNED LEGAL ALMOST UNKNOWN

ABSTRACT: The purpose of the summary is to analyze the procedures and legality of the application of the armed forces in actions or as they are called in the military environment missions of guarantee of law and order, within the prism of the constitutional and infraconstitutional legislation, for the maintenance and protection of democratic institutions and powers and maintenance of law and order within the national territory. Clarify the legality of employment of military forces within the national territory, for the maintenance of democracy.

Key words: Guarantee. Law. Order. Constitution. Democracy.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. de N.; COIMBRA, C.R.; CUNHA, F. L. (2009). *Lições de direito para atividade das policias militares e das forças armadas*. 6 ed, Curitiba: Juruá.

BRASIL (2001). *DECRETO Nº 3.897, DE 24 DE AGOSTO 2001*. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL (1988). *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL (2004). *LEI COMPLEMENTAR Nº 117, DE 2 DE SETEMBRO DE 2004*. Altera a Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp117.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL (1999). *LEI COMPLEMENTAR Nº 97, DE 9 DE JUNHO DE 1999*. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp97compilado.htm>. Acesso em: 20 abr.2018.

BRASIL (1969). Decreto Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de outubro de 1969. Disponível em:<www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

BRASIL (1969). Decreto Lei Nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

CANOTILHO, J. J. G. (1993). *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 6 ed, Portugal: Gráfica de Coimbra.

LENZA, P. (2008). *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva.

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO

Nilva Vestewig

Acadêmica em Direito e integrante do Programa de Iniciação Científica – PIC, pela Universidade Paranaense – UNIPAR, (Brasil).

nilvavestewig@outlook.com

Bruno Smolarek Dias

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI – SC, (Brasil).

Professor no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense, UNIPAR, (Brasil).

professorbruno@unipar.br

O presente trabalho descreveu sobre os limites da liberdade de expressão e o discurso do ódio, onde a liberdade de expressão constitui um direito fundamental inerente a cada um, o qual está previsto em lei e na própria Constituição Federal em seu art. 5º, porém como nenhum direito é absoluto, esta também possui limitações, sendo limitada pela própria lei. A dignidade da pessoa humana funciona como um limitador da liberdade de expressão. Uma das formas de extrapolar os limites da liberdade de expressão é através do discurso do ódio, o qual busca inferiorizar as minorias, com ofensas, incitação à violência, discriminação e defesa da superioridade de certo grupo em detrimento de outro.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Dignidade da Pessoa Humana; Discurso do Ódio.

A liberdade é um gênero na qual está incluída a liberdade de expressão como um direito fundamental, um desdobramento do Direito de Liberdade, que abrange inúmeros direitos e garantias correlatos, relacionando-se então com a liberdade de informação e a de comunicação social.

A liberdade de expressão é um direito inerente a cada um, o qual é responsável pela concretização dos direitos fundamentais e da própria democracia. A liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas (MIRANDA, 2000, p. 453).

A liberdade de expressão encontra respaldo na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos IV e IX, os quais dispõem que todos são iguais perante a lei possuindo garantias e direitos individuais, sendo livre a manifestação de pensamento, a expressão

da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, não podendo haver censura (BRASIL, 1998).

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo restrita pela própria lei na Constituição em seu art. 5º, inciso X, o qual determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza tendo todos os seus direitos garantidos e quando esses direitos forem violados podem ingressar com uma ação pleiteando indenização (BRASIL, 1988), a Convenção de Direitos Humanos em seu artigo 13º, preceitua que a liberdade de expressão e de pensamento não está sujeito a censura prévia ou anteriores, mas a responsabilidades posteriores, ou seja, devem ser penalizadas quando extrapolarem os limites e devem ser amparadas pela lei (BRASIL, 1993).

A dignidade da pessoa humana é um princípio que está previsto na Constituição Federal em seu art. 1º inciso III, o qual atua como uma ferramenta para conter violações de direitos fundamentais, sendo assim toda vez que a liberdade de expressão extrapola seus limites e viola um direito alheio, viola o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

O chamado discurso de ódio é uma das formas de abuso no direito de liberdade de expressão, sendo caracterizado pela intenção de diminuir e inferiorizar minorias, com ofensas, incitação à violência, discriminação e defesa da superioridade de certo grupo em detrimento de outro.

LIBERDADE

Canotilho (2000, p.1.259) conceitua liberdade como sendo um ‘direito de liberdade’ inerente a cada um e que não deve ser detido ou aprisionado, nem acondicionado em um espaço ou até mesmo impedido seu movimento, essa liberdade deve ser plena e exercida sem restrições, sendo essa uma liberdade de caráter pessoal.

Este conceito apresentado por Canotilho está muito próximo do conceito de liberdade de locomoção, sendo, portanto, apresentado a seguir um conceito mais específico.

O próprio Canotilho (2000, p.1.259-1260) ainda em seu livro Direito Constitucional e Teoria da Constituição especifica as liberdades, bem como as classifica.

As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a ações negativas, seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que distinguindo-se entre direitos, liberdades e garantias, tem de haver algum traço específico, típico de posições subjetivas identificadas como liberdades. Esse traço específico é o da alternatividade de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento.

Podendo-se entender assim que, possuímos liberdades e que as mesmas são opções possíveis de escolha, sendo usadas muitas vezes como uma forma de direito de defesa, de escolha que influencia nas decisões e comportamentos.

Como pode ser verificado na obra de Sarlet (2007) “A eficácia dos direitos Fundamentais”, um direito de defesa, são aqueles que limitam o poder estatal e garantem ao indivíduo uma maior liberdade, não excluindo assim o Estado de sua função, apenas limitando sua atuação.

O direito à liberdade de expressão surgiu na Grécia antiga, era a chamado *Isegoria*, na qual consistia um princípio de igualdade do direito de manifestação durante as assembleias dos cidadãos, onde esses discutiam os assuntos relacionados a polis e a todos os participantes era dado o mesmo tempo para falar sem ser interrompido.

O direito à liberdade de expressão constitui em sua função primordial um direito de defesa, pois garante ao indivíduo se manifestar, buscando exprimir seu pensamento.

Esse direito de defesa que a liberdade de expressão possui busca defender o indivíduo das arbitrariedades do Estado, possuindo um caráter negativo, exigindo assim uma abstenção estatal frente ao indivíduo, pois esse direito é inerente a cada um.

A liberdade de expressão é um desdobramento do Direito de Liberdade, que abrange inúmeros direitos e garantias correlatos.

Segundo Jorge Miranda (2000, p.453) em seu Manual de Direito Constitucional, preceitua.

A liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: Crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, actos de vontade. E pode revestir quaisquer formas: a palavra, a imagem, o gesto, o silêncio.

O direito à liberdade de expressão em seu sentido restrito é o grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais e da própria democracia, pois correlaciona-se com outros direitos de liberdade, o que pode ser verificado na obra de Jorge Miranda (2000, p. 454) em seu manual de Direito Constitucional.

Em sentido restrito a liberdade de expressão recorta-se por exclusão de partes, vem a ser essencialmente liberdade de expressão do pensamento, e correlaciona-se então com a liberdade de informação e a de comunicação social. Para além do direito geral de expressão (art. 37, n. 1 e 2), a constituição consagra o direito de resposta e de retificação (art. 37, n. 4), os direitos de antena e de replica política (art. 40) e a liberdade de propaganda eleitoral (art. 113, n.3, alínea a).

Além disso, encontra previsão e garantia no art. 13¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual também é integrante do ordenamento jurídico brasileiro, o qual preceitua que toda pessoa tem o direito à liberdade de expressão e pensamento, estando incluso nessa liberdade a de procurar, de receber, de difundir informações e ideias de qualquer natureza, podendo ser por escrito ou verbalmente, sem limites de fronteiras, difundindo por qualquer forma que lhe seja acessível.

Para Sarlet (2007) os titulares dos direitos fundamentais são aqueles que figuram como sujeito ativo na relação jurídica e o destinatário e a pessoa da qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito.

Pode-se entender assim que por mais que a liberdade de expressão seja um princípio que após exteriorizado reflete na coletividade, o mesmo é individual e inerente a cada um.

No Brasil, a liberdade de pensamento e de expressão é garantida por força da Constituição da República Federativa de 1988, por meio do art. 5^o, IV e IX. Os quais preceituam que todos são iguais perante a lei possuindo garantias e direitos individuais, sendo livre a manifestação de pensamento, a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, não podendo haver censura.

Conforme verificado na obra de Sarlet (2007), a eficácia vertical dos direitos fundamentais e a plena eficácia dos direitos de defesa, onde o Estado além de não agredir os direitos fundamentais, deve ainda fazê-los respeitar pelos particulares.

Para Sarlet (2007) em sua obra, a eficácia horizontal é a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, podendo também ser chamado de

¹ Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

Parágrafo 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

² “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

direitos fundamentais entre terceiros, pois envolve uma relação privada entre particulares.

Como os particulares estão mais participativos nos exercícios de poder, isso requereu uma proteção maior no âmbito social, pois as liberdades se encontravam ameaçadas. Dessa forma os direitos e princípios fundamentais se aplicam a toda ordem jurídica havendo assim uma interpretação desses princípios, inclusive nas relações entre particulares e nos atos atentatórios provocados por estes.

Na esfera privada busca-se um equilíbrio entre os valores e os princípios, zelando pela liberdade individual, garantindo assim a autonomia privada entre as partes sem uma intervenção estatal. Entende-se assim que todos, tanto Estado quanto particulares, estão vinculados a um dever de respeito.

Nas relações privadas o princípio que prevalece é o da dignidade da pessoa humana, o qual atua como uma forma de proteção do indivíduo contra si mesmo, de forma que ninguém pode usar sua liberdade para ferir sua dignidade.

O direito à liberdade de expressão possui uma função defensiva, gerando uma defesa de esfera pessoal, pois nenhum indivíduo pode ser exposto ou discriminado, quando isso acontecer gera um direito subjetivo de defesa, em consequência a agressão ao princípio fundamental da igualdade.

Miranda (2000, p.456) ainda em seu Manual de Direito Constitucional demonstra que a liberdade de expressão é um direito individual, ainda que seja exercido de forma coletiva: “A liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado são individuais, ainda quando exercidos coletiva ou institucionalmente”.

O art. 220³ da Constituição Federal também preceitua sobre liberdade de expressão, o qual garante sem qualquer restrição a manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação.

LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O grande limitador dos direitos é o princípio da dignidade da pessoa humana, limitando assim também a liberdade de expressão quando esta extrapola seus limites e fere a dignidade do outro.

³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Como preceitua Maria Berenice Dias (2003, p. 65) em seu Manual De Direito das Famílias a dignidade da pessoa humana e um macro princípio do qual se irradiam os outros princípios, podendo ser considerado um valor nuclear da ordem constitucional, haja vista que os outros princípios se fundam e se limitam neste.

Para Jorge Miranda (2000, p. 184) a dignidade da pessoa humana é um valor eminente e reconhecido a cada pessoa, antes mesmo da sua existência, esta lista algumas características desse princípio.

- a)* A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta.
- b)* A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento.
- c)* A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher.
- d)* cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas.
- e)* cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si. ” (Miranda, p. 183, 2000).

Maria Berenice Dias (2003) ainda em seu Manual demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana não constitui apenas um limite a atuação do Estado, mas também uma ação ou posição perante as situações quando houver violações deste princípio por parte de terceiros.

O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite a atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. (2003, p. 66).

O princípio da dignidade da pessoa humana muitas vezes não se consegue preceituar, pois não possui um conceito definido, mas sim uma manifestação de valores constitucionais, morais, sociais, além de uma carga de sentimentos e emoções que o caracterizam, é muito mais que um princípio é uma valoração de preceitos inerente a cada um.

Cada indivíduo possui direitos que são irrenunciáveis e intransmissíveis, são os chamados direitos personalíssimos ou direitos de personalidade. Esses direitos são ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que é necessário para o desenvolvimento da vida social do indivíduo.

Para Jorge Miranda(2000, p. 58) em seu Manual de Direito Constitucional os direitos de personalidade são posições jurídicas que o homem adquire ao nascer que se prolongam ao longo da existência e da integração deste, de modo a serem necessárias

para uma vida em sociedade, podendo exigir assim de outro respeito à sua personalidade, além de ter direito a manifestações perante a essa sociedade parcelares a sua personalidade.

Miranda (2000, p. 61) em seu Manual preceitua quais são os direitos de personalidade.

O direito à integridade pessoal; ao desenvolvimento da personalidade, a capacidade civil, ao bom nome e reputação, a imagem, a palavra e à reserva da intimidade da vida privada; o direito de liberdade e à segurança; certas garantias ligadas a informática; o direito de resposta, a liberdade de consciência, de religião e de culto, a liberdade de criação cultural, a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de escolha de profissão, o direito ao trabalho, ao ambiente, o direito à educação e à cultura.

Para Alex Potiguar (2012, p. 108) os direitos de personalidade são absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Percebe-se que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, sendo restrito pela própria lei; intransmissíveis, pois não existe a possibilidade de transmitir a um terceiro, sendo inerente ao indivíduo; irrenunciáveis, pois não se pode renunciar a uma qualidade do próprio indivíduo; imprescritíveis, uma vez que o indivíduo titular do direito pode usar a qualquer tempo e contra os abusos a ele causados.

Dentre os direitos personalíssimos está o direito a honra, este direito pode ser entendido como a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa, princípio este que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que possui um caráter subjetivo e é intrínseco a cada indivíduo.

Alex Potiguar preceitua o direito a honra como sendo algo pessoal e que diz respeito a reputação e a dignidade do indivíduo.

Vale então dizer que a honra é composta pelas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação, e a dignidade. Ela é um dos bens mais apreciados da pessoa humana, confundindo-se com a sua própria dignidade. (Potiguar, 2012, p.110).

O próprio Alex Potiguar (2012, p. 110) divide a honra em objetiva e subjetiva. A honra objetiva é aquela em refletida na consideração social, ou seja, o que a sociedade pensa referente ao indivíduo, como ele é visto perante sociedade, já a honra subjetiva é o sentimento da própria pessoa, é o sentimento da autoestima deste, ou seja, como ele se vê.

A honra está presente inclusive dentro do código penal brasileiro (Código Penal, 2015), onde possui um capítulo específico dos crimes contra a honra, sendo de

três tipos: Calúnia, difamação e a injúria; a calúnia é a falsa imputação de crime; a difamação é a imputação de fato ofensivo a sua reputação. Injúria é a imputação de qualidade negativa ao indivíduo, que diz respeito aos seus atributos morais, físicos ou intelectuais.

O direito a intimidade constitui um direito personalíssimo ligado à dignidade da pessoa humana, de modo a ser inerente a cada um e possuir um caráter pessoal.

Alex Potiguar (2012) define o direito à intimidade como algo pessoal que consiste somente ao indivíduo, sendo uma esfera secreta da sua própria vida.

A intimidade pode ser definida como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só. A intimidade é, na verdade, a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais. E o espaço considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente a pessoa. (Potiguar, 2012, p. 112).

Assim o direito à intimidade está atinente aos acontecimentos pessoais do sujeito, como: Confidências, vida amorosa ou conjugal, saúde, fatos de família, costumes, atividades em família, convivência, dentre outros.

As restrições aos direitos fundamentais como o da liberdade de expressão e de pensamento têm alguns limites a serem observados, que podem ser localizados, na Constituição da República Federativa de 1988 em seu artigo 5⁴, o qual preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido a estes a inviolabilidade do direito à vida, a igualdade, a segurança e a propriedade e a pessoa que sentir lesada em relação à sua intimidade, honra, imagem e vida privada é garantido a este o direito de ingressar com ação judicial para pleitear indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação.

Como já citado anteriormente o direito à liberdade de expressão não é absoluto, sendo restrito pela própria lei. Nesse contexto a convenção de direitos humanos em seu artigo 13, preceitua que a liberdade de expressão e de pensamento não está sujeito à censura prévia ou anteriores, mas a responsabilidades posteriores, ou seja, devem ser penalizadas quando extrapolarem os limites e devem ser amparadas pela lei.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Por mais que o indivíduo possui o direito à liberdade esse direito não pode infringir a reputação das demais pessoas.

Não existe direito que seja absoluto, um direito é limitado por outro direito. Nesse contexto a liberdade de expressão como qualquer outro direito é limitado, devendo respeitar limites éticos, morais, sociais, culturais e familiares.

Dworkin (2014) afirma que a liberdade (assim como a igualdade) é um direito interpretativo e que, por conta disso, haverá discordância quanto ao seu sentido e sua extensão.

A concepção de liberdade relaciona-se a uma teoria moral, isto quer dizer que, mais do que um direito ou um ideal político, a liberdade deve ser analisada à luz da ética e da moral.

A liberdade de expressão vem sendo usada em alguns casos de forma inversa, invertendo os valores, deixando de lado sua essência primordial da verdade e da expressão e quando ilimitada pode ser absurda e exagerada, sendo usada para disseminar o ódio, a violência ameaçando assim a paz social.

O DISCURSO DO ÓDIO

O chamado Discurso de Ódio é uma das formas de abuso no direito de liberdade de expressão, sendo caracterizado pela intenção de diminuir e inferiorizar minorias, com ofensas, incitação à violência, discriminação e defesa da superioridade de certo grupo em detrimento de outro.

O Discurso do Ódio também chamado de *hate speech* é um discurso usado para promover o ódio baseado na raça, religião, gênero ou opção sexual do indivíduo.

Alex Potiguar em seu Livro Liberdade de Expressão e o Discurso do Ódio preceitua sobre o assunto:

Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem aquele determinado grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros. (Potiguar, 2012, p. 13).

A liberdade de expressão permite um pluralismo de ideias e opiniões, permitindo assim o chamado discurso do ódio, o qual fere outros princípios como o da dignidade da pessoa humana, visto que nenhum princípio é absoluto, havendo assim uma colisão entre os princípios.

Para Alex Potiguar (2012, p. 2) o discurso do ódio pode ser de uma forma explícita, óbvia e evidente, podendo assim ser facilmente combatida, como também pode vir mascarado por sutilezas que transmitem uma mensagem de desprezo, intolerância, discriminação e ódio de forma indireta, dificultando assim o seu combate e exclusão, haja vista que acaba alienando e tornando isso como uma verdade para os indivíduos que recebem essa mensagem.

Segundo Alex Potiguar (2012, p. 161) o efeito que o discurso do ódio tem sobre os indivíduos é muito relevante. Muitas vezes aquele discurso silencioso e aparentemente inoperante, pode se transformar em uma voz ativa que atrai um grande número de adeptos, por perceberem que ali uma forma de serem apreciados seus conceitos. Dessa forma, entende-se que o ódio, o racismo e as incitações à violência não são inatos, mas sim aprendidos, ou seja, ninguém nasce racista ou com ódio de determinados grupos, isso é repassado ao indivíduo ao longo de sua formação, levando isso para sua vida social e para sua convivência.

O discurso do ódio vem sendo disseminado na sociedade a algum tempo, um exemplo é a Alemanha Nazista comandada por Adolf Hitler durante a Segunda Guerra Mundial.

Adolf Hitler disseminava em seus discursos o antissemitismo contra os judeus, o qual diante das mazelas impostas pela crise de 1929, relacionou e divulgou frágeis teses de que a referida crise alemã estava relacionada ao papel econômico desempenhado pelos judeus, tomando assim grandes proporções durante a segunda guerra mundial com atrocidades, violência e extermínio dos judeus dentro dos campos de concentração. (Potiguar, 2012).

No Brasil o discurso do ódio foi propagado pelo escritor Siegfried Ellwanger Castan, o qual era escritor e sócio de uma editora de livros, a Revisão Editora Ltda. Ele escreveu, editou e publicou obras de autoria própria e de outros escritores tanto nacionais quanto estrangeiros, as quais disseminavam temas antissemitas, discriminatórios e racistas, incentivando e induzindo a discriminação racial e o antissemitismo contra os judeus, disseminado para os leitores o ódio, o desprezo e a incitação à violência contra o povo judaico. (Potiguar, 2012).

Siegfried foi denunciado perante à justiça brasileira por racismo contra o povo judeu. Em primeira instância o pedido do Ministério Público foi julgado improcedente. Recorrido da decisão, o Tribunal do Rio Grande do Sul acabou reformando o julgado e considerando Siegfried culpado por incitar e induzir a

discriminação, com base no disposto da Lei n. 7.716/89 em seu art. 20: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Após essa decisão os advogados de Siegfried Ellwanger impetraram *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que o Siegfried havia cometido era discriminação e não racismo, tendo em vista que os judeus não se tratavam de uma raça, mas sim de uma outra etnia. O Superior Tribunal de Justiça negou o *habeas corpus*.

Depois de ter o *habeas corpus* negado perante o Superior Tribunal de justiça, os defensores de Siegfried Ellwanger impetraram o *habeas corpus* agora perante o Superior Tribunal Federal, diante da Suprema Corte Nacional, onde novamente os advogados de Siegfried alegaram que os judeus não se tratavam de uma raça e por isso não havia crime de racismo, o que o Supremo Tribunal Federal interpretou que realmente o povo judeu não constitui uma raça, mas que isso não desconstitui o crime de racismo, tendo em vista que a discriminação praticada só se atentava a esses, bem como segundo o art. 20 da lei 7.716/89 a discriminação não é somente a raça, mas também a etnia, religião ou procedência nacional.

O *habeas corpus* 82424 RS, foi publicado pelo STF em 17/19/2003, o qual em uma de suas decisões dentro do *habeas corpus* decidiram que não existe subdivisão de raça humana, não há diferenças biológicas entre os seres humanos, a divisão que resulta de um processo de conteúdo meramente político-social, e desse pressuposto de divisão origina-se o racismo, do qual resulta na discriminação e preconceito.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções

entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (STF - HC: 82424 RS – 17/09/2003).

Dentro dessa divisão de raças político-social os judeus eram considerados raça distinta, inferior, nefasta e infecta, características que levaram a segregação e ao extermínio. Diante de todos esses acontecimentos o mundo contemporâneo criou políticas buscando combater esse tipo de discriminação.

O Brasil em uma dessas políticas assinou tratados e acordos internacionais com repúdio a qualquer forma de discriminação racial, de credo e étnica, baseada na superioridade de um povo sobre o outro, bem como incorporou em sua própria constituição artigos que visam o repúdio e tornam o racismo como um crime imprescritível e inafiançável.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o antissemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para

delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridam as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. (STF - HC: 82424 RS – 17/09/2003).

O próprio STF entendeu que as ideias propagadas nas edições e publicações das obras, tinham como intuito resgatar as ideias propagadas durante o regime nazista alemão que geraram o holocausto e a morte de milhares de judeus. As obras publicadas se dirigiam especificamente aos judeus, com relevado manifesto de dolo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antisemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontrovertidos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. (STF - HC: 82424 RS – 17/09/2003).

No julgamento o STF entendeu que a liberdade de expressão não é uma garantia constitucional de natureza absoluta, possuindo limites morais e jurídicos, onde a livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam na esfera penal. As liberdades devem ser exercidas de maneira harmônica, respeitando os limites previstos na constituição, entre essas liberdades está a liberdade de expressão e essa não pode ser usada para incitar o racismo e a discriminação, prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (STF - HC: 82424 RS – 17/09/2003).

O crime de racismo foi considerado perante a constituição e a lei que o regulamenta um crime imprescritível e inafiançável, sendo que essa

imprescritibilidade busca a não reinstalação de conceitos e teorias históricas que disseminem essas práticas.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstalação de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

(STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

O crime de racismo quando praticado jamais se apaga da memória dos que sofreram, carregando esse legado consigo e muitas vezes sofrendo consequências incalculáveis.

CONCLUSÃO

Concluimos no presente trabalho que a liberdade de expressão é um direito fundamental inerente a cada indivíduo, sendo prevista e amparada pela Constituição Federal, porém nenhum direito fundamental é absoluto, podendo em alguns casos serem relativizados.

Como já citado nenhum direito fundamental é absoluto, no caso da liberdade de expressão, possui limites que devem ser respeitados e não extrapolados e caso sejam extrapolados, podem sofrer sanções, ou seja, quando esses limites forem violados e atingirem a terceiros, quem os violou pode sofrer penalizações.

A dignidade da pessoa humana está prevista na constituição federal, a qual tem por função primordial, atuar como uma ferramenta para conter violações a direitos fundamentais de terceiros e toda vez que um desses direito é violado acaba ferindo a dignidade da pessoa humana.

Uma das formas de violar os limites da liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana é através do discurso do ódio, o qual é caracterizado pela intenção de diminuir e inferiorizar minorias, com ofensas, incitação à violência, discriminação e defesa da superioridade de certo grupo em detrimento de outro. O

discurso do ódio é usado para promover o ódio baseado na raça, religião, gênero ou opção sexual do indivíduo.

LOS LÍMITES DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODI

Resumen: El presente trabajo describió sobre los límites de la libertad de expresión y el discurso del odio, donde la libertad de expresión constituye un derecho fundamental inherente a cada uno, el cual está previsto en ley y en la propia Constitución Federal en su art. 5º, pero como ningún derecho es absoluto, ésta también tiene limitaciones, siendo limitada por la propia ley. La dignidad de la persona humana actúa como un limitador de la libertad de expresión. Una de las formas de extrapolar los límites de la libertad de expresión es a través del discurso del odio, el cual busca inferiorizar a las minorías, con ofensas, incitación a la violencia, discriminación y defensa de la superioridad de cierto grupo en detrimento de otro.

Palabras clave: Libertad de Expresión; Dignidad de la persona humana; Discurso del Odio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 8 de outubro de 1988. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 254 p.

BRASIL. *Decreto n 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulgada a convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica), 22 de novembro de 1996.

BRASIL (1989). *Lei n 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

BRASIL (2004) . *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus: HC 82424 RS. Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

CANOTILHO, J. J. G. (2000). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 edição. Almedina.

DIAS, M.B. (2003). *Manual de Direito das Famílias*. 9 edições. Revista dos Tribunais.

CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. (1969). *Pacto San Jose da Costa Rica*. Em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

MIRANDA, J. (2000). *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3 edições. Coimbra.

POTIGUAR, A. (2012). *Liberdade de expressão e o discurso do ódio*. Brasília: Consulex.

SARLET, I. W. (2007). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 edições. Livraria do Advogado.