

Operação de compensação de opção em moeda estrangeira não tinha sustentação econômica

O tribunal para a quinta circunscrição dos EUA emitiu recentemente uma decisão na ação *Tucker v. Comm.*, um caso envolvendo opções em moeda estrangeira. Na decisão, o tribunal de segunda instância confirmou o entendimento da vara da fazenda pública de que uma operação complexa de compensação de opção em moeda estrangeira não tinha substância econômica e, portanto, não justificava os prejuízos assumidos pelo contribuinte.

Mais especificamente, a quinta circunscrição afirmou que: 1) foi apropriado que a vara da fazenda pública aplicasse a doutrina da substância econômica à operação, e 2) a vara da fazenda pública havia aplicado corretamente a doutrina da substância econômica.

Doutrina da substância econômica

Para determinar se uma operação tem substância econômica, os tribunais costumam realizar uma investigação factual em duas frentes:

1. Teste subjetivo: O contribuinte foi motivado por um objetivo não comercial (que não fosse obter benefícios fiscais) ao participar da operação?
2. Teste objetivo: A operação tinha substância econômica objetiva; ou seja, existia uma possibilidade razoável de lucro?

A doutrina da substância econômica permite que o governo investigue mais do que apenas o cumprimento técnico do Código da Receita Federal para verificar a real natureza da operação em questão.

Os tribunais têm diferido na aplicação do teste em duas frentes. Alguns exigem que uma transação tenha tanto um propósito comercial subjetivo quanto uma substância econômica objetiva para ser respeitada (o teste conjuntivo). Outros tribunais exigem apenas que uma transação tenha ou um propósito comercial subjetivo ou uma substância econômica objetiva (teste disjuntivo).

Várias regras de empresas e rendimentos auferidos no exterior

Uma empresa estrangeira controlada (*controlled foreign corporation* - CFC) é qualquer empresa estrangeira da qual mais de 50% dos votos ou do valor seja de propriedade de acionistas dos EUA. De acordo com a "regra dos 30 dias" que existia durante os anos em questão neste caso - antes de ser alterada pela Lei de Empregos e Redução de Impostos (*Tax Cuts and Jobs Act*) - um rendimento de uma CFC era "tributável para um acionista americano somente se o acionista americano possuísse a CFC durante 30 dias ou mais em um ano fiscal". Uma opção permite que os contribuintes optem por incluir na renda ou o montante dos lucros e rendimentos da CFC ou o montante dos ganhos realizados na liquidação.

O código tributário impõe um imposto de 30% sobre empresas estrangeiras sobre os montantes de rendimentos "ganhos anuais ou periódicos fixos ou determináveis" provenientes de fontes dentro dos Estados Unidos. As empresas estrangeiras são tributadas sobre a renda "efetivamente ligada à condução de um comércio ou negócio dentro dos Estados Unidos".

Detalhes do processo

No final de dezembro de 2000, o contribuinte desse caso constituiu três novas entidades - Sligo LLC, Sligo e Epsolon - para executar uma operação que lhe foi recomendada por consultores financeiros (a operação de câmbio).

A Sligo LLC era, como seu nome indica, uma sociedade anônima (*limited liability company* – LLC). O contribuinte era seu único membro. A Sligo era uma *S Corporation* de propriedade integral do contribuinte. A Sligo também era acionista americana da Epsolon, uma empresa irlandesa, e a Sligo deteve 99% da Epsolon de 18 a 31 de dezembro de 2000. A participação de 99% da Sligo pela Epsolon resultou na classificação inicial da Epsolon como empresa estrangeira controlada (CFC) para fins fiscais federais. No entanto, a partir de 27 de dezembro de 2000, a Epsolon optou pelo status de sociedade (*partnership*) e deixou de ser considerada uma CFC.

Em 20 de dezembro de 2000, a Epsolon comprou cerca de US\$ 157 milhões em opções de Euro currency e vendeu um montante semelhante em dólares de opções de Euro currency não relacionadas. O retorno potencial do investimento foi baseado na volatilidade da taxa de câmbio entre o dólar americano e o euro. O contribuinte compreendeu que as opções tinham uma probabilidade de rentabilidade de 40%.

Em 21 de dezembro, a Epsolon alienou as componentes de ganho das suas posições enquanto era uma CFC e realizou um ganho de US\$ 50 milhões. A Epsolon não reconheceu o ganho de US\$ 50 milhões para fins fiscais nos EUA porque:

- A Epsolon era uma empresa estrangeira não sujeita a tributação o nos termos do código tributário no momento do ganho, e
- A Sligo não era obrigada a incluir sua parcela dos ganhos da Epsolon porque a Epsolon havia se tornado uma CFC há menos de 30 dias, quando optou pelo status de sociedade.

A Epsolon e a Sligo não eram obrigadas a reconhecer ganhos ou perdas quando a Epsolon elegeu o status de sociedade porque fizeram uma escolha que lhes permitiu reconhecer ganhos iguais aos da Sligo em suas ações da Epsolon. Além disso, a Sligo tinha uma base zero em suas ações da Epsolon.

Depois que a Epsolon se tornou uma sociedade americana, ela alienou as outras quatro opções em moeda estrangeira por uma perda líquida de US\$ 39,5 milhões. A Sligo considerou sua participação distributiva na perda líquida da Epsolon, que passou para o contribuinte, como acionista corporativo da Sligo, e a perda foi dedutível.

Posição do tribunal de segunda instância sobre a doutrina

Conforme mencionado, a vara da fazenda pública entendeu que a operação cambial não tinha substância econômica e negou a dedução de prejuízo do contribuinte.

Quando seu caso chegou à quinta circunscrição, o contribuinte argumentou que:

- Era inadequado que a vara da fazenda pública aplicasse a doutrina da substância econômica à operação, e
- A vara da fazenda pública havia aplicado a doutrina de forma incorreta.

A quinta circunscrição rejeitou os dois argumentos. Em primeiro lugar, entendeu que a doutrina da substância econômica era aplicável à operação cambial. O contribuinte argumentou que a doutrina da substância econômica era inaplicável porque a operação estava de acordo com a leitura literal do código tributário.

O tribunal observou que a Suprema Corte dos EUA e a própria quinta circunscrição haviam aplicado a doutrina da substância econômica a operações que estavam tecnicamente em conformidade com a legislação tributária. Por exemplo, no caso *Gregory v. Helvering*, a Suprema Corte disse que é apropriado que um tribunal aplique a doutrina da substância econômica a uma transação para determinar se o que foi feito, além do motivo fiscal, era o que a lei pretendia.

Em resposta, o contribuinte argumentou que *Summa Holdings, Inc. v. Comm.* apoiava seu entendimento de que a vara da fazenda pública havia errado ao aplicar a doutrina da substância econômica à operação cambial. Em *Summa Holdings*, a sexta circunscrição revisou a decisão da vara da fazenda pública negando tutela a uma família que buscava reduzir seus impostos utilizando uma empresa de vendas internacionais e domésticas para transferir dinheiro de sua empresa familiar para as contas individuais de aposentadoria (Roth IRAs) de seus filhos.

A sexta circunscrição não aplicou a doutrina da substância econômica às transações porque, segundo aquele tribunal, "não era um caso em que os contribuintes seguissem um caminho desonesto para um determinado resultado a fim de evitar as consequências fiscais do caminho reto". A sexta circunscrição considerou a doutrina inaplicável porque nenhuma das transações "foi um jogo fraudulento de classificação ou desafiou a realidade econômica", e as disposições fiscais utilizadas foram concebidas para fins de redução de impostos.

Mas, em *Tucker*, a quinta circunscrição disse que a "manipulação das regras" pelo contribuinte era diferente na medida em que era contrária à intenção do Congresso. Usou como referência um Relatório do Senado de 1962 que afirmou que a Subparte F, que inclui a regra de 30 dias, havia sido "criada para acabar com o diferimento de impostos sobre as operações de 'paraíso fiscal' por empresas controladas dos EUA".

Falta de substância econômica

O tribunal de segunda instância disse que, para ter substância econômica, as duas vertentes do teste de substância econômica devem ser cumpridas, e a transação de câmbio não passou no teste objetivo. A quinta circunscrição explicou que o teste é uma investigação objetiva para saber se a transação causou uma mudança significativa de mãos em dólares reais ou se criou uma possibilidade realista de que isso seria feito.

O contribuinte argumentou que a transação cambial criou a probabilidade realista de que o dólar real mudaria de mãos porque havia 40% de chance de gerar um lucro líquido de US\$ 487.707 para os investimentos. Mas o tribunal concluiu que a transação desafiava a realidade econômica objetiva porque o "lucro potencial de US\$ 487.707 é "de minimis" em comparação com o benefício fiscal esperado de \$20 milhões" e os "US\$ 52,9 milhões em perdas fiscais durante dois anos".

Além disso, depois de examinar os relatórios dos peritos de ambas as partes, a quinta circunscrição constatou que havia uma baixa probabilidade - entre 16% e 40% - de que a transação cambial fosse rentável porque as opções haviam sido "nitidamente" mal avaliadas contra o contribuinte.

Complexa por natureza

As transações de opções em moeda estrangeira são complexas por natureza. Elas muitas vezes representam desafios para o IRS, como demonstra esse caso, e o resultado nem sempre é a favor do contribuinte. Trabalhe de perto com o seu contador público certificado (CPA) ao executar qualquer transação desse tipo. •