

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

FLÁVIO COUTO BERNARDES

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

JOAQUIM FREITAS ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

D597

Direito tributário e financeiro [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Flávio Couto Bernardes; Joaquim Freitas Rocha; Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-480-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Contribuinte. 3. Tributos. 4. Obrigações.
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

Apresentação

Neste encontro internacional do CONPEDI, na Universidade do Minho, na cidade de Braga, Portugal, não poderíamos deixar de congregiar ideias, reflexões e mesmo aflições sobre a intervenção diária em nossa vida social do denominado tributo. Já se dizia há tempo, nas palavras de um juiz da corte Suprema americana, que ao se pagar tributo, compramos cidadania. Pergunta-se, seja no Brasil seja em Portugal, o preço não está a cima do desejável e a hipotética cidadania a ser alcançada não sofreria de verdadeira desnutrição ? A medida da tributação deveria corresponder a medida de satisfação social pelas ações estatais dela decorrentes. Não é que aparenta acontecer. Reclama-se aqui ou alhures sobre o peso pecuniário imposto pelo Estado a todos nós. Qual seria a medida justa ? Não há resposta fácil para uma pergunta cuja referência passa por uma apreciação, individual e, certamente, pessoal, do caráter da justiça da tributação. Quando idealiza-se e executa-se um encontro como este do CONPEDI, mormente com a conjugação de esforços e mentes de países irmãos na história e na linda língua portuguesa- nos deparamos com artigos centrados no tributo e nas finanças do Estado das mais variadas cepas e matizes. Mas um fato é incontroverso. Todos nós estamos imbuídos em discutir e pensar o direito tributário e financeiro na busca, incessante e frequentemente frustrante, do que poderíamos alunhar de éden ou utopia tributária. Baixa tributação, simplicidade na arrecadação e bom retorno nos serviços estatais. Isto não existe mas, como diziam os mais poetas, "sonhar é preciso".

Parabéns a todos que contribuíram com sua vontade e inteligência neste GT cujo encontro está marcado em nossa vida acadêmica.

Parabéns e nossos sinceros agradecimentos à Universidade do Minho em prestigiar evento tão importante a todos nós que vivenciamos a vida acadêmica do direito no Brasil.

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - UFMG

Prof. Dr. Joaquim Freitas Rocha - UMINHO

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UCP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CASO APPLE E A MANUTENÇÃO DE VALORES NO EXTERIOR PARA INVESTIMENTOS SEM PAGAMENTO DE TRIBUTOS: GOVERNANÇA CORPORATIVA VERSUS PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

APPLE CASE AND THE MAINTAINING OF SECURITIES ABROAD FOR INVESTMENTS WITHOUT PAYMENT OF TAXES: CORPORATE GOVERNANCE VERSUS TAX PLANNING

Maria De Fatima Ribeiro ¹
Lucas Pires Maciel ²

Resumo

Estuda-se o caso Apple e a manutenção de valores no exterior para investimentos sem pagamento de tributos. Assim, fala-se sobre planejamento tributário como forma lícita de diminuição da carga tributária. Ademais, a governança corporativa, com o fito de demonstrar que é forma de administração empresarial, com a finalidade de torná-la mais transparente e para atingir os interesses de todos os acionistas. Posteriormente, demonstrou-se que a Apple se utilizando de países com tributação diferenciada transfere valores arrecadados sem pagamento de tributos, causando perda de arrecadação para o governo dos Estados Unidos da América. Foi utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Governança corporativa, Planejamento tributário, Propósito negocial

Abstract/Resumen/Résumé

We study the Apple case and the maintenance of values abroad for investments without payment of taxes. Thus, we talk about tax planning as a legal way of reducing the tax burden. In addition, corporate governance, with the purpose of demonstrating that it is a form of business administration, with the purpose of making it more transparent and to reach the interests of all shareholders. Subsequently, it was demonstrated that Apple using countries with differentiated taxation transfers amounts collected without payment of taxes, causing loss of revenue to the United States government. The deductive method was used, with bibliographic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corporate governance, Tax planning, Business purpose

¹ Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP, Pós Doutora em Direito Tributário pela Universidade de Lisboa, Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, SP, Brasil.

² Mestrando em Direito na UNIMAR, SP. Especialista em Direito Tributário. Advogado e Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, SP.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo estudar o caso *Apple* e a manutenção de valores no exterior para investimentos sem pagamento de tributos, analisando a governança corporativa versus planejamento tributário.

Para tanto, será abordado o planejamento tributário como uma forma lícita de diminuição da carga tributária. É um mecanismo que visa na brecha da legislação ou na interpretação legislativa a possibilidade de pagar menos tributo.

Com o avanço da globalização, especialmente as grandes empresas transnacionais estão utilizando-se de mecanismos de planejamento tributário internacional, buscando países com tributação diferenciada, os chamados paraísos fiscais, ou com subtributação.

Isso, pois, as empresas ampliaram as suas atividades para além das divisas de seus países de origem, alcançando o mercado internacional, não havendo mais barreiras para os seus produtos e serviços, como é o caso de diversas multinacionais que fazem parte do cotidiano de diversas pessoas.

Ademais, é importante apresentar a governança corporativa, que surgiu nos Estados Unidos da América nos anos 1970, com a finalidade de otimizar o valor econômico das companhias em um longo prazo, em benefício para os acionistas, gestores e a coletividade.

Além do mais, é uma forma de administração da empresa, com a finalidade de torná-la mais transparente e para atingir os interesses de todos os acionistas, demonstrando que a governança corporativa serve como um controle para os gestores da empresa, para que sempre atue com ética, transparência e dentro das regras impostas pelo sistema.

Para isso, deve-se aliar a ideia do planejamento tributário, um direito-dever das empresas com as práticas éticas da governança corporativa.

Assim, importante demonstrar o caso propriamente dito, em que a *Apple* se utiliza de países com tributação diferenciada transfere os valores arrecadados sem pagamento de tributos, causando uma perda de arrecadação para o governo dos Estados Unidos da América, país de origem da empresa.

Necessário realizar um estudo acerca da forma como foi elaborado o planejamento tributário na empresa e se de alguma forma atendeu às exigências da governança corporativa.

Para elaboração do artigo foi utilizado o método dedutivo com pesquisas bibliográficas.

1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O planejamento tributário é uma medida que vem ganhando cada vez mais espaço dentro das organizações, especialmente em decorrência das últimas crises mundiais, em que houve um achatamento no lucro das empresas.

É um direito do contribuinte organizar seus negócios com o objetivo de reduzir os encargos tributários, desde que não ultrapasse os limites da legislação, através do planejamento tributário (elisão fiscal), com a redução lícita da carga tributária (RIBEIRO e BASSOLI, 2007, p. 133).

1.1 Conceito

Através do planejamento tributário objetiva-se a redução total da carga tributária, redução parcial da carga fiscal ou a postergação da referida carga tributária.

Segundo Luciano Amaro (AMARO, 2010, p. 259), que também diferencia os institutos:

O divisor de águas entre a evasão (ilegal) e a elisão parte realmente da consideração de que, na primeira, o indivíduo se utiliza de meios ilícitos para fugir ao pagamento de tributo, e, no segundo caso, trilharia caminhos lícitos. A diferença reside, portanto, na licitude ou ilicitude dos procedimentos ou dos instrumentos adotados pelo indivíduo; por isso é que se fala em evasão legal e evasão ilegal de tributo.

O Autor complementa (AMARO, 2010, p. 259):

O problema resvala, em última análise, para a apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma) utilizado. Se a forma não refletir o fato concreto, aí sim teremos campo para a desqualificação da forma jurídica adotada.

Com base no artigo 170 da Constituição Federal denota-se que a ordem econômica está fundamentada na livre iniciativa. Ainda nesse prisma verifica-se que a economia do Brasil incorpora o modelo capitalista na obtenção dos produtos e bens.

Assim, segundo André Luiz Carvalho Estrella (ESTRELLA, 2004, p. 115) aduz que é assegurado ao cidadão a liberdade na escolha e constituição de sua atividade, observadas as limitações legais e constitucionais, que impõem iguais oportunidades de acesso ao trabalho e uma leal competição do mercado.

É certo que a base do planejamento tributário está calcada na livre iniciativa e na legalidade, uma vez que os empresários tem o direito de realizar seus negócios de acordo com as formas que elejam, bem como não existindo norma jurídica que considere ilícito o negócio, cuja carga tributária seja menor que outro, é permitido ao empresário escolher, mesmo que isso seja motivado pela menor carga tributária. Por esse motivo, garante-se que ninguém é obrigado a recolher mais tributo quando pode recolher menos.

Nestes termos elucida Maria de Fátima Ribeiro (RIBEIRO, 2004, p. 555):

[...] planejamento tributário é a técnica de organização preventiva de negócios, visando uma legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos posteriormente praticados. Esta economia de tributos pode ser total ou parcial, reduzindo-se a carga tributária incidente sobre os negócios jurídicos celebrados ou diferindo-a no espaço durante o ciclo operacional.

De acordo com Heleno Tôrres (TÔRRES, 2001, p. 36-37), como resultado de um acelerado processo de globalização e integração de mercados internacionais, foi gerado um grande fluxo de riquezas e bens, exigindo do operador do direito uma atuação preventiva, analisando cuidadosamente as consequências fiscais dos negócios jurídicos que as pessoas pretendem desenvolver no mercado internacional. Neste sentido, o planejamento tributário é uma técnica de organização preventiva de negócios, que, objetiva trazer ao contribuinte uma legítima economia de tributos, utilizando-se de meios lícitos para tanto.

Trata-se de um plano de ação, vislumbrando todas as oportunidades oferecidas. De acordo com este autor (TÔRRES, 2001, p. 40):

[...] o planejamento tributário deve ser visto como um procedimento de interpretação do sistema de normas, visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, caracterizado pela otimização da conduta como forma de economia tributária, num agir voltado imediatamente para o sucesso, em termos pragmáticos.

O contribuinte possui o direito de economizar tributos, uma vez que ninguém é obrigado a buscar a via mais onerosa. Essa economia se dará através da eliminação ou redução do montante devido à título de tributos, quando o contribuinte opta por beneficiar-se de vantagens conferidas por lei. A partir do momento que o contribuinte se utiliza de meios não pretendidos pelo legislador, estará se deparando com práticas elisivas (BORGES, 2007, p. 55), ou mesmo elusivas ou da própria evasão tributária (planejamento ilícito).

Conforme Ricardo Lobo Tôrres (TÔRRES, 2012, p. 10), o contribuinte tem plena liberdade de conduzir seus negócios como lhe aprouver, sendo livre para optar pela estruturação de seus negócios e pela formatação de sua empresa de modo a lhe permitir economia do imposto.

Segundo Miquerlam Chaves Cavalcante (CAVALCANTE, 2016) uma correta estruturação societária e um bem planejado controle de custos são elementos indispensáveis para o sucesso empresarial. Se considerarmos que os tributos representam custos de significativo impacto no orçamento empresarial, verifica-se que as medidas para minimizar a carga tributária são de larga utilização pelas empresas e pelos contribuintes em geral.

Para Andrade Filho (ANDRADE FILHO, 2007, p. 728):

[...] planejamento tributário ou “elisão fiscal” envolve a escolha, entre alternativas válidas, de situações fáticas ou jurídicas que visem reduzir ou eliminar ônus tributários, sempre que isso for possível nos limites da ordem jurídica.

Veja-se que no caso brasileiro, o próprio legislador, ao tratar dos administradores de sociedades (Lei 6.404/76, artigos 153 e 154), previu que esses ajam da forma a atender aos objetivos da companhia, respeitada a função social da empresa e satisfeita as exigências do bem público. Ou seja, deve o administrador perseguir o aumento da renda e a diminuição dos custos operacionais, que aliado a um planejamento tributário bem elaborado, se torna possível. Essa concepção é aceita na maioria dos países.

Denomina-se planejamento tributário internacional, quando esta atividade se dirige a transações internacionais, envolvendo dois ou mais países. Ao decidir por operações transnacionais a empresa não leva em consideração apenas a questão da redução da carga tributária nas operações. Vários outros fatores são analisados e levados em conta, como a viabilidade do negócio, a disponibilidade de recursos, o acesso ao mercado e o seu potencial (ROHATGI, 2016).

Pode-se falar em planejamento tributário defensivo e ofensivo. Será defensivo quando o objetivo é evitar que o contribuinte pague a título de tributos quantias superiores às esperadas e efetivamente devidas. Por outro lado, aquele planejamento que visa primordialmente economizar tributos a qualquer custo, considerando a natureza tributária como principal motivação para prática de determinados atos é o chamado planejamento tributário ofensivo, agressivo (aggressive tax planning) (BORGES, 2007, p. 55).

Rodrigo Senne Capone e Marcos Aurélio Valadão (CAPONE e VALADÃO, 2016) complementam:

A reação dos países de forma concertada contra essas práticas foi materializada mais recentemente em um relatório da OCDE, elaborado por demanda do G-20, denominado Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros (BEPS), ou mais simplesmente relatório BEPS, editado no primeiro semestre de 2013, em que são analisadas as práticas abusivas comuns, os danos provocados às receitas tributárias dos países com tributação “normal”, e emitidas recomendações para um plano de ação global para atacar o BEPS e ações imediatas a serem tomadas pelas administrações tributárias, dentre as quais se destaca o combate ao planejamento tributário abusivo. Posteriormente, no segundo semestre de 2013, foi editado o plano de ação sobre BEPS, onde são propostas estratégias para atacar o problema.

Assim, o tema ganhou bastante repercussão mundial, especialmente em épocas de crise econômica, em que as empresas buscam cada vez mais meios para diminuir os custos e aumentar o seu faturamento.

1.2 Propósito Negocial

Não merecem guarida jurídica os planejamentos tributários que não estão calcados em um propósito negocial, ou seja, “sem as subjacentes razões fático-negociais que o permitam ou que o justifiquem”, conforme Miquerlam Chaves Cavalcante (CAVALCANTE, 2016).

Um determinado planejamento tributário que não tenha substrato de veracidade fática, ou seja, cujas medidas adotadas no campo jurídico-formal não possuam a menor repercussão na realização do objeto social proposto pela corporação, tal planejamento não encontra amparo na ordem constitucional atual (CAVALCANTE, 2016).

O supramencionado autor faz importante observação (CAVALCANTE, 2016):

Planejamentos cujo único e exclusivo objetivo seja a redução tributária ofendem princípios como, repita-se, a Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que priva o estado de recursos destinados a assegurar a existência digna de seus cidadãos.

No ordenamento infraconstitucional, destaca-se a previsão do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a

ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Assim, o ordenamento jurídico repudia os atos e negócios jurídicos adotados em planejamentos tributários que não encerram em si qualquer propósito negocial, ou seja, caso de um planejamento tributário puramente para economia tributária.

O propósito negocial não possui um conceito definido, contudo é definido por Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2014, p. 115-116) da seguinte forma:

Entende-se por “propósito negocial” o que os americanos chamam business purpose – expressão com a qual designam o propósito ou motivação que ordinariamente está presente, porque enseja a atividade empresarial. É o propósito ligado aos objetivos visados pela empresa, ou de algum modo ligados à sua atuação no mercado.

Assim, os atos ou negócios jurídicos praticados pelas empresas em geral teriam de estar ligados às suas finalidades, à sua atuação no mercado.

A ausência dessa ligação poderia ser acolhida pela autoridade da Administração Tributária como motivo para desconsiderar o ato ou negócio jurídico do qual resultasse a exclusão ou a redução de um tributo ou a postergação do prazo para seu pagamento.

As empresas teriam de desenvolver suas atividades sem qualquer influência dos tributos sobre suas decisões. Não poderiam optar por um negócio jurídico em vez de outro para evitar, reduzir ou postergar um tributo.

Ainda utilizando as palavras de Hugo de Brito Machado, acima expostas, e de Miquerlam Chaves Cavalcante (CAVALCANTE, 2016), o propósito negocial diz respeito, desta forma, à condução dos negócios da sociedade empresária segundo posturas previsíveis se considerado seu objeto social e sua atividade econômica tendente ao auferimento de lucros, obviamente de forma lícita.

Interessante estudo divulgado demonstrou que a jurisprudência administrativa atribui maior relevância a alguns elementos no julgamento da existência ou não de propósito negocial, segundo Luís Eduardo Schoueri (SCHOUERI, 2010, p. 19).

O primeiro deles é o tempo, ou seja, o lapso temporal entre as operações do tal planejamento tributário. Outro elemento que se sobressaiu na consideração dos julgadores administrativos refere-se à interdependência entre as partes envolvidas, ou seja, as operações ocorrem entre sociedades coligadas. Há ainda outro elemento que gera desconfiança dentre os julgadores, quando se de operações anormais, ou seja, que destoam da rotina empresarial da sociedade. Aqui, há uma maior probabilidade de que os motivos da transação sejam exclusivamente tributários (SCHOUERI, 2010, p. 19).

Assim, para que haja um planejamento tributário eficaz e efetivamente lícito, deve o aplicador observar o propósito negocial, com um viés de técnica e finalidade.

2 GOVERNANÇA CORPORATIVA

A despeito de ser um tema não diretamente ligado ao Direito, é extremamente importante na atualidade, estudar a governança corporativa, especialmente, pelo momento ético vivido no Brasil e no mundo.

A governança corporativa nasceu nos anos 1970 nos Estados Unidos da América, no caso *Watergate*. Nos anos 90 foi criado um Código para regulamentar a governança corporativa que previu a transparência, igualdade entre os sócios, entre outras questões. Em 2001 os países passaram a discutir mais profundamente o tema e houve uma mudança na Lei das Sociedades Anônimas, aqui no Brasil. Também, nesse ano, a BOVESPA criou um índice das empresas para venda das ações com base na sua governança corporativa. Seguindo essa linha a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) que fiscaliza as Sociedades Anônimas, também criou uma cartilha para as empresas seguirem acerca da governança corporativa.

Charles Hill e Garet Jones (HILL e JONES, 2013, p. 42) buscam um conceito para o tema em debate:

Por governança corporativa entende-se o conjunto de mecanismos que existe para garantir que os gestores seguirão as estratégias de interesse de um importante grupo de stakeholders, os acionistas. O capítulo se encerra com uma discussão sobre as implicações éticas das decisões estratégicas. Consideremos como os gestores podem garantir que suas decisões estejam fundamentadas em princípios sólidos, que tratem todos os stakeholders de uma maneira ética.

Os mesmos autores indicam que procedimentos de governança corporativa sólidos são necessários para garantir que os gestores sigam as normas éticas e especialmente que os gestores sêniores não ajam de maneira a buscar vantagens pessoais ou a manipular informações. Um ponto fundamental é um conselho de administração independente, que possua disposição para convocar os gestores de alto nível a prestar contas em casos de busca de vantagens pessoais e seja capaz de questionar as informações que lhes forem fornecidas por esses gestores. Se empresas como a *Tyco*, a *WorldCom* e a *Enron* tivessem um conselho de administração forte, seria improvável que tivessem sido abaladas mais tarde por escândalos

contábeis e os gestores de alto nível tivessem sido capazes de aniquilar os recursos dessas corporações como se fossem os próprios recursos pessoais (HILL e JONES, 2013, p. 77).

O IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa apresenta interessante conceito, que é de bom tom trazê-lo à baila:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas¹.

O Instituto orienta que as boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum².

Michael A. Hitt, R. Duane Ireland, Robert E. Hoskisson (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2014, p. 255-256) apresenta o seguinte conceito:

Governança corporativa é o conjunto de estratégias utilizadas para administrar a relação entre os acionistas e para determinar e controlar a direção estratégica e o desempenho das organizações. Em essência, a governança corporativa preocupa-se em identificar maneiras de garantir que as decisões (especialmente as estratégias) sejam tomadas de forma eficaz e que facilitem os esforços para atingir competitividade estratégica. Também pode se pensar na governança como meio de estabelecer e manter harmonia entre as partes (os proprietários e seus executivos de alto nível) cujos interesses podem ser conflitantes.

[...]

A governança corporativa foi enfatizada nos últimos anos em razão da aparente falha em seus mecanismos para monitorar e controlar adequadamente decisões de alta gerência. [...] Um segundo e mais positivo motivo para esse interesse é oriundo de evidências de que um sistema de governança corporativa funcionando bem pode criar vantagem competitiva para uma empresa individual.

André Carvalho da Silva (SILVA, 2005, p. 15) destaca que, em 1992, foi elaborado o primeiro Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. Neste e em outros códigos desse tipo, os principais objetivos e princípios básicos verbalizados são:

a) transparência - publicizar todas as decisões mais importantes; b) equidade;

¹ Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>, acesso em 21/10/2016, às 16 horas.

² Op. cit.

c) prestação de contas com responsabilidade; d) respeito ao cumprimento das leis ou responsabilidade corporativa (Compliance).

A Governança Corporativa tem razão de existir, especialmente pelo fato de que as sociedades anônimas de capital aberto podem ter como acionistas pessoas "leigas" no mercado, e, por isso, tem que haver um mecanismo de proteção, para evitar arbitrariedades ou desvios de finalidade.

Por esse motivo, Charles Hill e Garet Jones (HILL e JONES, 2013, p. 51) obtêm que nas empresas com ações em bolsa, acionistas delegam o trabalho de controlar e escolher as estratégias da empresa a gestores profissionais, que se tornam os representantes legais dos acionistas. Em sendo representantes dos acionistas, os gestores devem seguir as estratégias que maximizem o retorno de longo prazo dos acionistas (sujeitos à restrição de que eles devem fazer isso de maneira tanto legal quanto ética).

Ainda seguindo as linhas mestras dos autores mencionados, o propósito da governança corporativa é diminuir o escopo e a frequência do problema de representação, ou seja, ajudar a garantir que os representantes ajam de maneira consistente com os interesses de seus representados (HILL e JONES, 2013, p. 51).

Os autores Michael A. Hitt, R. Duane Ireland, Robert E. Hoskisson (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2014, p. 255-256) indicam três mecanismos internos de governança e um externo são usualmente utilizados nas empresas modernas, quais sejam, (1) a concentração da propriedade, representada por tipos de acionistas e seus diferentes incentivos para monitorar os gerentes de alto nível; (2) a diretoria; e (3) a remuneração dos executivos.

Os autores auxiliam o intérprete no entendimento desses itens. O primeiro tópico acima exposto diz respeito ao fato de que o gestor deve se especializar na administração da empresa na tomada de decisões, para que a empresa não fique restrita à capacidade de seus proprietários, ficando ao bel prazer de suas decisões. Ademais, quando os grandes acionistas tem alto grau de riqueza, certamente terão poder em relação aos acionistas minoritários para extrair mais riquezas da empresa.

No ponto 2 o controle surge exatamente no fato de que a diretoria eleita ter o papel de fiscalizar os gerentes de alto nível, com o papel de direcionar os negócios da organização e punir ou recompensar os gerentes de alto nível.

O terceiro ponto tem aspecto relevante, uma vez que busca alinhar os interesses dos gerentes de alto nível e proprietários por meio de salários, bônus e remuneração de incentivo de longo prazo, como concessões e opções de compra de ações. Desta feita, planos

de remunerações de incentivo feitas de forma correta irão aumentar o valor de uma empresa alinhada com as expectativas dos acionistas (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2014, p. 255-262-267).

Se utilizadas com eficácia essas três estratégias de governança interna pode haver uma contribuição altamente positiva para que a empresa opere e sirva aos interesses dos acionistas da melhor forma.

Por fim, é importante a observância do mecanismo externo, que é feito pelo mercado, ocasião em que os indivíduos e as organizações que adquirem participações acionárias ou assumem controle de corporações potencialmente subvalorizadas a fim de que possam constituir novas divisões em empresas diversificadas estabelecidas ou unir duas delas. Neste sentido, quando os executivos das empresas tiveram um mau desempenho, eles podem ser trocados, o que denota que o mercado quando age controlando de forma eficaz garante uma punição a gerentes de alto nível ineficazes (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2014, p. 269).

O tema é de tamanha importância que atualmente existe a discussão acerca da existência de uma governança corporativa internacional. Isso, pois, a globalização do comércio, investimento e mercados de capital aberto aumenta o valor em tese das empresas globais. Assim, por esse motivo, Michael A. Hitt, R. Duane Ireland, Robert E. Hoskisson (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2014, p. 271-272) criticam a variação existente atualmente nos mais diversos países, o que faz com que a empresa deva adequar-se às essas mais variadas regras para ter uma maior eficiência no país que deseja expandir seus negócios.

Assim, dever-se-ia ter uma estrutura de governança corporativa mais padronizada, para evitar esse tipo de distorção, criando assim um ambiente mais equilibrado mundialmente para a prática da governança corporativa, servindo como uma cartilha de boas práticas para todas as companhias.

Ainda sobre o tema governança corporativa, é bom mencionar a Lei Anticorrupção, que entrou em vigor por meio da Lei nº 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, dá um novo passo para incrementar a importância acerca do tema.

Com efeito, estabelece a implantação da Governança Corporativa como fator atenuante à aplicação de sanções administrativas por ela previstas, conforme inscrito em seu inciso VIII do artigo 7º:

Art. 7º - Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

[...]

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

O dispositivo legal, desta forma, faz clara menção àquelas empresas que adotam a governança corporativa, bem como explicitamente a importância das empresas realizarem auditorias, como forma de simplificação das sanções às empresas corruptas e atingidas pela lei mencionada. Esses meios demonstram que a empresa age de forma transparente e, com isso, levam a uma diminuição em eventuais sanções.

Outro exemplo de prática positiva é a elaboração de balanço social, que seria uma forma de elucidar as práticas da governança corporativa, demonstrando os meios sociais aplicados pela organização durante o exercício.

Assim, pode-se inferir que a disseminação nas empresas dos conceitos de governança corporativa são fundamentais para a prevenção de condutas inadequadas e para o desenvolvimento e a perenidade das empresas no mercado (MAEDA, 2013, p. 167):

Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas.

A Lei Anticorrupção busca estimular o ambiente empresarial sustentável por intermédio da coibição de condutas que favoreçam atos de corrupção capazes de alterar de forma artificial a celebração de negócios privados, por meio do aprisionamento dos agentes públicos mediante oferta de benefícios indevidos em troca de vantagens injustificáveis (RIBEIRO e DINIZ, 2016).

Ademais, as empresas com ações em bolsa de valores são obrigadas a apresentar relatórios, além de apresentarem auditorias feitas por empresas independentes.

Diante disso, a governança corporativa é uma realidade para as empresas e deve ser observada, especialmente pelas sociedades anônimas de capital aberto.

3 CASO APPLE

No início de 2013, a estrutura criada pela *Apple* chamou a atenção, pelo fato de ter criado uma economia tributária de bilhões de dólares. Trata-se de uma estratégia que

utiliza a legislação da Irlanda para pagar menos tributos. Essa manobra da *Apple* foi chamada de Planejamento Tributário Internacional Abusivo.

3.1 Estrutura do caso Apple

O caso *Apple* consiste em planejamento tributário internacional entre dois países europeus (Irlanda e Holanda) a fim de obter vantagens fiscais, por meio das seguintes manobras estruturais:

a) Se a venda de um produto da *Apple* ocorre nos Estados Unidos da América, o dinheiro é pago a uma subsidiária irlandesa como *royalties* sobre as patentes da empresa, de modo que não ocorre a tributação de aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) sobre a renda no país de origem; a subsidiária irlandesa, por sua vez, fica livre de tributos, pois a sua controlada situa-se em paraíso fiscal;

b) Se a venda ocorre fora dos Estados Unidos da América, o dinheiro é transferido a uma segunda subsidiária irlandesa que, por sua vez, remete dividendos para outra subsidiária na Holanda, onde não ocorre a tributação (uma vez que a operação ocorre dentro do bloco da União Europeia). Esta, então, transfere o dinheiro a outra subsidiária irlandesa, cuja *holding* está em paraíso fiscal, de modo a subtributar os rendimentos.

O arranjo necessita de uma empresa americana, que cria duas subsidiárias, ambas na Irlanda. A primeira empresa subsidiária é subsidiária direta da empresa americana, organizada de acordo com as leis irlandesas, mas é administrada e controlada nas Bermudas.

Poderia ser administrada e controlada em qualquer outro país, mas para que o arranjo proporcione uma economia ainda maior, a escolha decai sempre em uma jurisdição com baixas alíquotas ou sem tributação da renda. No caso das Bermudas não existe tributação de renda das empresas.

Já a segunda empresa subsidiária pertence à primeira empresa subsidiária, e é organizada, administrada e controlada na própria Irlanda. Então são ao todo três empresas, sendo uma americana, uma irlandesa, mas, repita-se, o seu controle e administração é feito de outro país, qual seja Bermudas. A última é irlandesa e é controlada e administrada na própria Irlanda (CAPONE e VALADÃO, 2016).

Assim, com essa estrutura a *Apple* deixa de pagar muitos milhares de dólares em tributos para os Estados Unidos da América.

3.2 Consequências do Caso Apple

Empresas como *Apple*, *General Electric*, *Pfizer*, *Microsoft* e outras, das 500 (quinhentas) maiores empresas do mundo foram identificadas como mantenedoras de cerca de US\$ 2 (dois) trilhões de dólares de lucros em paraísos fiscais, evitando, assim, o pagamento de tributos nos Estados Unidos da América. Os dados foram divulgados pela agência Reuters, causando grande impacto no público norte-americano. O mesmo estudo registra que se os lucros fossem repatriados de jurisdições como Luxemburgo, Holanda, Bermuda e Irlanda, acrescentariam cerca de US\$ 620 (seiscentos e vinte) bilhões de dólares em receita de tributos ao Tesouro americano, segundo a revista *Fortune*³.

Esse tipo de planejamento tributário internacional causa:

Estados prejudicados: queda de arrecadação e enfraquecimento da integridade do sistema tributário mundial;
Contribuintes nacionais prejudicados: empresas com maior capacidade contributiva se deslocam para outras jurisdições com baixa ou nenhuma tributação, ficando os contribuintes nacionais com uma maior fatia da carga tributária;
Ambiente de negócios prejudicados: vantagem pela não tributação e não pelo aumento de produtividade;
Sociedade prejudicada (aumento do desemprego): quando se estabelecem regras mais vantajosas para que as empresas se situem no exterior e não no país de origem⁴.

Por esse cenário, os ministros das finanças dos países do G-20 requisitaram o auxílio da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para desenvolver um plano de ação, que foi denominado *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*, em português “Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros”.

O Caso *Apple*, nos termos do publicado no Valor Econômico do dia 30 de agosto de 2016:

Apple deve pagar 13 bilhões de euros em impostos, mais juros, à Irlanda depois de a União Europeia (UE) apontar que a empresa recebeu benefícios fiscais ilegais por 11 anos.
A comissária de Concorrência da UE, Margrethe Vestager, disse que uma investigação de três anos mostrou que a Irlanda concedeu vantagens fiscais

³ Disponível em <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2016/ii-seminario-carf-de-direito-tributario-3/ii-seminario-carf-9-d-aloisio-almeida-o-projeto-beps-e-o-agressive-tax-planning.pdf>>, acesso em 21/10/2016, às 18 horas.

⁴ Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/02/26/apresentacao-de-iagaro-jung-martins>>, acesso em 24/10/2016, às 20 horas.

para a *Apple* que fez com que a taxa de imposto corporativa efetiva sobre seus lucros na Europa caísse de 1% em 2003 para 0,0005% em 2014. Esse percentual significa que, a cada 1 milhão de euros em lucro, a *Apple* pagava apenas 50 euros em impostos, disse a comissão em coletiva de imprensa. "Os Estados-membros não podem dar benefícios fiscais para companhias selecionadas - isto é ilegal sob as regras da União Europeia", sustentou. "A Irlanda deve recuperar os impostos não pagos pela nos anos de 2003 a 2014", acrescentou⁵.

Diante desse quadro, os países que se sentem prejudicados tem tomado medidas para tentar minimizar as consequências dessas medidas adotadas pelas empresas.

Exemplo disso foi o que ocorreu com a fusão entre a *Pfizer Inc.* e a *Allergan*, que foi dissolvido em decorrência de uma postura mais enérgica dos Estados Unidos da América, no que toca ao impedimento de realização de planejamentos tributários, com o único fito de pagar menor carga tributária. Veja a notícia publicada:

O acordo de fusão de US\$ 160 bilhões se dissolveu entre a *Pfizer Inc.* e a *Allergan PLC*, devido às medidas tomadas pelo governo americano contra as fusões de empresas impulsionadas por razões fiscais.

As duas farmacêuticas buscam agir rapidamente para superar a dissolução do acordo, cancelado após o governo americano ter tomado medidas contra a fusão, a qual teria transferido a jurisdição fiscal da *Pfizer* dos Estados Unidos para a Irlanda, onde a farmacêutica americana pagaria menos impostos.

A *Pfizer*, que tem sede em Nova York, vai pagar à *Allergan* US\$ 150 milhões pelo cancelamento. A multa é relativamente pequena dado o valor de mercado da *Pfizer*, de cerca de US\$ 200 bilhões⁶.

Diante disso, o cenário global passa por um momento delicado em relação ao tema, principalmente em decorrência do Caso *Apple* e os Estados tem firmado um estudo para banir esse tipo de medida, em união com a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

3.3 Caso *Apple*, a governança corporativa versus planejamento tributário

Como preceito da boa prática de governança corporativa o planejamento estratégico (e, por consequência, o planejamento tributário como parte integrante) deve ser um processo de cooperação entre a diretoria e o conselho de administração. Primariamente,

⁵ Disponibilizado no site <<http://www.valor.com.br/empresas/4692239/apple-deve-pagar-13-bilhoes-de-euros-em-impostos-irlanda-diz-ue>>, acesso em 22 de outubro de 2016, às 20 horas.

⁶ Disponibilizado no site <<https://br.noticias.yahoo.com/pfizer-desiste-comprar-allergan-160-bilh%C3%B5es-d%C3%B3lares-160947309--finance.html>>, acesso em 22 de outubro de 2016, às 20 horas.

cabe à diretoria desenvolver, por vezes com a ajuda de consultores externos, propostas, inclusive de planejamento tributário, que devem ser analisadas, avaliadas, criticadas e finalmente aprovadas pelo conselho, que se torna assim corresponsável pelo projeto.

Os planejamentos tributários são mecanismos corretos, permitidos e cada vez mais necessários para as organizações, haja vista que, a busca pelo menor preço de venda do produto, diante de um mercado consumidor cada vez mais exigente, com uma *Internet* mais globalizada e acessível a todos mundialmente, um produto produzido na China, muitas vezes custa menos do que um produto produzido no próprio Brasil.

E essa situação está intimamente ligada com a carga tributária dos produtos, especialmente no Brasil que tem a maior parte da carga tributária ligada aos tributos indiretos.

Desta feita, realizar planejamento tributário deixou de ser algo adstrito à grandes empresas, ou empresas multinacionais e passou a ser realidade para a maioria das empresas que quer concorrer com seus produtos e serviços.

Porém, é de extrema necessidade que os planejamentos tributários sejam realizados de forma lícita, em obediência à governança tributária, com o fito de diminuir carga tributária, sem prejudicar a transparência, a ética e os acionistas. A realização de planejamento tributário é necessidade, mas com cautela e dentro da legalidade.

CONCLUSÃO

O planejamento tributário é um mecanismo que objetiva economia tributária de forma lícita.

Com a globalização as empresas tem visto a necessidade de realizar estudos tributários em busca de uma menor carga tributária, objetivando países que possuam uma carga tributária menor.

A Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas.

Uma das atividades da governança corporativa é criar formas de organização para as empresas, para criar mecanismos para dar transparência empresarial. A realização de planejamento tributário é considerada como uma das formas de governança corporativa, desde que feita de forma lícita, o que é bastante discutível em várias situações, principalmente quando prejudica os países de origem.

É função do administrador buscar meios de pagar menos tributos, conforme a Lei das Sociedades Anônimas.

O planejamento tributário internacional vem sendo muito utilizado por diversas empresas americanas, em especial as que comercializam *softwares*, e é praticado por gigantes da área de *softwares* e tecnologia da informação que tem origem nos Estados Unidos da América (*Google, Apple* etc.).

Trata-se de uma forma lícita de economia de tributos, uma vez que quem o utilizar estará se valendo de autorizações legislativas, de direito privado e tributário. Se não fizer de forma lícita será considerado evasão fiscal.

Há uma mobilização internacional para evitar essas práticas, como visto no Relatório da *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting*, em português “Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros”, uma vez que tem causado prejuízos bilionários anualmente aos cofres das maiores economias do mundo.

Diante dessas pressões, a Irlanda obrigou a *Apple* a pagar o valor de treze bilhões de euros em tributos, mais juros, depois de a União Europeia (UE) apontar que a empresa recebeu benefícios fiscais ilegais por onze anos.

As organizações não devem deixar de realizar planejamento tributário, mas devem ficar atentas pela utilização de mecanismos lícitos e transparentes, ou seja, com demonstração clara do propósito negocial, não ficando apenas limitada a economia tributária, simplesmente.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. São Paulo: Atlas, 2007.

BORGES, Antônio de Moura. *Noções de Direito Tributário Internacional*. Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, n. 26, p.55-91, mar. 2007.

CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*, disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08>>, acesso em 31.out.2016, às 20horas.

CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *A norma anti-elisão revisitada: artigo 116, parágrafo único, CTN*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

HILL, Charles. JONES, Garet. *O essencial da administração estratégica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica*. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAEDA, Bruno Carneiro. *Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais*. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>, acesso em 20.out.2016, às 22 horas.

RIBEIRO, Maria de Fátima; BASSOLI, Marlene Kempfer. *Planejamento Tributário e o valor jurídico da solidariedade*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de, (Coord.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007.

_____. *Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROHATGI, Roy. Apud CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*, disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08>>, acesso em 31.out.2016, às 20horas.

SILVA, André Luiz Carvalhal da. *Governança corporativa e decisões financeiras no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.