

Ofício DIR. 001/16

São Paulo, 07 de janeiro de 2016.

Ao Itamaraty

Ilmo. Sr. Embaixador Carlos Márcio Cozendey  
Subsecretário de Assuntos Econômicos e Financeiros

Ilmo. Sr. Ministro Norberto Moretti  
Diretor do Departamento de Assuntos Financeiros (DFIN)

**Ref: Saldo ou valor a ser reportado em caso de instrumentos derivativos para fins do *Foreign Account Tax Compliance Act* ("FATCA")**

Prezados Senhores,

A Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA) representa instituições que atuam no mercado de capitais brasileiro. Entre outras associações mercantis, nós reunimos um grande número de agentes do mercado para representá-los de forma unificada perante as autoridades governamentais, participantes do mercado e a sociedade.

Nesse sentido, aproveitamos esta oportunidade para trazer à sua atenção um assunto específico que é de grande importância para os nossos associados, referente à declaração de derivativos para fins do FATCA. Agradecemos antecipadamente pela sua atenção com relação a este assunto e a nosso pedido de esclarecimento.



## 1. Contexto Fático

Em 23 de setembro de 2014, o Brasil assinou com os Estados Unidos da América o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) ("IGA"). Sob este acordo, as instituições financeiras brasileiras são obrigadas a reportar às autoridades fiscais brasileiras certas informações sobre Contas dos EUA a serem reportadas.

Tais contas incluem as "Contas de Custódia", as quais incluem transações de moeda ou de mercadorias, "credit default swap", "swap" com indexador não financeiro, contratos de principal notional, contratos de seguro ou contratos de anuidade e qualquer opção ou outro instrumento derivativo. Entre outras informações, a Instituição Financeira deve reportar o saldo da conta ou valor até o final do ano civil pertinente ou em outro período de prestação de informações apropriado; ou, caso a conta tenha sido fechada durante o ano, imediatamente antes do fechamento.

Por outro lado, o IGA não esclarece o que o saldo da conta ou o valor significam para um derivativo, um swap ou contrato de principal notional. A Receita Federal do Brasil publicou a Instrução Normativa nº 1.571 de 2015, determinando que instituições financeiras brasileiras declarem o saldo ou valor de contas e aplicações financeiras, mas não houve esclarecimentos sobre o que saldo ou valor significam no caso de derivativos.

Essa questão é relevante, pois não existe um saldo no caso de derivativos e, com relação ao seu valor, até o termo final dos respectivos contratos o valor efetivo é variável. Qualquer tentativa de prever o valor de um derivativo até sua efetiva liquidação, encerramento ou transferência é um exercício puramente matemático e teórico.

Na medida em que não existe o esclarecimento necessário sobre o que deve ser considerado como saldo no caso de derivativos, entendemos que o Itamaraty poderia, à luz do Artigo 8, Parágrafo 1 do IGA, solicitar às autoridades dos EUA uma consulta sobre a forma a ser adotada na prestação de informações sobre o saldo de derivativos.

Resta claro que o IGA tem por escopo implementar o FATCA. Se o IGA é omissivo sobre um tópico específico e se as normas brasileiras também o são, deve-se interpretar as regras de acordo com as regulações editadas pelo Tesouro americano, desde que essa interpretação seja consistente, também, com as leis brasileiras.

A esse respeito, a Seção 1.1471 do *Internal Revenue Code* determina, na "Section 1.1471-4 FFI Agreement, item (d) Account Reporting, sub-topic (33) Reporting of accounts under section 1471(c)(1), (iii) Account balance or value (A), In general":

*"As instituições financeiras estrangeiras participantes deverão reportar o saldo médio ou o valor da conta, se as instituições financeiras estrangeiras reportarem o saldo médio ou o valor para o titular da conta em um dado ano calendário. Se a instituição financeira estrangeira participante não reportar o saldo médio ou o valor da conta para o titular da conta, a instituição financeira estrangeira deverá reportar o saldo ou valor da conta a partir do final do ano calendário determinado de acordo com o parágrafo 1.1471-5(b)(4)."*

Portanto, as regulamentações do FATCA não demandam que as instituições financeiras reportem o valor de marcação a mercado de derivativos, mas exigem que as instituições financeiras reportem o saldo ou valor de uma conta da mesma forma que reportariam o saldo ou valor ao seu titular. Entendemos que, para este



propósito, o valor reportado ao titular da conta deve ser entendido como o valor formalmente reportado, anualmente, ao titular da conta para que este possa cumprir suas obrigações fiscais e obrigações acessórias de declaração de informações. No caso de derivativos no Brasil, normalmente, as instituições financeiras brasileiras fornecem informações que são relevantes para fins fiscais e financeiros aos titulares das contas, como o valor dos prêmios pagos e recebidos, o DRRC usado como margem de garantia, o valor dos ajustes diários, ajustes parciais ou totais e liquidações efetuadas. O valor de marcação a mercado de um derivativo geralmente é uma informação de uso interno da instituição financeira e somente para fins gerenciais. A instituição financeira muitas vezes não informa ao cliente o valor de marcação a mercado do derivativo, porque isso depende de modelos de medição próprios que podem resultar em valores muito diferentes do real valor do derivativo caso o cliente decida liquidá-lo. Caso a instituição financeira informe o valor de marcação a mercado, não se trata de uma informação oficial e é destinada apenas para fins gerenciais.

De acordo com o FATCA, se as instituições financeiras brasileiras não reportarem um saldo ou um valor para o titular da conta, então elas devem seguir as regras específicas previstas na Seção 1.1471-5 "Definitions applicable to section 1471", "(b) financial account", "(4) account balance or value", (i) que dispõem o seguinte:

*"o saldo ou valor de uma conta financeira é o saldo ou valor calculado pela instituição financeira para o propósito de reportar ao titular da conta. No caso de participação societária ou juros sobre dívida em uma entidade de investimento, em uma empresa holding ou em um centro de tesouraria ou em outras instituições financeiras, 'o saldo ou valor de uma participação societária é o valor calculado pela instituição financeira para o propósito que exige a mais frequente determinação de valor, e o saldo ou valor de um juros sobre dívida é o seu valor principal."*

Contratos de derivativos são considerados um recebível (dívida) porque não consistem em participação societária no capital da parte que celebra o instrumento derivativo. Portanto, conforme as regulamentações do FATCA, o valor declarável seria o total informado ao titular da conta e, na sua ausência, o valor principal do instrumento derivativo. Fora do Brasil, por vezes derivativos possuem valor principal, que é o caso da taxa de retorno totalmente financiada de swaps, por exemplo. Nesse caso, o investidor paga dinheiro para a instituição financeira, equivalente à quantia nocional do swap. Este dinheiro gera uma dívida para a instituição financeira, que se compromete a devolvê-lo ao investidor, sujeita a variação dos valores mobiliários subjacentes, preços, índices, taxas, conforme estabelecido no retorno total do swap.

No Brasil, contudo, esse tipo de estratégia deve ser efetuada na forma de um Certificado de Operação Estruturada (COE). Portanto, no Brasil um contrato de derivativo não possui um valor principal da dívida, somente uma quantia nocional, uma quantia de prêmio, DRRC usada como margem de garantia ou quantias de ajuste. A quantia nocional, no entanto, não corresponde a um valor principal de dívida, já que é livre de dinheiro, i.e., nenhum dinheiro é transmitido por uma parte a outra concernente à quantia nocional. A quantia nocional é somente uma referência para o cálculo das obrigações e dos direitos contratuais e não consiste, de fato, em uma obrigação de pagar propriamente dita, em uma dívida propriamente dita.

Ocasionalmente, prêmios podem ser pagos de uma parte a outra, e DRRC usada como margem de garantia também. A instituição financeira, contraparte na transação de derivativos, pode devolver o valor equivalente ao prêmio ou ao depósito para margem de garantia para o titular da conta no futuro, até que seja finalizada a posição do derivativo, se as taxas de mercado flutuarem de forma específica. Assim, em um sentido mais amplo de valor principal, o valor líquido dos prêmios e dos depósitos para margem de garantia pagos pelo titular da conta às instituições financeiras podem ser vistos como "valor principal". Esses valores podem ser entendidos como saldos e valores reportáveis.

Essa visão é consistente com a Lei Complementar 105 de 2001, que autoriza que as instituições financeiras brasileiras forneçam informações às autoridades fiscais brasileiras apenas sobre o valor de aquisição ou vendas (liquidação) de derivativos. É possível sustentar que os valores de prêmios e depósitos para margem de garantia pagos pelo titular da conta às instituições financeiras, líquidos de prêmios recebidos, correspondem aos valores pagos para adquirir e manter essa posição em derivativos. Geralmente, isso corresponde também às informações fornecidas aos titulares das contas pelas instituições financeiras para fins tributários e financeiros.

Para corroborar essa forma de declaração dos derivativos, obtivemos o parecer do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados anexo.

## 2. Nosso entendimento

Com base no cenário explicitado acima, entendemos que as regulamentações do Tesouro americano não requerem como valor ou saldo a declaração, por parte das instituições financeiras, do valor de marcação a mercado de derivativos. O saldo ou valor declarável de um derivativo, para fins do FATCA, é o mesmo valor que a instituição financeira informa, para fins tributários, ao titular da conta. Se não for informado nenhum dado ao titular da conta, então o valor do derivativo deverá ser o valor principal da dívida. O valor principal da dívida de um derivativo consiste nos valores líquidos dos prêmios e depósitos para margem de garantia pagos pelo titular da conta à instituição financeira contraparte durante todo o tempo de existência do derivativo menos os montantes recebidos, de mesma natureza, da instituição financeira.

## 3. Nosso pedido de esclarecimento

Gostaríamos de, respeitosamente, solicitar que Vossas Senhorias considerem o contexto fático e nosso entendimento expostos acima para:

- (i) consultar as autoridades dos EUA, nos termos do Artigo 8, Parágrafo 1 do IGA, visando confirmar que nosso entendimento é uma interpretação válida para fins de declaração de saldo de derivativos pelo IGA; ou,
- (ii) caso contrário, solicitar esclarecimento com maior detalhe sobre o que deve ser considerado como saldo ou valor reportáveis de instrumentos derivativos.

Adicionalmente, seria de grande auxílio se pudesse ser feita uma sugestão às autoridades dos EUA para a inclusão de outro questionamento em seu sítio eletrônico para lidar com este tema na sessão "FATCA Frequently Asked Questions", no website do IRS, no campo "Reporting", uma questão nº 3 "Q3". Se concordarem com nosso posicionamento, sugerimos a seguinte pergunta e resposta:

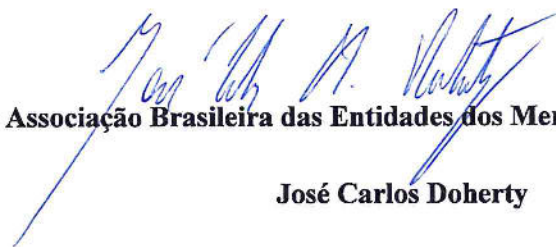
*"Q3. Qual é o saldo ou valor declarável de um instrumento derivativo? A PFFI (instituição financeira estrangeira participante) deve declarar o valor de marcação a mercado?"*

*R: O Regulamento do Tesouro Americano não exige que as instituições financeiras reportem o valor de marcação a mercado ("market-to-market") de um derivativo como seu saldo ou valor. O saldo ou valor declarável, para fins do FATCA, será o saldo ou valor que a instituição financeira informa ao titular da conta anualmente, para que este cumpra suas obrigações tributárias e obrigações de declaração de informações. Se não for informado nenhum dado ao titular da conta, então o valor do derivativo deverá ser o valor principal da dívida. O valor principal da dívida de um derivativo consiste nos valores líquidos dos prêmios e dos depósitos para margem de garantia pagos pelo titular da conta à instituição financeira durante todo o tempo de existência do derivativo menos os montantes recebidos, de mesma natureza, da instituição financeira, para*

*aquisição da titularidade dos direitos incluídos no contrato derivativo, tais como pagamentos de prêmios e valores depositados como margem de garantia."*

Este esclarecimento é muito importante para que nossas instituições financeiras associadas adequem-se à implantação do FATCA de maneira legal e eficiente, diante da ausência de outras orientações específicas.

Reforçamos aqui nosso agradecimento por seus esforços em considerarem este assunto e nossa solicitação.

  
ANBIMA - Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais

José Carlos Doherty



**INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**

**Data:** 1 de outubro de 2015

**Para:** ANBIMA – Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais

**De:** Lavinia Junqueira

**Ref:** Declaração de Derivativos para o "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA)

Prezados Srs.,

Conforme solicitado, seguem nossas considerações acerca das regras de reporte aplicáveis a derivativos no contexto do FATCA. No Anexo 1, sugerimos a redação de uma carta da ANBIMA para o *Internal Revenue Services* (IRS) - a instituição equivalente à Receita Federal nos Estados Unidos -, com a intenção de requerer ao IRS a confirmação do entendimento adotado nesta opinião ou para esclarecer a dúvida sobre como os derivativos deveriam ser reportados para os propósitos do FATCA, e/ou requisitar ao IRS que inclua em seu website uma seção de Perguntas e Respostas que trate deste assunto, com sugestões quanto ao seu conteúdo.

**1. O Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA ("IGA").**

Em 23 de setembro de 2014, o Brasil assinou com os Estados Unidos da América o acordo de cooperação intergovernamental (IGA). Sob este acordo, as instituições financeiras brasileiras são obrigadas a reportar às autoridades fiscais brasileiras certas informações sobre Contas dos EUA a serem reportadas.

Tais contas incluem as "Contas de Custódia", as quais incluem transações de moeda ou de mercadorias, "credit default swap", "swap" com indexador não financeiro, contratos de principal notional, contratos de seguro ou contratos de anuidade e qualquer opção ou outro instrumento derivativo<sup>1</sup>. Entre outras informações, a Instituição Financeira deve reportar o saldo da conta ou valor até o final do ano civil pertinente ou em outro período de prestação de informações apropriado; ou, caso a conta tenha sido fechada durante o ano, imediatamente antes do fechamento<sup>2</sup>.

Por outro lado, o IGA não esclarece o que o saldo da conta ou o valor significam para um derivativo, um swap ou contrato de principal notional. Essa questão é relevante, pois não existe um saldo no caso de

<sup>1</sup> IGA, Artigo 1, 1, u).

<sup>2</sup> IGA, Artigo 2, 2, (4).

derivativos e, com relação ao seu valor, até o termo final dos respectivos contratos o valor efetivo é variável. Qualquer tentativa de prever o valor de um derivativo até sua efetiva liquidação, encerramento ou transferência é um exercício puramente matemático e teórico.

Apesar da falta de clareza do IGA a esse respeito, é possível adotar as leis brasileiras e seus princípios, assim como as definições contidas nas regulamentações do Tesouro americano aplicáveis para chegar conclusões mais concretas. Isso porque, primeiramente, o IGA foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro (por meio do Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015) e, portanto, deve ser interpretada sistematicamente juntamente a outras leis do sistema jurídico-tributário brasileiro. Adicionalmente, como o nome do IGA já indica, seu propósito é facilitar a implementação do FATCA. O FATCA, de outro lado, foi promulgado nos Estados Unidos e segue os regulamentos lá aplicáveis.

Portanto, no Brasil, a primeira abordagem na aplicação de qualquer lei é seguir exatamente o que está previsto em seus dispositivos. No entanto, se o IGA é omissivo com relação a um tópico específico e se a regulamentação brasileira também se omite a esse respeito, é preciso interpretar as regras utilizando-se de outras normas em vigor no País que tratam do mesmo assunto ou de assuntos similares, bem como atentando-se para os objetivos das regras objeto de interpretação. Nós realizamos tal análise no item 2, abaixo. Ademais, está claro que o objetivo do IGA é implementar o FATCA, de tal modo que as instituições financeiras devem interpretar e aplicar qualquer tópico específico de acordo com as regulamentações do FATCA, publicadas pelo Tesouro americano, na medida em que essa interpretação também seja compatível com a legislação brasileira.

Além disso, mesmo que o IGA contivesse uma definição clara de saldo ou valor de um derivativo, seria possível para o Brasil usar ou permitir que as instituições financeiras brasileiras usassem uma definição diferente daquelas contidas nas regulamentações dos EUA, conforme previsto nos artigos 4 e 7 do IGA. Se tal previsão legal existe para as definições que estão claras no IGA, é razoável presumir que também se aplicam para os conceitos que não estão definidos no IGA.

## 2. Leis e regulamentações brasileiras

As autoridades fiscais e monetárias brasileiras não emitiram uma regulamentação específica a respeito do FATCA. No entanto, a Instrução Normativa 1.571 de 2015 ("IN 1.571/2015") criou uma obrigação acessória para reporte de informações denominada E-Financeira. Essa IN obriga certas instituições financeiras a fornecerem informações acerca de transações financeiras que são relevantes para a Receita Federal do Brasil. A IN, juntamente ao leiaute e ao Manual de Preenchimento, também contém disposições sobre quais informações deverão ser reportadas para os propósitos do FATCA e como reportá-las.

A IN determina que instituições financeiras reportem o saldo de aplicações financeiras até 31 de dezembro ou na data imediatamente anterior à data na qual o investimento tenha sido liquidado. Tal

disposição se aplica para swaps e qualquer outra aplicação de renda variável, o que inclui derivativos<sup>3</sup>. A Instrução Normativa esclarece o conceito de saldo para diversas aplicações financeiras, porém não prevê um conceito claro de saldo para derivativos, e.g.<sup>4</sup>:

*§ 4º Considera-se saldo do último dia útil do ano:*

*I - no caso de contas de depósito, inclusive de poupança, o valor disponível no último dia útil do ano, exceto no caso de depósitos a prazo, para os quais será considerado o valor original;*

*II - no caso de fundos de investimentos:*

*a) cuja tributação ocorra somente no resgate das cotas ou na distribuição de lucros ou rendimentos, o valor de aquisição das cotas; e*

*b) para os demais fundos de investimento:*

*1. se o beneficiário não houver adquirido ou resgatado cotas após a data em que houver a última incidência periódica do imposto sobre a renda, o valor relativo ao saldo de cotas nessa data; e*

*2. se o beneficiário houver adquirido ou resgatado cotas após a data em que houver a última incidência periódica do imposto sobre a renda, o valor relativo ao saldo de cotas nessa data (última incidência periódica) que remanescerem, em caso de resgate, adicionado do valor de aquisição das cotas;*

*III - no caso das demais aplicações financeiras de renda fixa, os valores originais de aquisição;*

*IV - no caso de ações, o valor atualizado considerando o preço de fechamento no último dia útil do ano, ou na data da última negociação, ou na impossibilidade da determinação do valor atualizado, o valor declarado pelo proprietário da ação; e*

*V - no caso de provisões matemáticas de benefícios a conceder e de Fapi de que tratam os incisos IV e V do caput do art. 5º, o valor disponível no último dia útil do ano.*

No caso de ações, conforme observado no parágrafo 4º, IV, as autoridades fiscais exigem que a instituição financeira reporte o valor de marcação para o mercado das ações. No caso de certos seguros e planos de pensão, conforme previsto no inciso V, as autoridades fiscais exigem que as instituições financeiras brasileiras reportem o valor das provisões matemáticas contabilizadas para o pagamento de benefícios. No caso de todos os outros tipos de investimentos, as autoridades fiscais brasileiras exigem que as instituições financeiras brasileiras reportem o valor de aquisição, e.g., o custo de aquisição para fins tributários ou o último valor tributado.

De fato, as autoridades fiscais brasileiras justificam este pedido de informações sobre transações e aplicações financeiras em diversas regras, entre as quais a Lei Complementar 105 de 2001. Esta Lei permite que instituições financeiras brasileiras, de acordo com os termos das regulamentações aplicáveis emitidas pelas autoridades fiscais brasileiras, forneçam certas informações acerca da aquisição e venda de títulos de renda fixa e variável. Portanto, é legalmente possível para as autoridades fiscais brasileiras

<sup>3</sup> Artigo 5, II, §§ 2º e 3º, itens 1. 2.

<sup>4</sup> Artigo 5, § 4º.

exigirem que as instituições financeiras brasileiras informem o valor da aquisição de títulos de renda fixa e variável, e.g. o custo de aquisição. Claro que em virtude de outras regras tributárias, para verificar a correta base de cálculo e fato gerador, as autoridades fiscais podem se aprofundar e questionar o último valor tributado de um investimento.

Não existe uma previsão legal clara que permite as autoridades fiscais a se aprofundarem e exigirem informações sobre o saldo de uma aplicação financeira, salvo pelo fato de o saldo ser a soma das aquisições menos vendas, e de que a lei autoriza as autoridades fiscais a exigirem informações acerca de ambas. Portanto, a única interpretação que permite que as autoridades fiscais exijam o saldo de instrumentos financeiros consiste em considerar que o saldo é o resultado de aquisições menos vendas. Então, se a lei autoriza que as autoridades fiscais obtenham informações sobre aquisições e vendas, também autoriza que elas obtenham informações sobre o saldo. Saldo, no entanto, para tais propósitos, tem que ser sempre determinado através do valor de custo, e.g. o custo de aquisição, ou o último valor tributado.

Essa é também a única informação que é relevante para as autoridades fiscais, que justifica a exigência de informações. Não existe qualquer autorização legal para as autoridades fiscais exigirem o valor de marcação a mercado de um investimento e qualquer exigência nesse sentido seria desproporcional, pois a informação é inútil para fins tributários. Pessoas físicas e jurídicas no Brasil não são tributadas por perdas e ganhos calculados com base no valor de marcação a mercado, mas apenas sobre sua efetiva realização<sup>5</sup>.

Na realidade, em termos de fatos e de direito, na falta de uma regulamentação específica que determine qual saldo as instituições financeiras brasileiras devem reportar para as autoridades fiscais brasileiras relativamente a derivativos, contrato de principal notional e swaps, este saldo deve ser determinado pelo valor original de aquisição. Portanto, a nosso ver, no caso de derivativos com prêmios, o saldo consiste nos prêmios pagos menos os prêmios recebidos. Por exemplo, se o cliente paga um prêmio de 100 e recebe um prêmio de 30, o saldo consiste em 70. Setenta é o montante de dinheiro que o cliente teve que investir no derivativo para adquirir os direitos nele contidos. Nós entendemos que para este propósito não importa se o prêmio é pago para ajustar oscilações, ou como uma garantia ou para pagar por direito de opções.

Isto é consistente com as regras tributárias brasileiras, já que os prêmios são considerados ativos e passivos, não ganhos, quando pagos ou recebidos. O custo de um derivativo para fins tributários, neste caso, é o valor líquido dos ativos (prêmios pagos) menos os passivos (prêmios recebidos). Isto também é consistente com as regras do FATCA, porque o seu principal propósito é determinar onde o cliente investiu seu dinheiro, para verificar se estes investimentos foram declarados para fins tributários nos EUA. O valor de marcação a mercado, de outro lado, não representa um investimento em dinheiro do cliente, nem sua base de custo.

Nesse sentido, se o derivativo não envolve pagamentos de prêmios, então o saldo do derivativo deveria ser zero. Ademais, se o cliente paga por um prêmio menor do que o prêmio que recebe, o saldo é

<sup>5</sup> Lei 8.981, Lei 11.055, Lei 12.973, Instrução Normativa 1.585.



igualmente zero. Isso porque, nesse caso o cliente não tem uma base de custo líquida para o derivativo e também não tem investido dinheiro no derivativo.

Outro item que pode ser levado em conta como custo para fins tributários é o Depósito com Redutor de Risco de Crédito (DRRC). Dependendo da maneira sob a qual o depósito é estruturado contratualmente, é considerado um valor depositado puramente como margem de garantia. Como tal, o DRRC é também parte do saldo de um derivativo. Dependendo da forma com que o depósito é estruturado contratualmente, ele pode ser visto como uma liquidação intermediária ou como um ajuste contratual, que é considerado ganho (ou perda) para fins tributários, e não um saldo. DRRC usado como margem de garantia, então, deverá ser considerado saldo, enquanto ajustes intermediários deverão ser considerados ganhos (ou perdas). Também entendemos que o FATCA somente exige o reporte de ganhos e não de perdas. Com relação à E-Financeira, também entendemos que só deverão ser reportados os ganhos.

Nesse sentido, todas as outras liquidações e ajustes contratuais de um derivativo sem prêmios e sem DRRC usado como margem de garantia são, de fato, ganhos para fins tributários, e não saldos.

Relativamente à E-Financeira, mesmo as instruções não estando claras, entendemos que os derivativos devem ser reportados de forma agregada para as autoridades fiscais brasileiras, somados todos os saldos de derivativos, na conta tipo 2 (conta de custódia), subtipo 203 (derivativos).

Mesmo que as autoridades fiscais brasileiras exigissem que as instituições financeiras brasileiras reportassem o valor de marcação a mercado de derivativos, o que elas não fizeram, entendemos que a Lei Complementar 105 não autoriza as autoridades fiscais brasileiras a agirem de tal modo e, assim, tal exigência seria ilegal e inconstitucional.

Isso posto, sob a perspectiva brasileira, saldo deve ser entendido como o valor positivo do valor de aquisição original de derivativos. No caso de derivativos com prêmios, o saldo consiste no valor positivo dos prêmios pagos menos prêmios recebidos. No caso de derivativos com DRRC usados como margem de garantia, os prêmios deverão ser adicionados aos DRRC usados como margem de garantia na computação do valor de aquisição. Em todos os outros casos, o saldo de um derivativo será zero.

### 3. Regulamentos do Tesouro dos EUA

O IGA estabelece que "*caso ocorra alguma dificuldade na implementação deste Acordo, qualquer Parte poderá solicitar consultas para desenvolver medidas adequadas a fim de assegurar o cumprimento do Acordo.*"<sup>6</sup> Portanto, se as autoridades fiscais brasileiras tiverem dúvidas sobre como interpretar o IGA ou tiverem dúvidas sobre se declarar o saldo como o valor original da aquisição conforme concluído no item 2 acima é correto para os propósitos do FATCA, as autoridades fiscais brasileiras podem acessar as autoridades competentes dos EUA para buscar esclarecimentos.

<sup>6</sup> IGA, Artigo 8, 1.

De qualquer modo, o propósito deste memorando é esclarecer o conceito de saldo ou valor, conforme a regulamentação do Tesouro americano. As regulamentações do FATCA estão compiladas no *Internal Revenue Code* (IRC), sob a seção 1.1471. A “Seção 1.1471-4 FFI Agreement, item (d) Account Reporting, sub-tópico (33) Reporting of accounts under section 1471(c)(1), (iii) Account balance or value (A), In general”, determina o seguinte:

*"As instituições financeiras estrangeiras participantes deverão reportar o saldo médio ou o valor da conta, se as instituições financeiras estrangeiras reportarem o saldo médio ou o valor para o titular da conta em um dado ano calendário. Se a instituição financeira estrangeira participante não reportar o saldo médio ou o valor da conta para o titular da conta, a instituição financeira estrangeira deverá reportar o saldo ou valor da conta a partir do final do ano calendário determinado de acordo com o parágrafo 1.1471-5(b)(4)."*

Portanto, as regulamentações do FATCA exigem que as instituições financeiras reportem o saldo ou valor de uma conta do mesmo modo que reportam a conta ou valor para seu respectivo titular. É importante notar que isso não inclui qualquer tipo de prestação de contas informal, como relatórios pela internet ou relatórios gerenciais mensais de saldo financeiro. O reporte a ser considerado para o FATCA deve consistir em uma prestação de contas formal feita anualmente pela instituição financeira para o cliente contemplando todo o ano calendário, na qual a instituição financeira expõe ao cliente informações relevantes para o cumprimento de suas obrigações fiscais e obrigações de reporte para aquele ano calendário.

No caso de derivativos no Brasil, normalmente, as instituições financeiras brasileiras fornecem informações que são relevantes para fins fiscais e financeiros aos titulares das contas, como o valor dos prêmios pagos e recebidos, o DRRC usado como margem de garantia, o valor dos ajustes diários, ajustes parciais ou totais e liquidações efetuadas. O valor de marcação a mercado de um derivativo geralmente é uma informação de uso interno da instituição financeira e somente para fins gerenciais.

A instituição financeira muitas vezes não informa ao cliente o valor de marcação a mercado do derivativo, porque isso depende de modelos de medição próprios que podem resultar em valores muito diferentes do real valor do derivativo caso o cliente decida liquidá-lo. Caso a instituição financeira informe o valor de marcação a mercado, não se trata de uma informação oficial e é destinada apenas para fins gerenciais.

Portanto, entendemos que o reporte de acordo com o valor original da aquisição como explicitado no item 2 desta opinião é consistente com as regulamentações gerais do FATCA a respeito do assunto.

Se as instituições financeiras brasileiras não reportarem um saldo ou um valor para o titular da conta, então elas devem seguir as regras específicas previstas na Seção 1.1471-5 “Definitions applicable to section 1471”, “(b) financial account”, “(4) account balance or value”, (i) que dispõem o seguinte:

*"o saldo ou valor de uma conta financeira é o saldo ou valor calculado pela instituição financeira para o propósito de reportar ao titular da conta. No caso de participação societária ou juros sobre dívida em uma entidade de investimento, em uma empresa holding ou em um centro de tesouraria ou em outras instituições*

*financeiras, 'o saldo ou valor de uma participação societária é o valor calculado pela instituição financeira para o propósito que exige a mais frequente determinação de valor, e o saldo ou valor de um juro sobre dívida é o seu valor principal.'*"

Na realidade brasileira, um recebível decorrente de uma dívida ou uma participação societária em uma entidade de investimento deveriam significar quotas de um fundo de investimento, que seriam reportadas pelo valor informado ao titular da conta ou, na sua ausência, pelo seu último montante líquido determinado. Este não é o caso analisado nesta opinião. Derivativos são geralmente juros sobre dívidas, pois eles não representam participação societária no capital de uma entidade. No entanto, derivativos contratados com instituições financeiras brasileiras, que não são classificados para propósitos do FATCA como empresas holding ou centros de tesouraria, não são juros sobre dívida em empresas holding ou centros de tesouraria. É necessário, portanto, analisar se um derivativo pode ser considerado juros sobre dívida em outras instituições financeiras para os propósitos do FATCA:

*"Qualquer (...) juro sobre dívida (ressalvados juros regularmente comercializados em um mercado de títulos estabelecido (...)) em uma entidade que é uma instituição depositária, custodial, de investimentos (...), ou de seguros se -*

*(1) O valor dos juros é determinado diretamente ou indiretamente, primariamente por referência a ativos que originam ( ou poderiam originar) pagamentos sujeitos a retenções (...); ou*

*(2) O juro é emitido com o principal propósito de evitar o reporte ou obrigações de retenção na fonte conforme capítulo 4."*<sup>7</sup>

A nosso ver, derivativos não se qualificam sob o item (2), pois as instituições financeiras brasileiras reportarão qualquer derivativo contratado com investidores pelos quais tenham sido despendidos recursos, e.g. ajustes ou prêmios que tenham sido pagas. O item (1) pode ser aplicado no caso de derivativos indexados ao capital de empresas ou títulos americanos. Neste caso, o valor reportável seria o valor informado para o titular da conta e, em sua ausência, o valor principal, se o derivativo tiver um valor principal.

Fora do Brasil, por vezes derivativos possuem valor principal, que é o caso da taxa de retorno totalmente financiada de swaps, por exemplo. Nesse caso, o investidor paga dinheiro para a instituição financeira, equivalente à quantia notional do swap. Este dinheiro gera uma dívida para a instituição financeira, que se compromete a devolvê-lo ao investidor, sujeita a variação dos valores mobiliários subjacentes, preços, índices, taxas, conforme estabelecido no retorno total do swap.

No Brasil, contudo, esse tipo de estratégia deve ser efetuada na forma de um Certificado de Operação Estruturada (COE). Portanto, no Brasil um contrato de derivativo não possui um valor principal da dívida,

<sup>7</sup> § 1.1471-5 Definições aplicáveis à Seção , (b) contas financeiras. (I) em geral, (iii) participação no capital ou juros sobre dívida, (C) participação no capital ou juros sobre dívidas em outras instituições financeiras.

somente uma quantia nocional, uma quantia de prêmio, DRRC usada como margem de garantia ou quantias de ajuste. A quantia nocional, no entanto, não corresponde a um valor principal de dívida, já que é livre de dinheiro, i.e., nenhum dinheiro é transmitido por uma parte a outra concernente à quantia nocional. A quantia nocional é somente uma referência para o cálculo das obrigações e dos direitos contratuais e não consiste, de fato, em uma obrigação de pagar propriamente dita, em uma dívida propriamente dita.

Ocasionalmente, prêmios podem ser pagos por uma parte a outra, e DRRC usada como margem de garantia também. Esses prêmios e DRRC usadas como margem de garantia seriam reportadas como saldos, nos termos do item 2 desta opinião. Assim sendo, mesmo que aplicássemos ao derivativos contratados no Brasil as disposições previstas nas regulamentações do FATCA relacionadas ao reporte de contas financeiras e de certos juros sobre dívidas e participações societárias, chegaremos à mesma conclusão. Concluiremos que as quantias reportáveis como saldos são as quantias pagas pelo titular da conta para adquirir e manter a posição do derivativo até seu termo final, i.e., o valor de aquisição. Isso significa, na prática de derivativos, que somente a quantia efetivamente paga pelo cliente para a instituição financeira menos a quantia recebida são reportáveis. Conforme esclarecido no item 2 deste memorando, entendemos que isso inclui o valor de prêmios pagos pela contraparte menos prêmios recebidos e DRRC usada como margem de garantia. Se o derivativo não tem prêmios ou DRRC, o saldo reportável será zero.

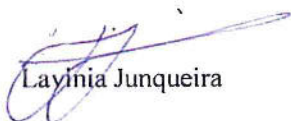
#### 4. Conclusão

Como resultado, concluímos que o saldo de um derivativo, para fins de reporte, é o valor de aquisição, o que significa os prêmios pagos pelo titular da conta menos os prêmios recebidos e o DRRC utilizado como margem de garantia. Em todos os outros casos, o saldo é zero. Isto corresponde também aos valores declarados pelas instituições financeiras às suas contrapartes, i.e., aos titulares de contas, como relevantes para fins tributários e financeiros. A nosso ver, esta é a interpretação mais adequada do IGA, de acordo tanto com as leis e regulamentos internos do Brasil, especialmente a Lei Complementar 105 de 2001, quanto com as regulamentações do FATCA.

\* \* \*

Colocamo-nos à inteira disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais que julguem necessários.

Atenciosamente,

  
Layinia Junqueira

\* \* \*

*Os comentários expostos neste memorando são baseados em nosso entendimento dos fatos, suposições e circunstâncias conforme aqui descritos. Na medida em que referidos fatos, suposições e circunstâncias não forem verídicos quanto a qualquer aspecto material ou, caso existam omissões quanto a fatos e circunstâncias que de alguma forma surtiriam alterações materiais em nossa análise, os comentários apresentados neste documento ficam sujeitos a revisões.*

*Os comentários apresentados neste documento não consideram ou preveem quaisquer alterações futuras na legislação, sejam elas decisões judiciais, governamentais ou legislativas, entre outras. Não nos responsabilizamos por atualizações em nossos trabalhos em relação a alterações posteriores a presente data, incluindo, mas não se limitando a, alterações a, ou decorrentes de políticas administrativas, normativos ou julgamentos/jurisprudência.*

*Os comentários expostos no presente documento referem-se tão-somente à nossa interpretação da legislação tributária brasileira, não incluindo a análise de jurisprudência ou legislação aplicável em outra jurisdição. Os comentários não vinculam qualquer autoridade brasileira, incluindo às autoridades fiscais federais, estaduais e municipais não havendo qualquer garantia de que tais autoridades concordarão com os comentários aqui apresentados.*

*Esta carta é de uso exclusivo da ANBIMA e poderá ser transmitida às autoridades competentes.*



# ANEXO 1

Sugestão de carta que pode ser enviada para o *Internal Revenue Services* (IRS) com o objetivo de esclarecer os valores que devem ser reportados em caso de derivativos.

Letterhead

To the Internal Revenue Services

In Attention to

**Mr(s). (Insert Name)**

(Insert Position)

(Insert Address)

A Copy to

Receita Federal do Brasil

In Attention to

Mr(s). (Insert Name)

(Insert Position)

(Insert Address)

**Reference: Balance or value reporting in the case of derivative instruments for the Foreign Account Tax Compliance Act ("FATCA") purposes.**

Dear Sir (Madam),

The Brazilian Association of Financial and Capital Markets Entities represents institutions that act in the Brazilian capital markets. Among other market associations, we unite the greater number of market players in order to represent them concisely toward the governmental authorities, market participants and the society.

In this sense, we take this opportunity to bring to your attention a particular issue that is of great importance to our associates concerning derivative reporting for FATCA purposes. We appreciate in advance for your appreciation of this issue and of our request of clarification.

## 1. Background

On September 23, 2014, Brazil signed with the United States of America the Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil to Improve International Tax Compliance and to Implement the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) ("IGA"). Under such IGA, the Brazilian financial institutions have to report to the Brazilian tax authorities certain information on U.S. Reportable Accounts.

These accounts include a "Custodial Account", which includes a currency or commodity transaction, a credit default swap, a swap based upon a nonfinancial index, a notional principal contract, any option or other derivative instrument (IGA, Article 1, 1, u). Among others, the financial institution has to report the account balance or value as of the end of the relevant calendar year or other appropriate reporting period or, if the account was closed during such year, immediately before closure (IGA, Article 2, 2, (4)).

On the other hand, the IGA does not clarify what the account balance or value means, for a derivative, swap or notional principal contract. The Brazilian Federal Revenue issued Normative Instruction 1,571 of 2015 requesting Brazilian financial institutions to report the balance or value of financial accounts, but likewise there is no clarification as to what balance or value means in the case of derivatives.

The issue is relevant, because there is no such thing like a balance in the case of derivatives and concerning their value, until the final term of such agreements, the effective value is variable. Any attempt to predict the value of a derivative until it is actually liquidated, terminated or assigned is a pure mathematical and theoretical exercise.

It is clear that the intent of the IGA is to implement FATCA. If the IGA is silent concerning a specific topic and Brazilian local regulations are also silent in this regard, we have to interpret the rules in accordance with the U.S. Treasury Regulations, to the extent that this interpretation is also consistent with the Brazilian laws.

In this regard, Section 1.1471 of the Internal Revenue Code determines, under Section 1.1471-4 FFI Agreement, item (d) Account Reporting, sub-topic (33) Reporting of accounts under section 1471(c)(1), (iii) Account balance or value, (A) In general:

*"The participating FFI shall report the average balance or value of the account if the FFI reports average balance or value to the account holder for a calendar year. If the participating FFI does not report the average balance or value of the account to the account holder, the participating FFI shall report the balance or value of the account as of the end of the calendar year as determined in accordance with §1.1471-5(b)(4)."*

Therefore, FATCA regulations do not require financial institutions to report the mark-to-market value of a derivative but rather require the financial institutions to report the balance or value of an account in the same way as they report the account or value to the account holder. We understand for this purpose that the amount reported to the account holder shall be the amount formally reported on an annual basis, for the account holder to comply with its tax and reporting obligations. In the case of derivatives in Brazil,

usually, Brazilian financial institutions report information that is relevant for tax and cash purposes to the account holders, such as the value of the premiums paid and received, the value of margin deposits, the value of daily adjustments, partial or total adjustments and liquidations undertaken. The mark-to-market value of a derivative is usually an internal information for the use of the financial institution only. The financial institution often times does not inform to the client the mark-to-market value of the derivative, because this depends on proprietary measurement models and may be far different from the actual value of the derivative should the client wish to terminate its position. Even if it does inform the mark-to-market value to the client, it is a managerial information only, not binding and not official.

Further to FATCA, if the Brazilian financial institutions did not report a balance or value to the account holder, then they would have to follow the specific rules provided under Section 1.1471-5 Definitions applicable to section 1471, (b) financial accounts, (4) account balance or value, (i) In general, as follows:

*"the balance or value of a financial account is the balance or value calculated by the financial institution for purposes of reporting to the account holder. In the case of equity or debt interest in an investment entity, in a holding company or treasury center or in other financial institutions, the balance or value of an equity interest is the value calculated by the financial institution for the purpose that requires the most frequent determination of value, and the balance or value of a debt interest is its principal amount."*

Derivative contracts are debt interests because they do not correspond to a participation in the equity of the party celebrating the derivative instrument. Therefore, following FATCA rules, the reportable value would be the amount informed to the account holder and in its absence the principal amount of the derivative instrument. Out of Brazil, sometimes derivatives have principal amounts, which is the case of the fully funded total rate of return swaps, for instance. In this case, the investor pays cash to the financial institution, equivalent to the notional amount of the swap. This cash is a debt of the financial institution that compromises to return it to the investor, subject to the variation of the underlying securities, prices, indexes, rates, as established in the total return swap.

In Brazil however this type of strategy must be undertaken in the form of a Certificate of Structured Transaction (*COE, Certificado de Operação Estruturada*), a type of structured debt note. Thus, in Brazil a derivative contract does not have a debt principal amount, just a notional amount, a premium amount, margin deposit values, or adjustments amount.

The notional amount however does not correspond to a debt principal amount since it is cash free, no cash is contributed from one party to the other concerning the notional amount. The notional amount is just a reference to the computation of the contractual obligations and rights and does not consist, indeed, of an obligation to pay per se or a debt per se.

Occasionally, premiums may be paid from one party to the other, and margin deposits too. The financial institution counterparty to the derivative transaction may have to return the value equivalent to the premium or the margin deposits to the account holder in the future, until the final termination of the derivative position, if the market rates fluctuate in a particular way. Therefore, in a broader sense of principal amount, the net amount of premiums and the net amount of margin deposits, paid by the account

holder to the financial institutions, could be viewed as a "principal amount". These amounts could be viewed as reportable balances or values.

This is consistent with Brazilian Complementary Law 105 of 2001, which only allows Brazilian financial institutions to provide to the Brazilian tax authorities information on the acquisition or sale (termination) value of derivatives. We can sustain that the values of premium and margin deposits paid by the account holder to the financial institution, net of premium amounts received, correspond to the value paid to acquire and maintain this acquisition of a derivative position. In general, this corresponds also to the information provided to the account holders by the financial institutions for cash or tax purposes.

## 2. Our Understanding

In light of the background clarified above we understand that U.S. Treasury Regulations do not require financial institutions to report as the balance or value of a derivative its respective mark-to-market value. The reportable balance or value of a derivative, for FATCA purposes, is whatever value the financial institution also reports, for tax purposes, to the account holder. If no such value is reported to the account holder, then the value of a derivative should be its debt principal amount. The debt principal amount of a derivative consists on the net values of premium and margin deposits paid by the account holder to the financial institution counterparty throughout the derivative tenor less the amounts received with the same nature from the financial institution.

## 3. Our Request for Clarification

We respectfully appreciate if you could take this background and our understanding into consideration and if you could kindly either:

- (i) confirm that our understanding is a valid interpretation of U.S. Treasury Regulations on this subject; or, rather,
- (ii) if you could better clarify to us what is the reportable balance or value of a derivative instrument.

Alternatively, we appreciate if you could include another question to deal with this matter, in your FATCA Frequently Asked Questions, at the Internal Revenue Services' website<sup>8</sup>, under Reporting, a Question Nr. 3, "Q3", to deal with this specific matter. If you agree with our position, we suggest the following question and answer:

*"Q3. What is the reportable balance or value of a derivative instrument? Does the PFFI have to report the mark-to-market value?"*

<sup>8</sup> <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Frequently-Asked-Questions-FAQs-FATCA--Compliance-Legal>

*U.S. Treasury Regulations do not require financial institutions to report the mark-to-market value of a derivative as its balance or value. The reportable balance or value of a derivative, for FATCA purposes, is whatever balance or value the financial institution also reports to the accountholder on an annual basis, for the accountholder to comply with its tax and reporting obligations. If no such value exists, the value of a derivative should be its debt principal amount. The debt principal amount of a derivative consists on the net values of the amounts paid by the accountholder to the financial institution counterparty less amounts received, for the entitlement to the rights included in such derivative contract, such as the premium payments and margin deposits.*

This clarification is very important for our associated financial institutions to comply with FATCA's implementation in an efficient and legal manner, in the lack of any other specific guidance.

We reinforce our appreciation of your efforts in considering this issue and our request.

Best Regards,

