V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO I

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

ADDY MAZZ ELJASKEVICIUTE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito tributário e financeiro I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Addy Mazz Eljaskeviciute, Raymundo Juliano Feitosa, Roney José Lemos Rodrigues de Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-243-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito tributário. 3. Direito financeiro. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO I

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados durante o V ENCONTRO INTERNACIONAL promovido pelo CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Montevidéu – Uruguai entre os dias 8 e 10 de setembro de 2016 em conjunto com a Facultad de Derecho/Universidad de la Republica Uruguay, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Universidade de Passo Fundo - UPF e Universidade Federal do Rio Grande - FURG, tratando-se da primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina.

O evento foi sediado na Universidade da República (UDELAR), principal instituição de ensino superior e pesquisa do Uruguai, no histórico prédio da Faculdade de Direito, que, no ano de 2008, cumpriu 170 anos de sua criação. Vale dizer que é uma instituição pública, autônoma e que realiza várias atividades voltadas à difusão do conhecimento e da cultura. Nosso cumprimento cordial à acolhida proporcionada pela instituição.

Os trabalhos apresentados no grupo 41 - DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO I - propiciaram um intenso e frutífero debate em torno do tema central do encontro, qual seja, Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

Relevante notar a pluralidade nas matérias tratadas nos trabalhos, que, embora relacionadas a tema central, revelam preocupações de cunho principiológico - teórico, sem perder de vista o caráter prático, relacionadas à eficiência da gestão tributária, de maneira a fazer frente às necessidades financeiras do Estado, buscando estabelecer a medida de equilíbrio com o desenvolvimento produtivo e a obediência às garantias constitucionais.

Por fim, destaque-se que todos os trabalhos que compõe o presente volume merecem ser lidos, pela excelência e relevância dos temas apresentados, razão pela qual desejamos uma ótima leitura a todos.

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza - UNICAP

Prof. Addy Mazz - UDELAR

O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E A ESTRATÉGIA DA APPLE ACERCA DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA: PLANO INTELIGENTE OU EVASÃO "PERFEITA"?

STUDY ON APPLE'S INTERNATIONAL TAX PLANNING AND THE APPLE'S STRATEGY OF TRANSFER PRICING: SMART PLAN OR "PERFECT" EVASION?

Maria Lírida Calou De Araújo E Mendonça [1]
Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo [2]

Resumo

A partir da crise econômica mundial de 2008 e das políticas de austeridade adotadas por diversas nações, o presente trabalho expõe como o planejamento tributário internacional de multinacionais se coaduna com diferentes percepções da opinião pública, dando enfoque especial ao planejamento tributário da Apple. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, o presente estudo demonstra as técnicas de planejamento tributário adotadas pela referida empresa a fins de esquivar-se da tributação em relação com a percepção pública sobre aquelas ações. Conclui-se que existem visões críticas, aliadas ao dever de imposição tributária dos governos, como aquelas favoráveis, em benefício da liberdade comercial das sociedades privadas.

Palavras-chave: Planejamento tributário internacional, Evasão fiscal, Preço de transferência

Abstract/Resumen/Résumé

Under the global economic crisis of 2008 and austerity policies adopted by various nations, this paper explains how international tax planning of multinationals sit well with different public opinion perceptions, giving special attention to Apple's tax planning system. Through literature research, this study demonstrates tax planning techniques adopted by the said company to the purpose of evading tax in relation to the public perception of those actions. It concludes that there are critical views, coupled with the taxation duty imposed by governments, such as those favorable for the benefit of commercial freedom of private companies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International tax planning, Tax evasion, Transfer pricing

---

[1] Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora titular do curso de Pós-graduação strictu sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

[2] Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Introdução

O presente artigo abordará o problema do planejamento tributário internacional abusivo com foco na estrutura desenvolvida e adotada pela Apple, que utiliza-se de uma composição de técnicas de *hybrid mismatch* e *transfer pricing* para esquivar-se da incidência tributária em diversas jurisdições ao redor do mundo.

Como objetivo geral tem-se a análise da estrutura do planejamento tributário da Apple segundo visões contrárias e favoráveis ao mesmo, bem como os principais argumentos de casa visão. Como objetivos específicos, demonstra-se a amplitude do planejamento tributário às mais diversas classes sociais segundo suas possibilidades para seguir à abordagem dos argumentos contrários e favoráveis ao planejamento tributário das multinacionais e, ao final, expor a estrutura tributária desenvolvida pela Apple para esquivar-se de tributos que do contrário seriam devidos ao redor do mundo.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, será demonstrado quais técnicas são utilizadas pela Apple em seu planejamento tributário e as consequências da adoção dessas medidas em relação aos custos fiscais da companhia, assim como os posicionamentos conflitantes em face do paradigma moral entre permitir a esquiva tributária das multinacionais e forçá-las a arcar com uma parcela justa dos custos dos Estados.

1 O dilema moral do planejamento tributário internacional: duas visões

Todos traçam planos. Todas as pessoas em algum momento da vida, seja para a tomada de uma decisão, seja para simplesmente fugir delas, de uma forma ou de outra criam planos pessoais para atingir algum objetivo desejado ou para escapar de uma situação indesejada.

Desde as mais simples atividades cotidianas, o homem pensa “o que comerei hoje”, “que lugares quero conhecer”, “que livros lerei” ou ainda “que profissão devo seguir”. Desde o mais rico ao mais pobre, as pessoas fazem planos pessoais. E dentre desses planos está por certo inclusa a pretensão que comumente têm as pessoas de reduzir seus custos visando ao máximo retorno, o famoso termo “custo/benefício”: “onde encontro o maior desconto” ou “como posso conseguir a maior satisfação”, questões tão caras sobretudo aos setores mais carentes da sociedade.

Foi Milton Friedman (1980), vencedor do prêmio Nobel de economia de 1976 quem sintetizou as quatro formas de se despender o dinheiro visando algum retorno. Em sua tabela, abaixo acostada, indica duas variáveis: a titularidade do dinheiro (seu ou de terceiros) e a destinação desse dinheiro (para si ou para terceiros).

Quanto à titularidade do dinheiro despendido, este pode pertencer a você ou a um terceiro; e quanto à destinação do dinheiro, este pode ser destinado em seu benefício ou em benefício de um terceiro. Por meio da conjugação dessas duas variáveis se obtêm quatro resultados: 1) alguém gasta seu dinheiro em seu próprio benefício; 2) alguém gasta seu dinheiro em benefício de terceiros; 3) alguém gasta dinheiro de terceiro em seu próprio benefício; e 4) alguém gasta dinheiro de terceiro em benefício de outros terceiro:

Whose Money is Spent	On Whom Money is Spent: Yourself	On Whom Money is Spent: Someone Else
Yours	Economize and seek highest value	Economize, but don't seek highest value
Someone Else's	Don't economize, but seek highest value	Don't economize and don't seek highest value

Figura A: as formas de gastar dinheiro (FRIEDMAN, 1980, p. 116)

Na primeira possibilidade, alguém gastaria seu próprio dinheiro em seu próprio benefício. Nessa situação, aquele alguém teria um grande incentivo para economizar ao máximo, pois seria ele a pagar a conta, e ao mesmo tempo teria um grande incentivo para buscar o melhor retorno, pois seria ele o beneficiário direto. Nessa situação verificar-se-ia a maior otimização da relação custo/benefício.

Na segunda possibilidade, alguém gastaria seu próprio dinheiro em benefício de terceiros. Nessa situação, aquela pessoa continuaria a despender seu próprio dinheiro, e portanto ainda teria o incentivo de buscar a máxima economia. Entretanto, mesmo considerando que esse alguém deseje efetivamente dar ao terceiro a maior satisfação possível, esta não poderia ser avaliada da mesma forma que o próprio terceiro avaliaria para si. Desse modo, prejudica-se a busca pelo maior retorno possível, embora permaneça a busca pela máxima economia.

A partir da terceira possibilidade as situações se invertem. Nessa situação, alguém passa a gastar dinheiro de terceiro em benefício próprio. Como o dinheiro não lhe pertence, aquele que o gastará não terá muito incentivo para economizar ao máximo, mas estará bastante interessado em receber a máxima satisfação pessoal do montante, independente do valor.

Na quarta e derradeira possibilidade, alguém se encarregará de gastar dinheiro de terceiro em benefício de outro terceiro. Nessa situação, o encarregado dificilmente se preocupará em entregar ao beneficiário aquilo que ele mais valorize, nem vai se preocupar com o efetivo gasto decorrente, pois nem será beneficiário nem será o pagador da operação. Nessa derradeira hipótese, a relação entre o "custo/benefício" fica mais desequilibrada que nas anteriores, pois nem há muita preocupação com o resultado final nem com o custo total despendido.

Essa tabela proposta por Milton Friedman (1980) serve de demonstrativo de como a eficiência no gasto financeiro decai conforme a figura do titular do crédito se afasta das figuras do administrador e do beneficiário. Entretanto, sendo a economia uma ciência social, esse tabelamento não pode ser tomado como absoluto, mas apenas tomado como representação do usual.

As pessoas fazem planos buscando melhor satisfazer algum desejo seu. Quando o titular do crédito se confunde com seu administrador e direto beneficiário do investimento a eficiência tende a ser otimizada. Diz-se tende pois por óbvio algumas pessoas podem desperdiçar seus bens em futilidades que não lhes beneficiem de forma alguma, como os pródigos, por exemplo.

Maximizar os ganhos cortando os custos é um dos pilares de qualquer planejamento financeiro, e sendo as exações tributárias os principais custos atrelados à atividade produtiva, por certo o planejamento tributário torna-se uma dar principais técnicas utilizadas tanto por indivíduos como por empresas.

Recentemente, as técnicas utilizadas por empresas, sobretudo multinacionais, têm causado algum desconforto entre a população geral, impulsionada pela mídia, sobretudo a partir da crise econômica de 2008, proporcionou ao público em geral algum conhecimento acerca de planejamentos tributários agressivos, capazes de drasticamente reduzir os custos fiscais de algumas atividades empresárias.

Embora em regra qualquer pessoa possa fazer certo planejamento tributário, na proporção de seu alcance pessoal, algumas empresas multinacionais, têm se aproveitado de seu maior potencial econômico para maximizar o alcance de seu planejamento tributário a níveis inconcebíveis a indivíduos ou mesmo a pequenas e médias empresas, o que tem gerado desconforto de parcela da opinião pública, sob argumento de que estas empresas estariam se esquivando da sua "parcela justa" (*fair share*) no custeamento do Estado (CORWIN, 2014).

A partir dessa compreensão, duas visões diferentes emergem para contestar o planejamento tributário agressivo sob argumento de que provocaria um desequilíbrio

financeiro aos Estados e prejudicaria a concorrência com empresas menores, incapazes de planejamento dessa envergadura, ou para justificá-lo, sob afirmação de que não haveria garantias de que esse dinheiro economizado seria melhor despendido pelas empresas que pelos Estados ineficientes. Ambos os argumentos serão expostos a seguir.

2 Argumento pró-governos: empresas têm o dever moral de retribuir a sociedade

Ao final da primeira década do século XXI, uma crise econômica acarretou diversas dificuldades tanto às empresas como aos governos. A crise iniciada no mercado financeiro norte-americano provocou um efeito cascata que acabou por atingir tanto a iniciativa privada como governos ao redor do mundo, e dentre estes sobretudo algumas potências europeias com avançados programas de bem-estar social.

Os custos de manutenção desses Estados assistencialistas por certo são superiores aos custos de um Estado gerencial, e, à chegada da crise de 2008, com a consequente falência de diversas empresas, redução das receitas de outras, e eventualmente a queda na arrecadação tributária culminaram na necessidade de se adotar políticas de austeridade para diminuir os gastos imediatos a fins de superar a crise no presente.

Atrelado a esse panorama político-econômico, e como reflexo da indignação social perante as políticas de austeridade (cuja necessidade ou adequação pode ser validamente questionável, embora não caiba ao presente estudo), a mídia tradicional passou a veicular com mais frequência a questão do planejamento tributário agressivo das multinacionais, assunto já há algum tempo debatido por especialistas técnicos e políticos, mas que apenas recentemente encontrou ambiente social propício à expansão do debate à população em geral:

> *The recent public outcry about the taxation on multinationals has certainly been marked by passion and emotion, and has reached a crescendo of late. Spurred in significant part by the financial crisis and ensuing austerity measures adopted in a number of European Capitals, there emerged a growing sense of outrage by the public about the role of large multinationals (particularly in the financial services industry) in triggering the crisis, and heightened awareness and increasing sense of indignation as to whether multinationals were paying their "fair share of tax"*[1] (CORWIN, 2014, p. 134-135; grifo no original).

Uma vez que uma população outrora acostumada a uma sólida prestação de serviços públicos e a um ambiente de bem-estar social e previdência eficientes passou a não mais

[1] "O recente clamor público acerca da tributação de multinacionais certamente é marcado pela paixão e emoção e tem crescido ultimamente. Impulsionado significativamente pela crise financeira e pelas consequentes políticas de austeridade adotadas por algumas capitais europeias, emergiu um crescente sentimento de revolta no público sobre o papel das grandes multinacionais (principalmente as do sistema financeiro) na causa da crise, e intensificado pela conscientização e pelo crescente senso de indignação sobre se as multinacionais estariam pagando sua 'parcela justa nos impostos'", em tradução livre.

dispor dos mesmos serviços anteriormente prestados e, retirada a proteção estatal, acabou por enfrentar a crise diretamente com a redução do seu poder de consumo e muitas vezes com a perda de seus empregos, percebe-se que a propagação de notícias de que empresas multinacionais estariam utilizando de esquemas elaborados para fugir dos impostos por certo não encontraram uma opinião pública favorável.

Eis portanto a primeira visão do dilema moral acerca do planejamento tributário de multinacionais: uma vez que empresas de grande porte têm recursos suficientes para esquivar-se da tributação, os gastos estatais acabam por recair principalmente sobre aquelas empresas de pequeno porte e aqueles indivíduos (principalmente estes) que não dispõem da mesma capacidade financeira necessária para realizar um planejamento tão eficiente e complexo. Estes, que não têm condições de se esquivarem, acabam onerados sobremaneira em virtude da esquiva daqueles que podem fazê-lo.

Esse sentimento de que os ricos deveriam contribuir com uma parcela maior não é recente. Na verdade já se encontra semelhante entendimento mesmo nas obras dos primeiros economistas, como se percebe no enxerto de J. C. L. de Simondi (1827, p. 155), no qual defende que os ricos deveriam contribuir com parcela superior à proporção de sua riqueza:

> *On voit d'après cela que toute la dépense que fait le riche, et qui ne peut pas se ranger sous les deux classes de denrées et de marchandises, ne paye aucun droit de consommation que, parmi les denrées, toutes celles qu''il consomme hors des villes, à la reserve du sel et des boissons, [...] ne payent aucun droit; que, parmi les marchandises, toutes celles qui sont manufacturées dans le pays, ne payent aucun droit; [...]. Même parmi celles qui sont soumises à la douane, [...] on les a soumises à des droits beaucoup plus légers, pour que la fraude ne les dérobat pas à l'impôt, ou, quand on a voulu les repousser, elles sont entrées par contrebande. Si l'on se donne la peine de récapituler les différentes parties du revenu du riche, qui sont ainsi soustraites à l'impôt, on trouvera que c'est tout au plus sur le dixième de sa dépense qu'il paye quelques droits de consommation: que ces droits s'élèvent toujours plus dans leur proportion avec les revenus, à mesure qu'on descend vers les classes plus indigentes, et que la plus malheureuse de toutes, celle des ouvriers manufacturiers, dont la dépense se compose presque uniquement de denrées achetées et introduites dans les villes, n'y échappe pour aucune partie de son revenu.*
> *[...] car elle équivaut à peu près à celle-ci, de dispenser presque de tout impôt tous les riches, et de ne lever les taxes que sur les pauvres. A plusieurs égards, ce serait rentrer dans l'ancien système féodal où le noble ne payait rien; [...] c'est qu'il suffirait de devenir riche pour être, par le fait même, dispensé de payer.* [2]

[2] "Vemos, diante disso, que todas as despesas feitas pelos ricos que não podem ser classificada como gênero alimentício ou mercadoria não pagam nenhum imposto de consumo, que, no que se refere aos gêneros alimentícios, todos aqueles que o rico consome fora das cidades, exceto sal e bebidas [...] não pagam nenhum imposto; que, referente às mercadorias, todas aquelas manufaturadas no país não pagam nenhum imposto [...]. Mesmo entre aquelas que estão sujeitas à aduana [...] as submetemos a impostos muito baixos para que a fraude não os levassem a se esquivar da cobrança, ou porque, quando se quis proibi-las, elas passaram a entrar como contrabando. Se nos dermos ao trabalho de recapitular as diferentes partes da renda do rico que foram isentas dos impostos veremos que ele paga imposto de consumo sobre no máximo um décimo do que consome: veremos que os impostos aumentam à proporção da renda à medida que descemos para as classes mais indigentes, e que a

(SISMONDI, 1827, p. 210-212).

A crítica feita por J. C. L. de Sismondi (1827) em pleno século XIX, recorda, também se aplicaria às sociedades feudais e, complementa-se, também se aplica ao cotidiano. Seja por influência política seja pela possibilidade econômica de desviar seus bens materiais e imateriais e países com regulação tributária mais benéfica, é recorrente na história que os ricos sempre encontram um meio de esquivar-se dos impostos enquanto aqueles menos abastados simplesmente não possuem condições de fazê-lo.

Essa circunstância concorre para o que José Casalta Nabais (2012) denomina "*apartheid* fiscal". Uma situação prejudicial à sociedade na qual justamente aqueles com maior capacidade econômica conseguiriam, de alguma forma dentro da legalidade, esquivar-se da tributação enquanto aqueles com menor capacidade não teriam poder para fazer o mesmo: "uma situação que acaba por onerar drasticamente os outros contribuintes, porque lhes impõe, para além do pagamento dos impostos que lhes cabem, uma carga fiscal maior resultante do montante dos impostos que os 'favorecidos' fiscais não suportam" (NABAIS, 2012, p. 454).

A crítica portanto é apenas reflexa ao planejamento tributário propriamente dito. Como se pôde demonstrar alhures, todos realizam alguma forma de planejamento. O cerne da questão não é o planejamento em si, vez que todos têm alguma possibilidade de fazê-lo em determinadas proporções, mas sim que a extrema eficiência de alguns planejamentos acaba por desviar o encargo econômico tributário àqueles que não podem se planejar com a mesma eficiência.

Por esse motivo, a crítica ao planejamento tributário agressivo das multinacionais, em suas mais diversas técnicas, não é direcionada ao planejamento em si mas à extrapolação do planejamento que seria "admissível". Isso quer dizer: deve haver um limite ao planejamento fiscal que não o impeça propriamente mas que lhe imponha diretrizes e balizas a fins de lhe tornar "menos eficiente" e permitir que as normas estatais locais consigam incidir sobre os rendimentos em um patamar razoável.

É bem aceita a nível internacional a ideia de se impor limites ao planejamento tributário internacional. Entretanto, isso é um esforço que somente pode ser tomado em conjunto, com a ação coordenada de diversos Estados e entidades supranacionais (MOTA,

---

mais infeliz de todas, a dos trabalhadores das fábricas, cuja despesa se compõe quase unicamente de gêneros alimentícios comprados nas cidades, não consegue livrar do imposto nenhuma parte da sua renda.
[...] Isto equivale mais ou menos a dispensar quase todos os impostos dos ricos e só tributar os pobres. Em vários aspectos, seria como reinstituir o antigo sistema feudal, em que o nobre não pagava nada; [...] bastaria ser rico para, apenas por isso, estar dispensado de pagar impostos", em tradução livre.

2011), como a Organização das Nações Unidas (ONU), ou, principalmente, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE ou OECD, em inglês).

De fato, esforços tomados unilateralmente por alguns países se mostraram insuficientes (NABAIS, 2007). Em uma análise sucinta basta perceber que a mitigação ao planejamento fiscal realizada por um país pode levar (e efetivamente leva) a uma verdadeira "diáspora" de empresas, principalmente aquelas que dispõem de maior lastro econômico para tanto, em direção aos países que não adotaram tais práticas limitadoras.

À semelhança do que ocorre no Brasil com a chamada "guerra fiscal" entre estados-membros, também ocorre uma competição tributária entre nações, na qual diversos países tentam criar em si um ambiente tributário favorável à captação de novas empresas que busquem reduzir seus encargos.

> *Business lobbies seek to put pressure on governments for support in the name of 'competitiveness' in many areas of international trade and investment. As a general rule, though, resources devoted to providing export subsidies or other support mean that an economy ends up producing less than otherwise, given the additional (distortionary) taxes that have to be levied on the rest of the economy to finance the support. [...] The forgone revenues have to be made up through higher taxes on the rest of the economy*.[3] (MATTHEWS, 2011, p. 8).

Muitos países têm suas economias baseadas unicamente do advento da receita de multinacionais que imigram para fins unicamente fiscais, muitas vezes não exercendo sequer qualquer atividade econômica no local, como no caso dos paraísos fiscais. Percebe-se que o conflito é bem mais complexo do que se poderia querer: alguns Estados deliberadamente criam ambientes fiscais favoráveis enquanto outros deles necessitam para a garantir a própria existência.

Essa situação pode ser solucionada segundo a teoria dos jogos. Em linhas gerais, essa teoria aponta que uma opção *a priori* mais vantajosa, dependendo da influência das ações de terceiros (outros "jogadores"), pode por isso tornar-se desvantajosa. Por exemplo: se entre as cidades A e B existem duas vias, uma delas (1) reta e bem pavimentada e outra (2) sinuosa e desmantelada. Pela via número 1 o tempo da viagem seria de uma hora, e pela via 2 seria de duas horas. A priori a via 1 parece mais vantajosa. Entretanto, muitos motoristas pensam dessa forma, de modo que a via 1 fica congestionada ao passo que a via 2 ainda estaria vazia. Se, em virtude do congestionamento, o tempo de viagem na via 1 passa de uma para três

[3] "Lobbies de corporações buscam pressionar os governos por benefícios em nome da 'competitividade' em diversas áreas do comércio e investimento internacionais. Em regra geral, ao contrário, os recursos destinados a fornecer subsídios à exportação ou outros benefícios acabam provocando uma produção menor que se poderia ter sem esses benefícios, porque impostos adicionais (que provocariam distorções) teriam de ser cobrados do restante da economia para financiar esses benefícios. [...] A receita abonada teria de ser recomposta por impostos maiores no restante da economia", em tradução livre.

horas enquanto o tempo de viagem da via 2 permanece de duas horas, esta via tornou-se mais vantajosa em virtude da consequência das ações de terceiros (congestionamento).

É semelhante a situação da competição tributária entre nações. Proporcionar exacerbados incentivos fiscais pode em um primeiro momento parecer vantajoso para esses países envolvidos "*but if everyone starts doing this, in the end the only result will be that all countries have less revenue*"[4] (AULT, 2013, p. 1201). É esse o problema que essa competição pode provocar. É essa a visão pró-governos.

3 Argumento pró-mercado: empresas empregariam o dinheiro melhor que governos

A segunda percepção acerca do planejamento tributário internacional parte de pressupostos diametralmente opostos à anteriormente abordada. Se aquela visão favorável aos governos argumenta que o planejamento tributário evade dinheiro que poderia vir a ingressar na receita pública e ser posteriormente utilizado para sustento de programas de bem-estar sociais, esta segunda visão questiona por que razão dever-se-ia acreditar que o governo empregaria esses recursos de forma mais benéfica que as multinacionais.

Uma vez que a integralidade das relações de mercado somente ocorrem mediante mútuo acordo, no qual ambas as partes voluntariamente aceitam negociar porque ambas se beneficiariam ("*double thank you*"), o lucro das corporações seria maior quanto maior fosse o número de consumidores beneficiados por essa troca mútua (ROTHBARD, 2012).

Essa percepção pró-mercado contradiz a ideia redistributiva embutida no argumento pró-governo. Dessa forma, as empresas não deveriam ter qualquer responsabilidade adicional no financiamento do Estado porque o lucro que eventualmente obteriam não seria uma espécie de regalo unilateral promovido pela sociedade em benefício da corporação, mas ao contrário, o lucro seria a consequência de uma eficiente prestação de bens e serviços às pessoas que de outro modo a eles não teriam acesso ou não teriam no mesmo grau de satisfação.

De fato, uma vez que os consumidores teriam escolhido voluntariamente a prestação de uma determinada empresa, estes seriam prejudicados caso essa possibilidade de escolha ou os termos propostos fossem prejudicialmente alterados, como facilmente poderia acarretar uma majoração tributária, com efeitos sobre os preços finais dos bens e serviços.

Além disso, as empresas, que enfrentam entre si concorrência pela preferência do consumidor, estariam mutuamente comprometidas a sempre melhorar os termos propostos por

[4] "mas se todos começarem a fazer isso, ao final o único resultado seria que todos os países teriam menos receita", em tradução livre.

seus serviços. O desenvolvimento de novas tecnologias, o barateamento dos custos de produção e a inclusão econômica das classes mais pobres, por exemplo, poderiam ser promovidas pelas próprias empresas como consequência da sua competição.

Segundo esse raciocínio, seria um dever moral das empresas realizar o planejamento tributário da forma mais eficiente possível, mas ainda dentro dos limites legais, pois com maior tributação da receita privada, menor a disponibilidade empresarial para aprimorar seus serviços e assim melhorar a qualidade do consumo ao passo em que haveria, por outro lado, maior disponibilidade de receita pública, cujo dispêndio seria sempre ineficiente.

A discussão acerca da ineficiência do gasto público se faz presente no Brasil, onde a baixa percepção do retorno administrativo da receita tributária tem provocado movimentos como o "dia da liberdade de impostos", além eventos como "gasolina sem impostos" e "cerveja sem impostos".

Ao passo em que pesquisas do Índice de Retorno do Bem-Estar já há algum tempo apontam o retorno tributário no Brasil como o mais ineficiente do mundo (IBPT, 2016, *online*), é preciso perceber que este sentimento não é exclusivo. Mesmo em países ditos "desenvolvidos" há questionamentos acerca da eficiência do gasto público e da ineficácia de suas medidas de contenção (CAVALCANTE; CABRAL, 2014).

De fato, uma vez que muito da receita pública é notoriamente desperdiçada tanto por meio da corrupção quanto pela própria ingerência da administração, não há muitos motivos para crer que as nações fariam bom uso da nova receita que adviria do combate ao planejamento fiscal agressivo. Em obra dedicada ao estudo da moralidade na tributação, Klaus Tipke (2012, p. 96-97) alerta:

> O que, entretanto, ocorre quando se passa da imparcialidade nos gastos para a desfaçatez na utilização despudorada de recursos públicos? [...] A Federação dos contribuintes tinha continuamente motivo de denunciar o desperdício de recursos públicos pelos políticos e autoridades. Desde 1974 publica ela anualmente um "livro negro do desperdício público". Por ele ficamos sabendo de planejamentos falidos, investimentos errados e aquisições falhas, "projetos sem sentido", construções públicas superfaturadas, até prisões de luxo, patrocínio oficial a partidos políticos, tendências a hipertrofias burocráticas, subvenções desnecessárias ou inoportunas, má gestão e "descasos financeiros". [...] Essa burocracia está impregnada de favoritismo e nepotismo, incompetência, corrupção, falta de responsabilidade e controles emperrados, é o que se noticia.

Em meio ao acalorado debate que passou a envolver setores sociais outrora desacostumados ao assunto de planejamento fiscal internacional, a tendência em momentos de crise é buscar soluções momentâneas. Nesse diapasão, o combate ao planejamento tributário agressivo parece uma opção pouco realista, vez que presume que poderiam os Estados

aumentarem a arrecadação imediatamente sem que houvesse consequências no futuro.

Segundo o argumento pró-mercado, deve-se antes repensar a eficiência dos gastos públicos antes de simplesmente conceder aos Estados ainda mais dinheiro quando a receita usual não é empreendida de forma inteligente e eficaz. É preciso encontrar o equilíbrio entre a conscientização dos gastos públicos e o planejamento tributário, sem deixar que posicionamentos ideológicos ofusquem a importância do debate técnico.

Deve-se atentar para a situação exposta por Klaus Tipke (2012, p. 97): "A sonegação fiscal é punível, a dissipação de recursos fiscais não". Ambas, em última análise, são duas faces do mesmo problema: enquanto a primeira reduz o montante absoluto de receita ingressa, a segunda reduz a capacidade de investimento relativa à eficiência do sistema. Esta é a visão pró-mercado do problema.

4 Estudo do caso Apple: as técnicas de planejamento *dual residence* e *transfer pricing*

O caso em análise trata da estrutura do planejamento tributário internacional utilizado pela "empresa" de tecnologia Apple. Fez-se uso das aspas porque e referida entidade na verdade é um grupo econômico composto por diversas empresas locais relativamente autônomas entre si.

Além de ser uma das maiores companhias do mundo, a Apple também deveria ser uma das maiores contribuintes. Entretanto, por meio de um planejamento tributário bastante simples mas muito engenhoso, a Apple conseguiu esquivar-se, entre os anos de 2009 e 2012, do pagamento de 44 (quarenta e quatro) bilhões de dólares que seriam devidos em *corporate income tax*[5] aos Estados Unidos, tributo este equivalente ao imposto de renda de pessoa jurídica cobrado no Brasil (TING, 2014).

Diz-se que esse montante tributário "seria" devido pois de fato nunca chegou a ser efetivamente devido. A essência do planejamento tributário agressivo operado pela Apple e por outras multinacionais é que, no sentido estritamente formal, essas estruturas estão dentro da legalidade. São formas engenhosas de evitar a incidência das regras tributárias dos países nos quais exercem suas atividades, sem violar as mesmas.

Entretanto, como foi demonstrado, o fato de estar estritamente dentro das formas legais não afasta por si só o dilema moral enfrentado pelos países e por seus cidadãos com a grande fuga de capital que poderia ser tributado. Enfrenta-se atualmente o desenvolvimento de um novo padrão para o direito tributário internacional, com influxos vindos do direito

[5] Imposto de renda de pessoa jurídica.

europeu tendentes a conferir certa juridicidade à "moral" ou ao "espírito da lei", o que resta evidente no seguinte trecho: "*such rule enables tax administrations and tax judges to not only take into account the black letter law, but also the spirit of the law, the intention of the legislator when the law was enacted*"[6] (HEMELS, 2016, p. 12, *online*).

Em virtude da crescente preocupação das camadas sociais com os planejamentos tributários das empresas, o caso da Apple acabou também ganhando repercussão não apenas perante o meio jurídico-econômico, mas inclusive perante a sociedade leiga.

O planejamento tributário da Apple fundamenta-se basicamente em duas técnicas: a tributação pela residência (*dual residence*) e o preço de transferência (*transfer pricing*). A combinação dessas técnicas permite às empresas que compõem o grupo serem consideradas residentes ou não residentes em um determinado país perante duas jurisdições distintas (*dual residence*) (OECD, 2014b) e realizar negócios jurídicos entre si com fins de transferir receita tributável em um país para protegê-la em outro com tributação mais favorável (*transfer pricing*) (OECD, 2014a).

Quanto à primeira técnica, a companhia utiliza-se de uma lacuna provocada na relação entre o direito norte-americano e o direito irlandês. Ocorre que nos Estados Unidos, as empresas são tributadas conforme o chamado "princípio da residência", a saber: empresas com sede administrativa naquele país são tributadas na totalidade de suas receitas independentemente do local onde fora realizada a atividade que originou a receita. Ao contrário, a Irlanda utiliza-se do chamado "princípio da fonte", segundo o qual são tributadas todas as atividades desenvolvidas naquele país independentemente do local de residência ou de nacionalidade da empresa (TING, 2014).

Percebe-se que ocorre um descasamento (*hybrid mismatch*) entre a qualidade jurídica de uma mesma empresa perante duas jurisdições diferentes. A mesma empresa, residente nos Estados Unidos e exercendo atividade também na Irlanda seria tributada tanto naquele em virtude de ser residente como neste em virtude de nele desenvolver atividade. Disso resultaria uma dupla tributação internacional resultante da legislação doméstica de cada país.

Enquanto essa primeira situação geraria uma dupla tributação internacional, a situação oposta provocaria uma dupla não-tributação internacional: uma empresa residente na Irlanda exercendo atividades nos Estados Unidos não seria por aquele tributada sobre atividades no exterior nem por este, uma vez que não é nele residente. Essa dupla não-tributação ocasionada pelo conflito negativo entre legislações domésticas também poderia

[6] "essa regra permite à administração tributária e aos juízes tributários não apenas levar em consideração a letra fria da lei, mas também o espírito da lei, a intenção do legislador quando a lei foi produzida", em tradução livre.

ocorrer em virtude de um tratado internacional, como por exemplo:

> [...] *an entity being a resident of a given State under that State's domestic law whilst, at the same time, being a resident of another State under a tax treaty concluded by the first State, thereby allowing that entity to benefit from the advantages applicable to residents under domestic law without being subject to reciprocal obligations*.[7] (OECD, 2014b, p. 81-82).

A Apple aproveitou-se dessa situação e estabeleceu três empresas na Irlanda: *Apple Operations International*, que viria a coordenar todas as atividades do grupo no mundo inteiro, *Apple Operations Europe* e *Apple Sales International*. À primeira foram transferidos os direitos de usufruto de sua propriedade intelectual, de modo que todas as atividades desenvolvidas pela Apple no mundo estariam sob controle de uma empresa residente na Irlanda, e que somente recolheria os tributos devidos referentes às atividades desenvolvidas naquele país. Todas as demais estariam livres da incidência da legislação irlandesa (TING, 2014).

Também não são tributadas nos Estados Unidos porque, como dito anteriormente, este tributa empresas administradas sob sua jurisdição, o que não é o caso. Dessa forma a Apple consegue esquivar-se tanto das normas tributárias tanto dos Estados Unidos como da Irlanda (TING, 2014).

Para complementar seu planejamento tributário, a Apple cumula essa técnica exposta, que apenas por si já se mostra extremamente eficiente eu seu propósito de esquivar-se da incidência tributária, com o chamado preço de transferência (*transfer pricing*), que é um método de repassar receitas entre diversas jurisdições com fins de deslocar a base tributável de um país com alta carga tributária a um país com ambiente fiscal mais favorável, como a Holanda, a Inglaterra, ou, no caso, a Irlanda (AVI-YONAH, 2014).

O preço de transferência é assim denominado o preço que é pago em uma relação entre empresas diversas mas pertencentes a um mesmo grupo econômico. Por exemplo, uma empresa B, estabelecida no Brasil pode adquirir produtos da fornecedora C, estabelecida em Cabo Verde, para revendê-los. Pode ocorrer de a fornecedora C e a revendedora B pertencerem a um mesmo grupo econômico G.

O cerne do preço de transferência é que ele permite utilizar-se dessas transações para transferir receita de uma empresa a outra do mesmo grupo econômico. Ainda conforme o exemplo, caso o produto adquirido pela empresa brasileira B custe normalmente cem reais

[7] "uma entidade sendo residente em um determinado Estado sob sua legislação doméstica enquanto, ao mesmo tempo, sendo residente em outro Estado segundo um tratado internacional firmado com o primeiro Estado, assim possibilitando que aquela entidade se beneficie das vantagens atribuídas aos residentes sob a legislação doméstica sem se comprometer com as respectivas contraprestações", em tradução livre.

mas a empresa cabo-verdiana o venda por cento e cinquenta reais, percebe-se que, além do preço habitual pelo produto em si houve uma transferência da receita da jurisdição B para a C para que seja posteriormente transferida ao grupo G.

À primeira vista pode parecer que transferir receita entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico seria como alguém transferir dinheiro do seu bolso esquerdo para o seu direito. Entretanto, ao se considerar uma alta tributação no "bolso esquerdo" transferi-lo ao "bolso direito" tornar-se-ia um nítido caso de planejamento tributário por meio de preço de transferência.

Em se tratando de bens intangíveis, como a propriedade intelectual ou produtos digitais, o preço de transferência é ainda mais eficiente uma vez que dispensa a movimentação física de produtos e restringe-se à cessão de uso por parte do fornecedor e ao pagamento do valor por parte do comprador (OECD, 2014a).

Dessa forma, a Apple é capaz de concentrar ainda mais sua receita nas empresas situadas na Irlanda, tornando ainda mais eficiente seu planejamento. Essa técnica ardil, pode ser encarada sob a ótica das duas visões anteriormente expostas: por um lado, percebe-se nítida esquiva fiscal da Apple e erosão da base tributável em diversos países do mundo. Por outro lado, pode-se argumentar que essa receita seria deteriorada pelos Estados eventualmente tributantes, ao passo que a Apple poderia dar-lhe destinação social maior.

Ambas as visões tem seus méritos mas servem a propósitos diferentes. A nível internacional, entretanto, o cerne atual do planejamento tributário, fomentado pela pressão popular quanto ao papel social das empresas, é como coordenar esforços entre diversos países para promover uma reforma no direito tributário internacional que favoreça a fiscalidade dos Estados.

Conclusão

Tratou o presente artigo do estudo do planejamento tributário e das contrárias concepções em torno de sua legitimidade utilizando como escopo a estrutura utilizada pela Apple. Verificou-se que a companhia utiliza-se de uma composição de duas técnicas de planejamento tributário, a *hybrid mismatch* e o *transfer pricing* para reduzir drasticamente sua base tributável.

A discussão acerca dos posicionamentos conflitantes sobre a possibilidade ou não de realização desse planejamento da Apple foi o tema geral do presente artigo. Como objetivos específicos abordou-se como ocorre o planejamento das pessoas em suas vidas particulares, demonstrando que todo indivíduo exerce de alguma forma um planejamento financeiro;

passou-se aos questionamentos acerca da legitimidade do planejamento tributário especificamente em relação às multinacionais, cuja maior disponibilidade econômica lhes permitem realizar arranjos mais eficientes; para, ao final, ser demonstrada, no estudo de caso, as técnicas manejadas pela Apple em sua estrutura destinada à esquiva tributária.

Demonstrou-se que o abuso das lacunas legislativas sobre critérios de residência de empresas (*dual residence*) e do preço de transferência (t*ransfer pricing*) entre empresas do mesmo grupo econômico controlado pela Apple. Foi abordado como essas atitudes tomadas pelas multinacionais para esquivar-se do pagamento de impostos reflete na opinião pública, sobretudo em períodos de crise em que a sociedade civil enfrente políticas de austeridade.

Referências

AULT, Hugh J.. Some reflections on the OECD and the sources of international tax principles. **Tax Notes International**, n. 12, v. 70, jun. 17 2013.

AVI-YONAH, Reuven S.. Just say no: corporate taxation and corporate social responsibility. **University of michigan Public Law Research Paper**, n. 402, apr., 2014.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto. **RDIET**, v. 9, n. 1, jan./jun., 2014.

CORWIN, Manal S. Sense and sensibility: the policy and politics of BEPS. **Tax Notes**, n. 5, v. 144, oct. 6 2014.

FRIEDMAN, Milton. **Free to chose:** a personal statement. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1980.

HEMELS, Sigrid. **Fairness and taxation in a globalized world**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2570750>. Acesso em: 13 abr. 2016.

IBPT (2015). **Cálculo do IRBES (Índice de Retorno do Bem-Estar à Sociedade): estudo sobre a carga tributária PIB x IDH**. Disponível em: <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/2171/IRBES2015.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.

MATTHEWS, Stephen. What is a “competitive” tax system? **OECD Taxation Working Papers**, n. 2, 2011.

MOTA, Raquel Gonçalves. A cooperação internacional na operacionalização do intercâmbio de informações fiscais. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (coords.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no quadro da integração europeia. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 15, n. 75, jul./ago., 2007.

_____. **Direito fiscal**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

OECD (2014). **Guidance on transfer pricing aspects of intangibles**. Paris: OECD Publishing, 2014a.

_____. **Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements**. Paris: OECD Publishing, 2014b.

ROTHBARD, Murray N. **Governo e mercado:** a economia da intervenção estatal. São Paulo: IMB, 2012.

SISMONDI, J. C. L. (Jean Charles Léonard de). **Nouveaux principes d'économie politique, ou de la richesse dans ses rapports avec la population**. 2. ed. Paris: Delaunay Libraire, 1827.

TING, Antony. iTax: Apple's international tax structure and the double non-taxation issue. **British Tax Review**, Oxford, n. 1, 20 mar. 2014.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.