

**GOVERNANÇA CORPORATIVA X PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: UMA
ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DA APPLE NA IRLANDA**
*CORPORATE GOVERNANCE X TAX PLANNING: AN ANALYSIS OF APPLE'S FISCAL
BENEFITS IN IRELAND*

Emerson Ademir Borges de Oliveira*
Marcela Moura Castro Jacob**

RESUMO: O presente ensaio tem o propósito de analisar a conduta do Conselho Administrativo da Apple, em especial no tocante aos elementos de ética e transparência perante acionistas e o mercado financeiro, bem como a adequação a boas práticas de governança corporativa, em razão de arranjo legal propiciado pelo governo irlandês no tocante à tributação do lucro com alíquota perto de zero. Diante de um benefício fiscal, a empresa passou a considerar como local de lucratividade o território irlandês, de forma a gozar de melhores condições financeiras, sob a alegação de que, na verdade, tratava-se de forma lícita de planejamento tributário. A prática levou o Tribunal de Justiça Europeu a condenar a empresa ao pagamento de 13 bilhões de euros ao próprio governo da Irlanda, de forma a desestimular a empresa e retirar o atrativo no tocante a outras empresas, em prejuízo dos demais países europeus. Apesar da forma aparentemente lícita, há discussões acerca dos limites entre o planejamento tributário e a elisão tributária em confronto com práticas de governança, transparência e ética de mercado, as quais trazemos para a análise. A pesquisa parte de uma análise bibliográfica, de cunho dedutivo e analítico, ponderando os aspectos práticos do caso com a apreciação doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Governança corporativa; planejamento tributário; Apple; Irlanda; paraíso fiscal.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to analyze the conduct of the Apple Board of Directors, especially with regard to the elements of ethics and transparency towards shareholders and the financial market, as well as the adequacy to good corporate governance practices, due to the legal arrangement provided by the Irish government regarding taxation of profit at a rate close to zero. Faced with a tax benefit, the company started to consider Irish territory as a place of profitability, in order to enjoy better financial conditions, under the allegation that, in fact, it was a lawful form of tax planning. The practice led the European Court of Justice to order the company to pay 13 billion euros to the Irish government itself,

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

** Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Professora de Direito Processual Civil e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Estado de Minas Gerais. Advogada.

in order to discourage the company and remove the attraction with respect to other companies, to the detriment of other European countries. Despite the apparently lawful form, there are discussions about the limits between tax planning and tax avoidance in comparison with governance practices, transparency and market ethics, which we bring to the analysis. The research starts from a bibliographic analysis, of a deductive and analytical nature, weighing the practical aspects of the case with the doctrinal and jurisprudential appreciation

KEY-WORDS: Corporate governance; tax planning; Apple; Ireland; tax haven.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade e o estabelecimento de parâmetros para a conduta empresarial é uma máxima do mercado financeiro atual, propulsionada, em grande parte, pela necessidade de ética e transparência nos negócios, aliadas ao combate a fraudes, em prejuízo de investidores, consumidores e da sociedade de uma maneira geral.

A governança corporativa constitui um conjunto de práticas aplicadas à gestão empresarial com o objetivo de garantir transparência e transmitir confiança aos investidores no mercado de ações para que apliquem seu capital, tornando-se acionistas. Isso porque é preciso distinguir no mercado de capital os conceitos de propriedade e gestão - condição necessária às empresas de capital aberto, visto que a “propriedade” se modifica à medida em que acionistas entram e deixam a sociedade. Já a gestão busca implementar métodos de trabalho e fiscalização não só para garantia do desenvolvimento econômico da companhia como também para a própria atração de investimentos, com sua conseqüente valorização no mercado.

Se governança corporativa está inserida em um contexto de valorização da empresa aos olhos do mercado, também abrange a busca por maior lucratividade conquistada através da diminuição do custo empresarial, ou, noutras palavras, de uma gestão mais eficiente. Entre esses custos, estão as despesas com pagamentos de tributos.

O planejamento tributário é uma forma lícita de diminuição da incidência de tributos. Trata-se de técnica que busca se antecipar ao fato gerador do tributo e, através do correto planejamento, atento às brechas nas legislações existentes, ou escolha do melhor regime tributário aplicado ao caso concreto, alcança um resultado de menor custo para a empresa. Sendo uma forma lícita de economia de impostos, o planejamento tributário é um direito da empresa ao mesmo tempo em que é um dever dos administradores, já que devem sempre visar o desenvolvimento e crescimento da companhia em sua forma de boa gestão.

Assim, o planejamento tributário, dentro de seus limites de licitude, está intrínseco nos conceitos de governança corporativa, desde que mantida a atenção aos princípios de ética e transparência que regem a boa governança.

Mas há aqui uma fina linha.

A polêmica sob análise foi instaurada diante dos benefícios tributários concedidos pelo governo irlandês à Apple. Com a atrativa carga tributária próxima de zero, com alíquotas ínfimas, a Irlanda consagrou-se enquanto paraíso fiscal para empresas de tecnologia. Os benefícios irlandeses para a Apple, além de não serem equânimes a outras empresas do ramo, estabeleciam-se como muito mais atrativos do que outros países europeus, o que fez gerar a compreensão de uma concorrência desleal para atrair investimentos a seu território, inclusive com renúncias fiscais que extrapolavam o imposto justo e devido, algo que os demais membros da União Europeia não poderiam oferecer.

Dessa forma, cabe ponderar se a escolha de territorialidade feita pela Apple ao estabelecer sede na Irlanda com vista a economizar tributos trata-se realmente de legítimo planejamento tributário, bem como se a forma como os administradores da companhia agiram nesse caso concreto estão em acordo com as práticas de governança corporativa.

Portanto, esse trabalho tem o objetivo de, a partir de uma ponderação entre a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e o *case* em questão, utilizando-se do método dedutivo e do procedimento analítico, analisar a governança corporativa e o planejamento tributário como valores opostos quando aplicados ao caso prático dos benefícios fiscais concedidos à Apple pelo governo da Irlanda.

2. GOVERNANÇA CORPORATIVA

Governança corporativa é uma forma de administração de organizações, baseada nos princípios de ética e transparência. Seu objetivo é aumentar o valor econômico das companhias. A governança corporativa é uma realidade para as companhias que pretendem obter maior credibilidade, demonstrando transparência, profissionalismo e eficiência nas suas relações empresariais.

O conceito de “governança corporativa” é mais restrito do que o de “governança” ou “capacidade governativa”. Enquanto a governança “é definida como uma forma pela qual o Poder é exercido na administração da economia e recursos sociais de um país com vistas à

gestão do desenvolvimento” (THE WORLD BANK, 1992, p. 1), a governança corporativa aplica-lhe, com algumas nuances diferenciadas, no seio das empresas.

Consoante a Comissão de Valores Mobiliários, “Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital” (CVM, 2002, p.1).

Mais específico, segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2015, p.20), a “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 interessadas”.

Em comum com a governança, seu viés corporativo pugna pela eficiência administrativa. Trata-se de método de administração que prima pela racionalização, participação e transparência das companhias. Não se trata de um fim em si mesmo, mas uma estratégia para angariar confiança do mercado e integridade nos negócios, essencial para adquirir capital para investimentos a longo prazo (OECD, 2015, p. 3).

O deslocamento do paradigma que conduz à governança corporativa trata da integração entre as partes, interessadas ou afetadas direta ou indiretamente, com a corporação empresarial, exigindo responsabilidade e profissionalismo na condução desta.

No contexto da governança corporativa não basta que as decisões sejam informadas, mas também fruto de profunda reflexão, da análise do perfil de risco, de critérios éticos e, sobretudo, passíveis de terem suas razões analisadas pelos interessados.

Além da transparência, consistente na disponibilização ampla de informações, a governança corporativa é caracterizada por um tratamento isonômico entre todos os interessados, um processo claro de *accountability* e responsabilidade corporativa, em especial para viabilizar econômico-financeiramente a organização e reduzir seus impactos externos (IBGC, 2015, p. 21).

Cumpre lembrar que o surgimento da governança corporativa remete ao famoso “conflito de agência”, em geral pela pulverização da propriedade da Companhia e pelos desentendimentos no tocante às decisões tomadas. Nas empresas familiares, em especial, o surgimento de novos herdeiros acentua essa vertente.

Conforme ressaltam Serafim, Quelhas e Alledi (2010, p. 2-3):

O termo Governança Corporativa ou o movimento pela governança corporativa passa a despontar no cenário mundial a partir do início da década de 80 nos Estados Unidos, como consequência dos abusos de alguns dirigentes de empresas, despontando na época o caso Texaco, que provocou a reação de grandes acionistas institucionais, notadamente de fundos de pensão. Essas situações de conflitos no ambiente corporativo entre acionistas, administradores e demais partes interessadas nos negócios organizacionais, e conseqüentemente as assimetrias resultantes, fez com que eclodisse a partir da década de 80 uma intensificação de estudos e pesquisas tanto no âmbito acadêmico como no empresarial e governamental, que culminou em mudanças na legislação, criação de procedimentos e práticas de gestão e maior cobrança dos administradores na condução dos negócios das empresas.

Para isso, considera-se uma separação entre propriedade e gestão. Na medida em que empresas públicas vão sendo privatizadas e empresas familiares vão atraindo investimentos externos, é necessário separar os dois conceitos.

Thomsen e Pedersen (1995) observam que quando uma empresa cresce não se consegue manter o controle familiar por falta de conhecimento ou habilidade para administrar ou porque são financeiramente incapazes de suportar o risco de gestão.

Ainda, conforme pontua Eric Lethbridge (1997):

Essas mudanças, se, por um lado, facilitam o acesso a novos financiamentos e promovem a modernização da gestão, por outro, devido à tendência de separar propriedade e gestão mais nitidamente, criam um problema de monitoramento das relações entre acionistas e administradores.

Isso porque, quando uma empresa abre seu capital em bolsa, a propriedade se pulveriza entre inúmeros acionistas, e essa constituição sofre mudanças a todo momento com a compra e venda de ações. Essa volatilidade não poderia refletir na gestão das organizações, pois afetaria sua solidez no próprio mercado.

Além disso, Berle e Means (1932) ponderam que essa diversificação da propriedade coloca mais poder na mão dos administradores, o que poderia aumentar a chance deles agirem segundo seus próprios interesses, e não visando os interesses dos proprietários - acionistas.

Nessas condições, é preciso mesmo que exista um sistema que garanta aos acionistas a boa gestão empresarial. Daí a criação do conceito de governança corporativa.

Em importante obra acerca do tema, Jensen e Meckling (1976) explicam que ambas as partes - acionistas e gestores - tendem a agir conforme seus próprios interesses. Para limitar esse problema, são necessárias medidas de monitoramento das atividades dos gestores para garantir a observação dos interesses dos acionistas e conseqüentemente da companhia, o que pode ser feito através de incentivos contratuais apropriados.

As práticas de governança incluem a instalação de um conselho administrativo eficiente, independente e acima de tudo, profissional. O conselho presta contas de sua gestão, e deve seguir cartilhas de boa governança corporativa, agindo com transparência e ética, com vista a obter valorização do negócio, gerando confiança no mercado e liquidez aos acionistas.

2.1 *SHAREHOLDERS X STAKEHOLDERS*

Os princípios aplicados à governança corporativa sofrem influência do mercado em que a organização se situa.

Os mercados de ações dos Estados Unidos e Reino Unido, por exemplo, se interessam mais por medidas de governança que visem apenas aumentar o valor econômico das ações, cobrando um bom desempenho dos administradores e efetiva prestação de contas aos acionistas no intuito de aumento da lucratividade e do valor de mercado da empresa. Ou seja, uma visão a curto prazo, já que os investidores estão mais interessados na valorização e conseqüente liquidez das ações do que na função social da empresa. Esse seria o chamado sistema *shareholder* de governança corporativa (LETHBRIGDE, 1997).

Já na Alemanha, Japão e boa parte dos mercados europeus, o sistema de governança é o *stakeholder*, que, ainda na concepção de Eric Lethbridge (1997), além de monitorar os administradores, a fim de garantir uma gestão eficiente e lucrativa, também prioriza outros objetivos institucionais, como a qualidade do ambiente da empresa, a valorização do trabalho e a integração com a comunidade, resultando em medidas que visam o sucesso empresarial e a valorização do negócio com foco no longo prazo, pois nesses mercados os acionistas não estão tão interessados na alta liquidez, e sim na longevidade da existência e no sucesso do negócio da organização.

O conceito de *stakeholders* inclui tanto os atores internos, como os empregados, como também os externos, como credores, fornecedores e clientes (FRANK BOLD; CASS BUSINESS SCHOOL, 2016, p. 50). Todos eles devem ser considerados como membros a

serem inseridos no processo decisório e administrativo¹. Afinal, devemos lembrar que a “governança corporativa é uma importante determinação de distribuição do poder econômico e, assim, uma peça-chave para a mudança de muitas ideologias políticas” (MORCK; STEIER, 2005, p. 32).

De acordo com a OECD (2015, p. 21-28), esta participação inclui uma série de elementos, como o acesso amplo à informação, participação com direito a voto, direito a decidir sobre questões relevantes para a companhia, direito a realizar questionamentos para a administração, direito a ter acesso ao resultado das auditorias, direito a eleger e retirar membros da administração, receber tratamento igualitário etc.

Essas diferenças nas práticas em governança corporativa, portanto, refletem o comportamento dos acionistas em determinado mercado, e influencia na maneira como os administradores devem desenvolver seu trabalho dentro de uma organização para que atraiam e mantenham investidores.

3. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

A expressão “planejamento tributário” é comumente utilizada para tratar de algo que também pode ser denominado “elisão fiscal”. Trata-se de prever os tributos que incidirão sobre uma pessoa ou empresa a fim de decidir pela forma tributária que gerará uma menor carga, economizando valores para uma maior eficiência na administração do patrimônio gerido.

Numa empresa, o administrador deve sempre agir de forma a minimizar custos para maximizar lucros. O pagamento de tributos é uma despesa, e diminuir essa saída traz como consequência lógica o aumento da lucratividade.

Para isso, a administração deve se basear em formas lícitas de economia de tributos, podendo atuar, por exemplo, através da decisão pelo regime tributário mais interessante à empresa ou companhia, ou escolhendo a melhor localização territorial para estabelecimento de sede ou filial de acordo com a política tributária do local, ou agindo através das brechas encontradas na legislação. Isso é o planejamento tributário, que conforme anuncia Heleno

¹ Empregados, e outras potenciais partes interessadas, devem receber uma oportunidade de expressar sua opinião sobre questões que digam respeito ao desenvolvimento estratégico da companhia (FRANK BOLD; CASS BUSINESS SCHOOL, 2016, p. 51).

Tôrres (2001), é técnica de organização preventiva dos negócios, que leva uma economia legítima de tributos.

Ainda, nas palavras de Siqueira, Cury e Gomes (2011):

Entende-se por planejamento tributário uma forma lícita de reduzir a carga fiscal, o que exige alta dose de conhecimento técnico e bom-senso dos responsáveis pelas decisões estratégicas no ambiente corporativo. Trata-se do estudo prévio à concretização dos fatos administrativos, dos efeitos jurídicos, fiscais e econômicos de determinada decisão gerencial, com o objetivo de encontrar a alternativa legal menos onerosa para o contribuinte.

Não se deve confundir, contudo, a elisão fiscal, que é um meio lícito para diminuição de carga tributária, visando minimizar despesas através de decisões prévias e acertadas, com a chamada “evasão fiscal”.

Evasão fiscal é atuar na redução do valor devido ao fisco através de táticas ilícitas, como fraude e simulação. Nesse caso, o administrador tenta encobrir operações geradoras de tributos, agindo com dolo e utilizando-se de má-fé, obtendo certa “economia” tributária como resultado final. Essa forma ilícita de redução da carga fiscal é totalmente contrária aos preceitos do planejamento tributário.

Siqueira, Cury e Gomes (2011) explicam com precisão o conceito de evasão fiscal:

A evasão, ao contrário da elisão, consiste na lesão ilícita do fisco, não se pagando o tributo devido, ou pagando-se menos que o devido, de forma deliberada ou por negligência. A evasão pode ser caracterizada como fraude, que é arquitetada antes do fato gerador, com artifícios e simulações no sentido de afastar a incidência do tributo, ou por sonegação, que ocorre depois do fato gerador, com a ocultação do fato perante o fisco e o não pagamento do tributo.

Assim, na elisão fiscal pretende-se antecipar e planejar o pagamento de tributos de forma que não se pague tributação além do necessário, em completo acordo com a legislação vigente. Já na evasão fiscal, o agente trabalha para “fugir” do dever de recolhimento do valor tributário legalmente devido.

O planejamento tributário, sendo forma lícita de economizar no pagamento de tributos, é direito do cidadão e da empresa, e contribui para uma maior eficiência no objetivo de obter

lucratividade nas atividades econômicas, fazendo com que consigam se manter e crescer no mercado.

3.1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

O planejamento tributário internacional consiste na decisão de territorialidade de certa companhia baseado na carga tributária do país em que se pretende instalar. Noutras palavras, refere-se a uma análise acerca dos impactos tributários decorrentes da instalação em uma ou outra determinada localidade.

Leonardo Nuñez Campos (2017) sabiamente reflete que:

A competição global é implacável. Em uma economia cada vez mais integrada e com o surgimento mais rápido de novas tecnologias e competidores, as empresas precisam utilizar estratégias cada vez mais agressivas para ganhar mercado e manter a sua competitividade, muitas vezes extrapolando limites legais em seus planejamentos.

Segundo Borges (1997), o planejamento tributário pode ocorrer conforme uma abordagem que chama de “estratégica” e que implica em algumas mudanças, tais como estrutura de capital da empresa, sua localização geográfica e contratação de mão-de-obra.

É a partir desse conceito que as empresas realizam o planejamento tributário internacional, que também pode ser encontrado na doutrina com a denominação de “planejamento tributário agressivo”, em que as empresas trabalham de forma ativa em prol da economia de impostos.

Sobre o tema, expõe Antonio Lopo Martinez (2017):

A entidade mais agressiva tributariamente, ao realizar uma transação, assegura-se de que é utilizada em cada oportunidade a opção que permite minimizar os impostos. Quando opera em regimes onde a lei fiscal é incerta ou aberta a interpretação, tenderá a assumir a posição fiscal que lhe seja mais favorável. Ao estruturar suas transações, sempre buscará as formas e alternativas que garantem a maior economia tributária. Ocorre que, em determinadas situações, essa conduta pode assumir posições juridicamente duvidosas, e que aos olhos da autoridade tributária podem ser interpretadas, inobstante legítimas na sua forma, como abusivas.

Nesse ponto específico da escolha mais conveniente para a localização da empresa com vista à economia de tributos, para evitar dupla tributação, nos casos em que as empresas possuem sede em mais de um país, os tratados internacionais convencionam que a incidência tributária se dá no local da apuração dos lucros por intermédio de estabelecimento permanente, mesmo que pertença à pessoa ou empresa estrangeira.

Isso porque, como norma geral, paga-se tributo em apenas um lugar.

Nesse sentido, os países têm focado em estabelecer tratados que estimulem os negócios internacionais, a fim de atrair investimentos, evitando a dupla ou até pluritributação, mas preocupam-se em minimizar ou até mesmo evitar qualquer possibilidade de abusos nos planejamentos tributários realizados pelas empresas ao se utilizarem de brechas tanto nas legislações quanto nos próprios tratados (CAMPOS, 2017).

Assim, as empresas conseguem se planejar e se beneficiar de uma economia hoje global, em que há a possibilidade de se estabelecer em determinado território e, ainda assim, negociar com o mundo todo.

3.2 PARAÍDOS FISCAIS

A temática do planejamento tributário internacional convoca atenção para a interação com os paraísos fiscais, isto é, países que atraem investimentos pura e exclusivamente pela sua baixa tributação. Companhias se estabelecem na região não porque pretendem comercializar seus produtos no local, ou gerar emprego e renda, mas simplesmente para obter carga tributária privilegiada.

Na prática, muitas vezes estão fixadas na localidade apenas como “fachada”, atribuindo a incidência da tributação àquele local enquanto o produto comercializado, na verdade, foi produzido e vendido ao consumidor final em outro país. A prática poderia, sob essa ótica, ser enquadrada como evasão fiscal, ao se valer de uma simulação para burlar a tributação no país em que os tributos deveriam realmente incidir, causando prejuízo na arrecadação do território que abriga a real negociação.

Analisaremos nesse estudo o planejamento tributário agressivo realizado pela Apple para minimizar pagamento de tributos em um esquema denominado *Double Irish and The Dutch Sandwich*, que consiste na criação e utilização de duas empresas irlandesas e uma

holandesa de forma que o lucro ao redor do mundo seja transferido entre elas e termine por ser atribuído à base tributária nas Bermudas, onde o lucro dessas empresas não é tributado. Toda essa arquitetura é possível porque as empresas de tecnologias, como é o caso da Apple, trabalham com propriedade intelectual, que é algo intangível, e transferem a obtenção de lucros entre uma empresa e outra através do pagamento de *royalties*.

Através de pressão política, principalmente dos Estados Unidos, maior prejudicado com todo a prática, a ONU - Organização das Nações Unidas - e a OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - têm trabalhado em conjunto com o objetivo de minimizar esse tipo de planejamento tributário agressivo que, apesar de se utilizar de brechas legislativas, claramente esbarra em preceitos éticos ao prejudicar a arrecadação dos Estados em que os negócios realmente ocorrem e não contribui para o funcionamento da máquina estatal, deixando isso a cargo somente das empresas de menor potencial, que ficam em situação fragilizada no mercado (CAMPOS, 2017).

Além disso, mesmo que a empresa se estabeleça em determinado território para realmente realizar ali suas atividades empresariais, gerando lucro e consequente incidência de tributos, deve-se analisar se o estabelecimento de baixa carga tributária em determinado local não caracterizaria “concorrência desleal” aos demais países. Isso porque o país que abre mão de uma carga tributária mais equitativa se torna um polo industrial, atraindo investimento para si, em detrimento dos outros locais.

Nessa linha, Raquel Gonçalves Mota (2012) observa que:

A liberdade de circulação de capitais, de bens e de pessoas favorece a busca por condições mais favoráveis de tributação, bem como de vantagens que possam a vir a ser oferecidas em outras jurisdições.

A capacidade de arrecadação dos Estados e, conseqüentemente o desempenho das suas funções, restam comprometidas. A insuficiência das receitas fiscais reflete-se na distribuição da carga fiscal que, cada vez mais, migra de base mais voláteis – como o capital – para bases menos voláteis – como o trabalho.

Não sendo um fenômeno necessariamente nocivo, atualmente a face prejudicial da concorrência fiscal tem assumido maior destaque nos debates internacionais sobre a matéria, especialmente quando se fala no combate aos regimes fiscais preferenciais e aos paraísos fiscais.

Sendo assim, é fácil pensar que uma forma de coibir a existência dos paraísos fiscais seria a padronização da carga tributária. No entanto, tal solução é impossibilitada pelo respeito à soberania dos países.

Ademais, a concorrência fiscal internacional apresenta vantagens e desvantagens. Sob a ótica empresarial, o quadro possibilita maior oportunidade de escolha para as empresas, o que propicia competitividade no mercado.

No entanto, analisando-se sob o ponto de vista estatal, os governos muitas vezes abrem mão de farta quantia que seria essencial na manutenção da oferta de serviços públicos para que seja possível a atração de investimento em seu território. Para piorar, na tênue linha da moral, tem-se a figura dos paraísos fiscais, que colocam os outros países em situação desvantajosa ao oferecer condições de ofertas muitas vezes impossíveis de serem superadas.

Pensando na direção contrária, Frederick Mario Mason (2008) acredita veementemente que a concorrência fiscal internacional é algo que deve ser estimulada, pois traz interessantes benefícios econômicos, cenário no qual ele acredita que os paraísos fiscais exercem importante papel, visto que possuem potencial de forçar os demais governos a repensarem sua carga tributária a fim de se manterem competitivos no mercado internacional.

4. A APPLE E O SISTEMA DE UTILIZAÇÃO DE PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA PARA POSTERIOR TRANSFERÊNCIA SEM TRIBUTAÇÃO PARA OS ESTADOS UNIDOS

A Apple, empresa de tecnologia globalmente conhecida, se estabeleceu na Irlanda como forma de realizar um planejamento tributário. Isso porque o país criou incentivos fiscais para a empresa, tornando o estabelecimento local financeiramente atrativo para que se creditasse ao país todo o lucro obtido com suas vendas fora das Américas.

Isso quer dizer que a Apple, que desenvolve seus produtos nos Estados Unidos, os produz na China, e os vende no mundo inteiro, passou a creditar à Irlanda as vendas realizadas na grande maioria dos países em que atua.

O lucro, então, é tributado na Irlanda e, graças à vedação da dupla tributação, retorna aos EUA sem nova incidência de tributos.

A discussão gerada em torno desse arranjo é que a sede da empresa na Irlanda é apenas fictícia, pois o processo de desenvolvimento, produção e distribuição dos produtos

comercializados pela Apple não passa pelo país. Ou seja, seria uma empresa somente de “fachada”, irreal quanto à participação do país no processo produtivo da empresa.

Além disso, já que o lucro obtido ao final retorna aos Estados Unidos, a prática também pode ser interpretada como sonegação de impostos devidos ao governo americano.

4.1 BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELO GOVERNO DA IRLANDA E PROCESSO NA UNIÃO EUROPEIA

A Irlanda, considerada como paraíso fiscal pelas grandes empresas de tecnologia (Google, Apple, Facebook, Airbnb, dentre outras), atraiu grandes investimentos dessas companhias que se estabeleceram no país com o objetivo de usufruir de sua baixa carga tributária para o segmento (PARLAMENTO EUROPEU, 2016).

No caso específico da Apple, aqui tratado, o governo irlandês concedeu benefício ainda maior, com incidência tributária nos lucros obtidos pela empresa menor do que 1%, isto é, alíquota próxima de zero.

Isso quer dizer que entre 2004 e 2014, a Irlanda, que já tem carga tributária reduzida, concedeu alíquota ainda mais baixa à Apple, condição essa não oferecida às demais empresas instaladas em seu território.

A União Europeia, inspirada na OCDE, também tem critérios de avaliação sobre a legitimidade de medidas em matéria tributária a fim de prevenir a concorrência desleal entre seus Estados-membros.

Segundo Raquel Gonçalves Mota [...], são eles:

- a) atribuição de vantagens a não residentes; b) efeitos na economia interna do Estado membro; c) contrapartida da atividade econômica real ou da presença econômica substancial; d) método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional; e) transparência. A avaliação da prejudicialidade da medida será feita, ainda, levando-se em conta os efeitos quanto à tributação efetiva das atividades em causa em toda a União Europeia.

Assim, o Tribunal de Justiça Europeu, defendendo os interesses dos países da União Europeia, e em observação a seu Código de Conduta, acolheu ação contra a Irlanda e a Apple

e condenou a empresa ao pagamento de 13 bilhões de euros - mais juros - ao governo irlandês. Os dois recorreram da decisão.

O recurso da Apple, por evidente, baseia-se em questões financeiras, já que se estabeleceu no país justamente para economizar tributos. A condenação reverte todo o benefício alcançado por ela ao longo dos anos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019).

Já a Irlanda discordou da decisão do Tribunal Europeu pois a decisão ameaça a segurança jurídica de todas as empresas ali inseridas, abrindo um precedente que pode afetar todas elas. Assim, com a manutenção da decisão, a Irlanda pode perder investidores, que são responsáveis por grande parte dos empregos no país.

Além disso, o Tribunal, na defesa dos interesses do bloco europeu, entendeu que a Irlanda, como integrante da União Europeia, praticou concorrência desleal com os demais países do grupo ao atribuir carga tributária quase nula à empresa, atraindo o investimento para seu território, mas deixando de arrecadar os valores adequados em tributos.

4.2 GOVERNANÇA CORPORATIVA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO VALORES OPOSTOS NA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS À APPLE PELO GOVERNO IRLANDÊS

Quando analisamos os benefícios fiscais concedidos à Apple pelo governo da Irlanda, há, aparentemente, um choque dos conceitos de governança corporativa e de planejamento tributário.

Isso porque a decisão da empresa em estabelecer território na Irlanda, devido à baixa incidência tributária no local, pode ser interpretada, num primeiro momento, como desdobramento legítimo de um processo de planejamento tributário. Mas isso se considerarmos que como lícita a atribuição, pela Apple, à localização irlandesa dos lucros obtidos com as vendas em todos os países do mundo, à exceção das Américas.

Todavia, há uma compreensão de que a conduta rompe com a mera elisão fiscal, adentrando à seara da evasão fiscal, valendo-se de meios ilícitos para se furtar ao pagamento dos tributos devidos. Nesse ponto, a geração de uma dúvida acerca da legalidade da conduta, por si só, é capaz de arranhar as práticas de governança corporativa que possui, dentre seus desdobramentos, questões como transparência, ética, *due dilligence* e legalidade estrita.

De outro lado, não se olvide, a persecução de maior lucratividade e aumento do valor de mercado da empresa também se enquadra dentre boas práticas de governança.

Há, no caso, outro ponto: ao se beneficiar de situação diferenciada em relação às empresas locais – e mesmo outras estrangeiras instaladas na Irlanda -, teria a Apple agido com ética? Além disso, sob o prisma da transparência, era de conhecimento dos acionistas, sob ampla divulgação nos relatórios da empresa, a conduta que seria adotada?

Mais do que isso, se formos pensar que a governança corporativa na região europeia segue a linha do sistema *stakeholder*, a Apple, ali situada fisicamente, deveria observar, além da visão de lucro e valor de mercado, os preceitos de valorização dos trabalhadores envolvidos, bem como a função social da empresa para a região envolvida, agindo de forma a trazer benefícios para a comunidade à qual está inserida. E o que se pode observar é que a empresa, apesar de estabelecida na Irlanda, permaneceu atuando como num sistema *shareholder*.

Há, assim, dois pontos de vista distintos que podem servir de mote interpretativo para a questão. De um lado, a conduta vista precipuamente sob o viés da eficiência econômica, que também é um objetivo de gestão corporativa, baseada na compreensão de um planejamento tributário lícito (elisão fiscal). De outro, a percepção de que a prática, na realidade, se furta ao pagamento dos tributos adequados, fugindo das obrigações em outros países e valendo-se de um pressuposto meramente fictício, bem como o fato de não ser a conduta ética, sob o ponto de vista da concorrência, e nem transparente. Tampouco estaria sedimentada na retribuição social que se espera das companhias como contraprestação de suas externalidades negativas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o trabalho se propôs a analisar os paradoxos constantes dos benefícios fiscais concedidos à Apple pelo governo irlandês, contrapondo os valores da governança corporativa e do planejamento tributário, a partir de uma confusão interpretativa e principiológica, que permite posicionamentos antepostos.

A governança corporativa, como vista, traduz-se no desenvolvimento de técnicas de inclusão, participação e transparência no seio das companhias. É guiada justamente pelos princípios da transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

A atuação dos órgãos empresariais, em especial os conselhos de administração, fiscal e auditoria, deve voltar-se para o processo qualitativo das informações e a inserção de todos os interessados na política empresarial. Há, nesse momento, um claro alargamento dos interessados, sejam eles internos ou externos.

Dos *shareholders* – acionistas – passamos aos *stakeholders* – a englobar gestores, acionistas, empregados, fornecedores, credores, comunidade, governo e quaisquer outros interessados na função social desempenhada pela companhia e, claro, ansiando por seu crescimento econômico ausente de riscos e ilegalidades.

A partir dessas premissas, o caso prático discutiu a conduta da Apple na utilização de país europeu – Irlanda – com baixa tributação para fins de diminuição de incidência de impostos sobre a atividade empresarial, de forma a potencializar a lucratividade empresarial, e posterior transferência desses valores para os Estados Unidos, sem nova incidência tributária, em razão de tratados internacionais que vedam a bitributação.

A prática da Companhia estaria eivada na eficiência econômica, um dos pilares da governança corporativa, e, também, no planejamento tributário, apto a promover estudos de antecipação e escolhas lícitas para menor pagamento de tributos, também conhecido como elisão fiscal.

Não obstante, no caso em questão, a relação entre Irlanda e Apple apresentou duas questões intrínsecas. Primeiramente, o benefício oferecido para a empresa era maior do que o oferecido para outras empresas do mesmo segmento, sejam locais ou mesmo estrangeiras instaladas na localidade. E, em segundo lugar, o benefício, teoricamente inadequado, extrapolava quaisquer possibilidades de concorrência com outros países do bloco, ponto em que questionar-se-ia eventual concorrência desleal.

Denunciados ao Tribunal de Justiça Europeu, adveio a condenação da Apple em 13 bilhões de euros – mais juros – a serem pagos à Irlanda em razão de impostos devidos, em clara tentativa de desestimular a prática. A empresa e o país recorreram.

O *case* nos coloca diante de questionamentos hermenêuticos evidentes. Sob o olhar da direção da Companhia, a conduta estaria eivada em princípios de gestão eficiente e fariam parte de práticas lícitas de planejamento tributário, não havendo qualquer ofensa legal ou a tratado internacional. Sob o prisma da União Europeia, dos Estados Unidos (local em que os produtos são desenvolvidos) e da China (local em que os produtos são fabricados) haveria desvirtuamento do conceito de planejamento, adentrando-se às raias da evasão fiscal, em especial diante da sede fictícia instalada em solo irlandês. Mais do que isso, a prática não poderia ser aprovada sob o prisma ético no tocante à concorrência desleal e nem sob a égide da transparência perante os acionistas, tampouco estabeleceria benefícios reais para os *stakeholders* locais, mas apenas transferência das externalidades negativas.

É preciso ter em mente que a boa governança não é um valor absoluto, visto que existem diferenças culturais que afetam seu conceito. No entanto não cabe discussão no que diz respeito à obrigação de obediência dos princípios de ética e transparência na efetivação da governança corporativa, ao mesmo tempo em que se pretende a gestão econômica eficiente e a necessidade de se estabelecer uma relação de benefício mútuo com o meio em que se insere.

REFERÊNCIAS

BERLE, A.; MEANS, G. *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1932.

BORGES, Humberto Bonavides. *Planejamento tributário: IPI, ICMS e ISS*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1997.

CAMPOS, Leonardo Nuñez. Planejamento tributário internacional: double Irish and the dutch sandwich. *Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário*, Brasília, v. 12, nº 1, p.580-596, jan-jun, 2017.

CVM. *Recomendações da CVM sobre governança corporativa*. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Apple diz que pagamento de R\$ 58 bi a União Europeia desafia realidade e bom senso*. 17 Set. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/09/apple-diz-que-pagamento-de-r-58-bi-a-uniao-europeia-desafia-realidade-e-bom-senso.shtml>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

FRANK BOLD; CASS BUSINESS SCHOOL. *Corporate governance for a changing world: final report of a global roundtable series*. Brussels and London: Corporation Project, 2016.

IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed., São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2015.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976.

LETHBRIDGE, Eric. Governança corporativa. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 209-231, dez. 1997.

MARTINEZ, Antonio Lopo. Agressividade tributária: um survey da literatura. *Research Papers in Economics*. Brasília, v. 11, Edição Especial, art. 6, p.106-124, 2017.

MASON, Frederick Mario. Concorrência fiscal internacional e paraísos fiscais. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. Brasília, v. 2, nº 2, p.129-152, 2008.

MORCK, Randall K.; STEIER, Lloyd. *The global history of corporate governance: an introduction*. Cambridge: NBER, 2005.

MOTA, Raquel Gonçalves. Aspectos Relevantes da concorrência Fiscal Internacional. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Ano II, nº 4, p. 45-70, 2012.

OECD. *Principles of corporate governance*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Irlanda e o caso Apple: É ilegal atrair investimento através da atribuição de benefícios fiscais a empresas selecionadas, diz Ferber*. 06-09-2016. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/economy/20160905STO41241/apple-ilegal-atrair-investimento-atraves-de-vantagens-fiscais-a-certas-empresas>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SERAFIM, Elisio; QUELHAS, Osvaldo Luiz Gonçalves; ALLEDI, Cid. *Histórico e fundamentos da governança corporativa: contribuições para a sustentabilidade das organizações*. Anais do VI Congresso Nacional de Excelência em Gestão. Niterói, 2010.

SIQUEIRA, Eurípedes Bastos; CURY, Lacordaire Kemel Pimenta. GOMES, Thiago Simões. Planejamento tributário. *Revista CEPPG*, Catalão, nº 25, p.184-196, 2011.

THE WORLD BANK. *Governance and development*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development, 1992.

THOMSEN, S.; PEDERSEN, T. *European models of corporate governance*. Denmark: Institute of International Economics and Management, Copenhagen Business School, 1995.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Encaminhado em 28/01/20

Aprovado em 24/02/20