

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****Conselho Administrativo de Recursos Fiscais****PROCESSO** 16539.720013/2019-89**ACÓRDÃO** 2401-011.828 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA**SESSÃO DE** 5 de junho de 2024**RECURSO** VOLUNTÁRIO**RECORRENTE** BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A.**RECORRIDA** FAZENDA NACIONAL**Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias**

Período de apuração: 01/11/2014 a 31/12/2016

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Entende-se por salário-de-contribuição a remuneração auferida, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades.

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO.

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributos ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

TERCEIROS. INCRA. STF. TEMA 495.

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao Incra devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. SÚMULA CARF Nº 28.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. No mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o

conselheiro Matheus Soares Leite que dava provimento ao recurso. Vencidos em primeira votação os conselheiros José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite e Guilherme Paes de Barros Geraldi que votaram por converter o julgamento em diligência.

Assinado Digitalmente

Miriam Denise Xavier – Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Carlos Eduardo Ávila Cabral (substituto) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Autos de Infração - AI lavrados contra a empresa em epígrafe, com lançamento de contribuição social previdenciária da empresa, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), e com lançamento de contribuições sociais para outras entidades e fundos – Terceiros, incidente sobre a remuneração paga a segurados empregados, não declarada em GFIP, nas competências 03/2015, 07/2015, 06/2016 e 11/2016, por intermédio de fundo de investimentos.

Também foram lavrados autos de infração por descumprimento de obrigações acessórias em razão de a fiscalizada ter deixado de preparar folhas de pagamento contendo a totalidade das remunerações pagas ou creditadas a seus empregados (Código de Fundamentação Legal - CFL 30) e em razão de a fiscalizada ter deixado de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos (CFL 34).

Informa a fiscalização, conforme resumido no Acórdão de Impugnação, que:

- A presente apuração constatou nas Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF do fundo de investimento em condomínio fechado “FIC DE FIP BPAC 3”, com CNPJ: 13.883.056/0001-83 e que passaremos a chamar BPAC3, no código de receita “6813 - IRRF - Aplicações financeiras – Fundo de invest. em ações”, o pagamento de rendimentos destinados a empregados da BTG PSF.
- A BTG PSF era a administradora do fundo de investimentos BPAC3 e, após vários questionamentos que lhe foram feitos e analisando a documentação apresentada, esta fiscalização concluiu que se tratava de remuneração dissimulada, por meio do referido fundo de investimento, a alguns dos empregados da BTG PSF, nos meses 03/2015, 07/2015, 06/2016 e 11/2016.

Consta do Relatório Fiscal, fls. 22/58, que:

(10) Em consulta à página da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, obteve-se o regulamento do BPAC3. O regulamento vigente no período fiscalizado é o de 16/04/2012, uma vez que o regulamento seguinte data de 29/08/2017. A seguir encontram-se transcritos alguns trechos do regulamento de 2012.

[...]

“Artigo 10 - Como remuneração de todos os serviços descritos no presente Regulamento, exceto os serviços de auditoria e de custódia, é devido anualmente pelo FUNDO ao ADMINISTRADOR, a título de Taxa de Administração, o montante equivalente a 0,04% (zero vírgula zero quatro por cento) sobre o valor do Patrimônio Líquido do FUNDO.

Parágrafo Primeiro – A remuneração prevista no caput deste Artigo deve ser provisionada diariamente (em base de 252 dias úteis por ano) sobre o valor do Patrimônio Líquido do FUNDO, e paga mensalmente, por períodos vencidos, até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente, sendo que dia útil, para fins deste Regulamento, significa qualquer dia, de segunda a sexta-feira, exceto feriados nacionais ou dias em que, por qualquer motivo, não houver expediente comercial ou bancário nacional.

Parágrafo Segundo – **O ADMINISTRADOR poderá estabelecer que parcelas da Taxa de Administração sejam pagas diretamente pelo FUNDO aos prestadores de serviços** que tenham sido subcontratados pelo ADMINISTRADOR, desde que o somatório dessas parcelas não exceda o montante total da Taxa de Administração prevista neste Regulamento. (grifo nosso)

Artigo 24 - Novas distribuições de Cotas do FUNDO dependerão de prévia deliberação da Assembleia Geral de Cotistas e registro – ou dispensa, conforme o caso – da oferta de distribuição na CVM.

[...]

Parágrafo Segundo - **O valor mínimo para subscrição por Cotista é de R\$ 100.000,00** (cem mil reais), sendo que não haverá limite máximo para a subscrição de Cotas do FUNDO. [...] (grifo nosso)

[...]

(11) Cruzando-se a Folha de Pagamentos da BTG PSF com a DIRF do BPAC3, constatou-se que foram beneficiários de pagamentos do fundo BPAC3, nos anos 2014 a 2016, os seguintes empregados: ANA CRISTINA [...], FELIPE BONSE [...], FELIPE HENRIQUES [...] e MARIANA [...].

(12) Ressalte-se que, conforme mencionado no item (4) deste Relatório Fiscal, havia na DIRF do fundo BPAC3 empregados de outras empresas do Grupo BTG.

[...]

PARTE III – DA ESTRUTURA UTILIZADA PELO GRUPO BTG

(26) **Contatou-se a participação no condomínio fechado do fundo BPAC3 de vários empregados do Grupo BTG, principalmente do Banco BTG Pactual S.A. – CNPJ: 30.306.294/0001-45. Na BTG PSF somente os quatro empregados mencionados no item (11) deste Relatório Fiscal eram “investidores”, mas na BTG PAM, verificaram-se pagamentos nos anos de 2014 a 2016 a 14 empregados. (grifo . 16/04/2012, os fundos-alvo do BPAC3 eram o Fundo de Investimento em Participações BPAC1, inscrito no CNPJ sob o n.º 13.883.071/0001-21 e o Fundo de Investimento em Participações BPAC2, inscrito no CNPJ sob o n.º 14.611.134/0001-53, chamados abreviadamente, respectivamente, de BPAC1 e BPAC2. (grifo nosso)**

(29) Na página da CVM, obtiveram-se as seguintes informações acerca do fundo BPAC3:

(29.1) A Demonstração da Composição e Diversificação da Carteira do BPAC3 de 31/03/2014 indicava a seguinte composição do fundo: (a) 3 mil reais em Disponibilidades (ou 0,32% do Patrimônio Líquido - PL); (b) 1.803.643.997 quotas do FIP BPAC1 (ou 49,84% do PL); e (c) 1.803.643.997 quotas do FIP BPAC2 (ou 49,84% do PL). **Indicava ainda um total de ativo de 933 mil reais.** (grifo nosso)

Nas demonstrações das evoluções do patrimônio líquido do exercício findo em 31/03/2014, **constataram-se receitas no montante de 244,453 milhões de reais e amortizações de 244,453 milhões de reais.** (grifo nosso)

[...]

(29.5) A Demonstração da Composição e Diversificação da Carteira do BPAC3 de 31/03/2016 indicava a seguinte composição do fundo: (a) 1.166 quotas do Fundo de Renda Fixa BTG Pactual Yield DI FI RF Crédito Privado (ou 2,75% do PL); (b) 1.803.643.997 quotas do FIP BPAC1 (ou 48,63% do PL); (c) 1.803.643.997 quotas do FIP BPAC2 (ou 48,63% do PL); e (d) Juros sobre Capital Próprio – JCP a receber, no valor de 239,510 milhões de reais, perfazendo um total de ativo de 240,493 milhões de reais. Nas demonstrações das evoluções do patrimônio líquido do exercício findo em 31/03/2016, constataram-se receitas no montante de 445,023 milhões de reais, **repasse de dividendos provisionados de 239,510 milhões de reais e amortizações de 205,536 milhões de reais.** (grifo nosso)

[...]

(35) Conforme subitem “b) Operações de usufruto de ações” do item “4. Investimentos” das Notas Explicativas do BPAC1 e do BPAC2, mencionadas nos itens (30) e (31) deste Relatório Fiscal, **em 18/04/2012, tanto o BPAC1 quanto o BPAC2 celebraram, separadamente, “Instrumento Particular de Reserva de Usufruto” com a BTG Holding S.A., por meio do qual a totalidade das ações de emissão do Banco BTG Pactual S.A. foram utilizadas para aumento de capital da BTG Pactual Holding S.A., com a reserva para os fundos BPAC1 e BPAC2 do**

usufruto relativo aos juros sobre capital próprio atribuído às referidas ações, incluindo o direito de voto nas deliberações do Banco. (grifo no original)

(36) Na página da CVM, constatou-se que tanto o fundo BPAC1 quanto o BPAC2 tinham na composição de sua carteira 500.000 ações ON (Ordinárias Nominativas) da empresa Greenpar Participações S.A. – CNPJ: 14.900.098/0001-48 (doravante chamada abreviadamente GREENPAR), como relatado a seguir:

[...]

(38) Em 27/09/2019, por solicitação de juntada ao e-Dossiê nº 10010.001104/0919-51, informou a GREENPAR:

- 1) “Esclarece que, **no período de 01/01/2014 a 31/12/2016, não houve repasse aos Fundo de Investimentos em Participações BPAC1 e BPAC2;** e
- 2) Esclarece que **não possui investimentos em participações acionárias ou em fundos.**” (grifos no original)

(39) Verificaram-se na página da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro – JUCERJA as seguintes informações:

(39.1) Constituição da sociedade em 03/01/2012 e arquivamento na JUCERJA em 18/01/2012.

(39.2) Os fundos BPAC1 e BPAC2 possuíam 50% (cinquenta por cento), cada um, das ações da GREENPAR no período de 2014 a 2016.

(39.3) Lucro líquido auferido pela GREENPAR em 2012: R\$ 4.142,00 (quatro mil cento e quarenta e dois reais).

(39.4) Lucro líquido auferido pela GREENPAR em 2013: R\$ 47.956,79 (quarenta e sete mil novecentos e cinquenta e seis reais e setenta e nove centavos).

(39.5) **Lucro líquido auferido pela GREENPAR em 2014: R\$ 59.366,40** (cinquenta e nove mil trezentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos). (grifo nosso)

(39.6) Hiato de arquivamento 18/06/2015 e 02/10/2019.

(39.7) Lucro líquido auferido pela GREENPAR em 2018: R\$ 33.886,88 (trinta e três mil oitocentos e oitenta e seis reais e oitenta e oito centavos).

(40) Em suma, a GREENPAR, além de ter tido resultados insignificantes no período de 2012 a 2014 e 2018, se comparados às receitas dos fundos BPAC1 e BPAC2 decorrentes do usufruto dos JCP no período de 2014 a 2016, nada repassou aos referidos fundos naquele período.

(41) Consequentemente, **tudo leva a crer que a GREENPAR foi constituída para compor uma aparência de que os fundos BPAC1 e BPAC2 investiam em uma sociedade anônima de capital fechado. Aliás, se a GREENPAR fosse retirada da estrutura montada pelo Grupo BTG, representada no item (48) deste Relatório Fiscal, na realidade, aos fundos BPAC1 e BPAC2 restaria apenas o investimento**

em poucas Notas do Tesouro Nacional ao longo dos anos de 2014 a 2016. (grifo nosso)

(42) Portanto, como as receitas dos fundos BPAC1 e BPAC2 e as consequentes amortizações realizadas nesses fundos, nos anos de 2014 a 2016, decorreram do usufruto dos JCP relativos às ações do Banco BTG Pactual S.A. era esse direito que tinha valor real nos referidos fundos nos anos de 2014 a 2016. (grifo nosso)

(43) Contudo, deve-se ressaltar que o usufruto dos JCP, embora fosse um bem intangível de alto valor, não integrava o ativo dos fundos BPAC1 e BPAC2. Tal informação constava apenas em suas Notas Explicativas. (grifo no original)

(44) Assim como os fundos BPAC1 e BPAC2, nos anos de 2014 a 2016, realizaram amortizações em montante equivalente às receitas auferidas pelo usufruto dos JCP, também o fundo BPAC3 realizou amortizações equivalentes às receitas auferidas, originárias dos fundos BPAC1 e BPAC2, como pode ser constatado pelas informações contidas nos itens (29) e (36) deste Relatório Fiscal.

(45) Tais amortizações no fundo BPAC3, no período de 2014 a 2016, deram origem aos pagamentos informados na DIRF do referido fundo nos citados anos, inclusive destinados aos empregados do Grupo BTG.

(46) Portanto, constata-se que os fundos BPAC1 e BPAC2, efetivos detentores do usufruto dos JCP, apenas recebiam e repassavam os valores ao fundo BPAC3 para que esse os distribuísse a investidores e a um seleto grupo de empregados. (grifo nosso)

(47) Como as receitas dos três fundos, ao longo dos anos de 2014, 2015 e 2016, foram amortizadas na mesma proporção, os valores de suas quotas se mantiveram basicamente inalterados.

[...]

(49) Uma vez explicada toda a origem e a trajetória dos recursos destinados a alguns empregados do Grupo BTG, faz-se também importante destacar a cronologia dos fatos narrados.

(49.1) Os três fundos (BPAC1, BPAC2 e BPAC3) foram constituídos no segundo semestre de 2011, mas somente começaram a operar em abril de 2012.

(49.2) Em 03/01/2012, houve a constituição da GREENPAR que conferiu ao desenho da estrutura representada no item (48) deste Relatório Fiscal a aparência de ser onde os fundos BPAC1 e BPAC2 investiam.

(49.3) Em 17/04/2012, foram realizados os primeiros aportes nos fundos BPAC1 e BPAC2.

(49.4) Em 18/04/2012, cada um dos fundos BPAC1 e BPAC2 celebrou com a BTG Pactual Holding S.A. “Instrumento Particular de Reserva de Usufruto”, por meio do qual os fundos cederam as ações do Banco BTG Pactual S.A. para aumento de capital da Holding, mantendo o usufruto relativo aos JCP. (grifo nosso)

(49.5) Em 19/02/2012, foram “admitidos” no BPAC3 diversos empregados do Grupo BTG, que adquiriram cada quota a R\$ 1,00 (um real). (grifo nosso)

(50) Verifica-se pelo relatado acerca da estrutura e pela cronologia dos eventos, principalmente os ocorridos entre 17/04/2012 e 19/04/2012, que houve um planejamento para que os fundos BPAC1, BPAC2 e BPAC3 funcionassem como vias para o escoamento dos JCP para os investidores.

(51) Como os fundos BPAC1 e BPAC2 eram usufrutuários dos JCP Banco BTG Pactual S.A., as amortizações realizadas no período de 2014 a 2016 foram de alto valor. Poderiam, portanto, somente os reais investidores terem se beneficiado dos rendimentos. Contudo, algumas sociedades do Grupo BTG, dentre as quais a fiscalizada, utilizaram-se dessa estrutura para selecionar determinados empregados para comporem o condomínio fechado do BPAC3. Tais escolhidos foram agraciados, duas vezes ao ano, no período de 01/2014 a 12/2016, com remunerações sobre as quais suas empregadoras não recolheram qualquer contribuição previdenciária. (grifo nosso)

(52) Caso a argumentação da autuada seja de que os empregados eram investidores como quaisquer outros, pergunta-se:

(52.1) Qual seria a razão para o Grupo BTG permitir a inclusão de empregados seus no BPAC3, que era um fundo de investimentos em condomínio fechado, investindo valores baixíssimos e tendo rentabilidade elevada e garantida?

(52.2) Por outro lado, se a inclusão dos empregados não objetivasse remunerá-los de acordo com a avaliação que sua empregadora fazia de seu trabalho, qual seria a razão de apenas 4 (quatro) empregados da BTG PSF, por exemplo, comporem o condomínio? Dada a alta rentabilidade e os módicos valores investidos, seria natural que todos os empregados do Grupo BTG desejassem sua adesão ao fundo BPAC3.

(53) É importante destacar que as aquisições iniciais das quotas do fundo BPAC3 pelos empregados, conforme documentos apresentados pela fiscalizada e que integram o presente processo, foram feitas na proporção de R\$ 1,00 (um real) por quota. Constatou-se, por exemplo, que ANA CRISTINA FERREIRA DA COSTA (CPF: xxx) havia “investido” pouco mais do que R\$ 1.000,00 (um mil reais), mas, em 2016, foi agraciada com mais de 487 (quatrocentos e oitenta e sete) mil reais de rendimento do BPAC3, ou seja, obteve o equivalente a R\$ 477,02 (quatrocentos e setenta e sete reais e dois centavos) de rendimento para cada real “investido”. A título exemplificativo, os valores por ela “investidos”, a evolução de suas quotas e os rendimentos tributáveis na DIRF do BPAC3 foram detalhadamente discriminados na PARTE IV deste Relatório Fiscal. O mesmo se deu na PARTE V deste Relatório Fiscal em relação à empregada MARIANA BOTELHO RAMALHO CARDOSO (CPF: xxx). (grifo no original)

(54) Reforça a natureza remuneratória dos valores pagos aos empregados por intermédio do BPAC3 o fato de o empregado BERNARDO OTTONI [...], desligado

da BTG PAM (empresa que estava em fiscalização concomitante a esta) em fevereiro/2016, ter recebido apenas a parcela referente à amortização do BPAC3 realizada em junho/2016. (grifo nosso)

(55) A BTG PSF, por certo, não beneficiou seus empregados com rendimentos do BPAC3, nos anos de 2015 e 2016, objeto do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 3.644.152,89 (três milhões seiscentos e quarenta e quatro mil cento e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), em decorrência de qualquer espécie de sentimento benemerente. Na realidade, **tratou-se de contraprestação pelos serviços prestados pelos empregados que atenderam a expectativas do grupo econômico a que pertence a BTG PSF. (grifo no original)**

[...]

(57) O segundo ponto é que a utilização do fundo BPAC3 é mais uma forma empregada pelo Grupo BTG para remunerar empregados sem o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes. [...]

[...]

PARTE IV – DOS ELEMENTOS RELATIVOS À EMPREGADA DA BTG PSF ANA CRISTINA FERREIRA DA COSTA

[...]

(67) Verificou-se na **Folha de Pagamento da fiscalizada** que a **referida empregada teve como base de cálculo de contribuições previdenciárias: (a) ao longo do ano de 2015, incluindo-se o 13º salário, o montante de R\$ 305.676,18** (trezentos e cinco mil seiscentos e setenta e seis reais e dezoito centavos); e (b) **ao longo do ano de 2016, incluindo-se o 13º salário, o montante de R\$ 333.793,36** (trezentos e trinta e três mil setecentos e noventa e três reais e trinta e seis centavos). Portanto, **a empregada auferiu, por meio do BPAC3, rendimentos anuais superiores ao que sua empregadora reconheceu, em cada ano, como base de cálculo de contribuições previdenciárias em Folha de Pagamento. (grifo nosso)**

[...]

PARTE V – DOS ELEMENTOS RELATIVOS À EMPREGADA DA BTG PSF MARIANA BOTELHO RAMALHO CARDOSO

[...]

(74) Verificou-se na **Folha de Pagamento da fiscalizada** que a **referida empregada teve como base de cálculo de contribuições previdenciárias: (a) ao longo do ano de 2015, incluindo-se o 13º salário, o montante de R\$ 434.053,69** (quatrocentos e trinta e quatro mil cinquenta e três reais e sessenta e nove centavos); e (b) **ao longo do ano de 2016, incluindo-se o 13º salário, o montante de R\$ 473.830,84** (quatrocentos e setenta e três mil oitocentos e trinta reais e oitenta e quatro centavos). Portanto, **a empregada auferiu, por meio do BPAC3, rendimentos anuais superiores ao dobro do que sua empregadora reconheceu, em cada ano,**

como base de cálculo de contribuições previdenciárias em Folha de Pagamento. (grifo nosso)

[...]

PARTE VII – DA APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS

[...]

(86) Dessa forma, os valores pagos por intermédio do fundo BPAC3, em 03/2015, 07/2015, 06/2016 e 11/2016, a empregados que figuravam na Folha de Pagamento da BTG PSF nos referidos meses encontram-se relacionados na tabela abaixo. Os totais mensais da citada tabela foram transcritos para a coluna “Base de Cálculo” tanto do DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DA EMPRESA E DO EMPREGADOR, quanto do DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS, ambas partes integrantes do presente Auto de Infração.

Em impugnação de fls. 3.995/4.053, a empresa alega que alguns empregados sênior são convidados a ingressar no grupo como acionistas, adquirindo quotas do BPAC3 e ações da holding – modelo *partnership*. A aquisição das quotas, na proporção das ações, são necessárias porque 2/3 dos JCPs do BTG Pactual Holding eram detidos por usufruto pelo BPAC3. Que a indicação em DIRF decorre da efetiva participação dos beneficiários no fundo. Que a fiscalização partiu de premissa equivocada, pois os beneficiários desembolsaram valores relevantes na compra de ações da holding. Alega vício na motivação do lançamento. Aduz haver ilegitimidade do sujeito passivo, pois os valores considerados como base de cálculo decorrem de contrato firmado com o BPAC3 e sua condição é de apenas administradora do Fundo. Afirma que não houve prestação de serviços vinculada aos recebimentos e explica que o rendimento do fundo decorre tanto do capital investido nas ações BTG Pactual Holding quanto no BPAC3. Cita o julgamento do CARF proferido no Processo 16682.722020/2017-08, que reconheceu a legitimidade do pagamento de JCP aos fundos de investimento. Antecipa-se à possível argumentação da DRJ ao invocar o art. 116, parágrafo único do CTN, para legitimar o procedimento, alegando que esse dispositivo não foi regulamentado por lei ordinária e não foi citado no TVF. Alega que os valores pagos ou são JCP ou são remuneração. Quanto às obrigações acessórias, se inexistente tributo, não há motivo para se impor uma obrigação acessória. Aduz ser inexigível a contribuição para Terceiros na forma autuada. Entende descabida a RFFP.

Foi proferido o Acórdão 11-68.811 - 7ª Turma da DRJ/REC, fls. 4.069/4.096, que negou provimento à impugnação, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2015 a 30/11/2016

RENDIMENTOS FINANCEIROS. DESCARACTERIZAÇÃO

Descaracterizados os rendimentos recebidos pelos segurados empregados como decorrentes de investimento financeiro, restou comprovado que os valores

recebidos integram o salário de contribuição, ocasionando a incidência de contribuições previdenciárias.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/03/2015 a 30/11/2016

CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS. BASE DE CALCULO. LIMITAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

São exigíveis as contribuições destinadas a terceiros incidentes sobre o total do salário de contribuição, sendo inaplicável a limitação de vinte salários mínimos.

Cientificado do Acórdão em 13/8/2020 (Aviso de Recebimento - AR de fl. 4.203), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 8/9/2020, fls. 4.105/4.154, que contém, em síntese:

Explica que em razão de sua reestruturação societária e política de *partnership*, a BTG Pactual Holding concede aos empregados que se destacam e atingem certo patamar no plano de carreira a oportunidade de comprar cotas do BPAC3 e ações do BTG Pactual Holding SA. Que os valores são JCP pagos aos cotistas do BPAC3. Discorre sobre a reestruturação societária do Banco.

Diz que os Fundos BPAC1 e BPAC2 foram criados para fins de controle acionário do Banco. Os acionistas controladores são os cotistas do BPAC1 (que recebeu ações ON e PN-A) e os demais acionistas do BPAC2 (que recebeu ações PN-B). Assim, os referidos fundos passaram a deter uma participação de 55,10% no Banco. Ato contínuo os Fundos integralizaram as ações que detinham no BTG Pactual Holding SA e os Fundos deixaram de deter ações do Banco e passaram a ser acionistas da Holding. Os Fundos passaram a ser usufrutuários dos valores relativos aos JCP das ações do Banco. As cotas dos Fundos são proporcionais às ações anteriormente detidas pelos acionistas. O Fundo BPAC3 foi criado para facilitar a negociação das unidades do *partnership*.

Informa que os beneficiários adquiriram cotas do BPAC3 a aproximadamente R\$ 1,00/cota, mas também adquiriram ações da Holding, conforme quadro que apresenta (fl. 4.121) e contratos de fls. 2.018/2.137 (valores pagos da ordem de 2 a 4,4 milhões de reais por empregado). Apresenta quadro demonstrativo de comprovantes de depósitos feitos na conta corrente da Holding referente às parcelas pagas pelas aquisições das ações e cotas do BPAC3.

Alega ilegitimidade passiva, pois não pagou os valores lançados, que ela é apenas administradora do BPAC3, sem ingerência sobre os pagamentos devidos pelo fundo aos seus quotistas.

Questiona o fato de a acusação fiscal recair somente sobre 4 empregados dentre um universo de empregados. Alega que se fosse verídica a acusação fiscal de que teria se valido da estrutura de fundos para remunerar seus empregados, por certo haveria mais pessoas beneficiárias dos pagamentos.

Aduz que o TVF é omissivo sobre a reestruturação societária da recorrente. Que há dissociação entre o escopo da fiscalização (verificar recolhimento de contribuições

previdenciárias) e a autuação perpetrada, que avançou sobre rendimentos financeiros de quatro de seus empregados.

Explica que a indicação dos beneficiários na DIRF decorre dos rendimentos financeiros pagos aos quotistas do Fundo.

Preliminarmente, alega nulidade de autuação por erro na motivação e ilegitimidade passiva da autuada. Alega que os empregados também compraram ações da Holding e desembolsaram valores relevantes. Que inexistia a possibilidade de adquirir somente quotas do BPAC3.

Novamente alega ilegitimidade passiva, pois é apenas administradora do Fundo BPAC3, e este que efetuou os pagamentos dos rendimentos financeiros.

No mérito, entende improcedente a autuação, pois os rendimentos auferidos decorrem de retorno de investimentos realizados, por compra de ações da Holding e cotas do BPAC3, e não têm caráter remuneratório.

Alega regularidade na estrutura dos fundos BPAC. Explica que sempre que o fundo recebe dividendos, JCP ou outro rendimento, deve repassar os rendimentos aos cotistas, na proporção de suas cotas.

Cita decisão do CARF (Acórdão 1402-003.581) sobre usufruto de ações e pagamentos de JCP, sendo reconhecido que os valores pagos de JCP aos Fundos usufrutuários são dedutíveis do IRPJ.

Diz que não houve simulação que implique e desconsideração dos atos jurídicos praticados. Afirmar que houve inovação no acórdão recorrido ao tentar enquadrar a operação no art. 116, parágrafo único, do CTN. Disserta sobre a matéria.

Alega haver erro quanto ao critério material adotado, pois a autuação fundamenta-se na premissa de que houve pagamento a seus beneficiários de forma dissimulada, via BPAC3. Que a hipótese levantada não se coaduna com o pagamento de JCP pelo Banco.

Afirmar que se os pagamentos por meio do Fundo constituem remuneração, caberia deduzir a remuneração da apuração do IRPJ e CSLL, o que superaria a arrecadação previdenciária pretendida.

Aduz serem inaplicáveis as multas por descumprimento de obrigações acessórias, pois indevida a obrigação principal.

Alega que é descabida a RFFP, vista a inoccorrência de sonegação. Alega incabível a Súmula CARF nº 28, pois o que se pretende demonstrar a ausência de lastro fático para sua formalização e não o mérito da RFFP.

Argumenta serem indevidas as contribuições para Terceiros. Que a contribuição ao Inca é inexigível. Traz decisões sobre CIDE. Acrescenta que a base de cálculo não pode superar vinte salários mínimos.

Requer seja reconhecida a nulidade do lançamento por vício de motivação e por ilegitimidade passiva. No mérito, seja cancelada a autuação, pelos argumentos apresentados, inaplicabilidade das multas por descumprimento de obrigações acessórias, não enquadramento do caso na hipótese de RFFP, a anulação do lançamento de contribuição de terceiros.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Miriam Denise Xavier, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, portanto, deve ser conhecido.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, observa-se que alguns dos argumentos apresentados no recurso não foram objeto da acusação fiscal e são irrelevantes para a análise do presente processo.

A decisão do CARF, proferida no Acórdão 1402-003.581 trata da possibilidade de dedução da base de cálculo do IRPJ de valores pagos a título de JCP a usufrutuário de ações, matéria que não se relaciona com a tratada no presente processo. O fato de naquela decisão ter se reconhecido a dedutibilidade da despesa com JCP paga ao fundo usufrutuário, não implica que teria sido analisada a natureza dos valores pagos, se realmente seriam JCP.

Não houve desconsideração dos atos jurídicos praticados pela empresa. A fiscalização não desqualificou o Fundo BPAC3.

A DRJ não inova no acórdão recorrido. Quem levanta a possibilidade de discussão do art. 116, parágrafo único, do CTN, foi o contribuinte, na impugnação, induzindo o julgador a achar que fez parte da motivação do lançamento. Tal dispositivo legal sequer foi citado no Relatório Fiscal. A DRJ, por outro lado, ressalta que a fiscalização promoveu o lançamento com base em outros elementos, conforme dispositivos do relatório fiscal transcritos no relatório do acórdão de impugnação.

A fiscalização não desqualificou outros pagamentos de JCP feitos pelo Banco por intermédio dos Fundos BPAC 1, 2 e 3. Apenas entendeu que para os empregados da autuada os pagamentos via Fundo BPAC3 serviram para remunerá-los. Não se verifica premissa falsa, conforme alegado. E não foram desconsiderados todos os valores pagos por meio do Fundo, que de qualquer forma, conforme acórdão do CARF citado no recurso, os valores foram deduzidos da base de cálculo do IRPJ e CSLL, considerados como despesas de JCP. Quanto a eventuais valores que poderiam ser deduzidos da base de cálculo do IRPJ e CSLL, a matéria não tem relação com o lançamento em análise. Mesmo assim, como os valores pagos foram considerados dedutíveis,

eventual dedução adicional seria apenas das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos aos 3 empregados pela autuada, não havendo que se falar em dano ao erário.

PRELIMINARES

Ao contrário do alegado, não se verifica nulidade da autuação. O Relatório Fiscal, conforme trechos citados no relatório do presente acórdão, demonstram o procedimento minucioso realizado pela fiscalização e a adequada motivação do lançamento – remuneração de três empregados por meio de fundo de investimento administrado pela autuada.

Também não há que se falar em ilegitimidade passiva, pois quem efetuou os pagamentos teria sido o Fundo. O fundo de investimentos não tem empregados, ele tem administrador e esse sim tem empregados. Todos os valores pagos por meio do fundo são feitos por conta e ordem do seu administrador, no caso, a autuada. Uma vez que os pagamentos foram efetuados pela recorrente a alguns de seus empregados, por meio do fundo por ela administrado (BPAC3), é ela a legitimada passiva, conforme dispõe o CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

MÉRITO

Conforme a própria recorrente alega, o acesso ao Fundo BPAC3 e a ações da Holding é franqueado a apenas alguns empregados, considerados pela empresa (e pelo grupo econômico) merecedores de tal benefício. Tal reconhecimento leva a ganhos financeiros por esses empregados, **que somente tiveram referido reconhecimento por força do contrato de trabalho existente**. A própria recorrente alega que a participação dos empregados no *Partnership* “ocorre de forma a promover determinados empregados que apresentaram alto desempenho”.

Nesse ponto, destaca-se, conforme acima relatado os seguintes trechos do relatório fiscal:

Poderiam, portanto, somente os reais investidores terem se beneficiado dos rendimentos. Contudo, algumas sociedades do Grupo BTG, dentre as quais a fiscalizada, utilizaram-se dessa estrutura para selecionar determinados empregados para comporem o condomínio fechado do BPAC3.

A BTG PSF, por certo, não beneficiou seus empregados com rendimentos do BPAC3, nos anos de 2015 e 2016, objeto do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 3.644.152,89 (três milhões seiscentos e quarenta e quatro mil cento e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), em

decorrência de qualquer espécie de sentimento benemerente. Na realidade, **tratou-se de contraprestação pelos serviços prestados pelos empregados que atenderam a expectativas do grupo econômico a que pertence a BTG PSF.**

Irrelevante a alegação de que somente quatro empregados foram beneficiados (na verdade foram 3 empregados – Ana Cristina, Mariana Botelho e Felipe Bonse, este último apenas em 2015, conforme item 86 do relatório fiscal). A própria recorrente informa que somente parte de seus empregados foram considerados merecedores do benefício. Logo, descabido o argumento de que se o fundo fosse utilizado para remunerar empregados, mais pessoas seriam beneficiadas. Os documentos de fls. 2.552/2.580, informam que os empregados beneficiários do BPAC3 são diretores executivos da sociedade, no período.

A fiscalização apurou os fatos e demonstrou que os valores pagos pelos empregados com a aquisição de cotas dos fundos são mínimos frente ao montante recebido a título de rendimentos por meio do Fundo.

Nesse ponto, alega a recorrente que os empregados, além de cotas do Fundo BPAC3, adquiriram ações da Holding, conforme contratos e comprovantes de depósitos, que demonstram os valores pagos pelos empregados pelas ações (fl. 4.121 do Recurso Voluntário).

Os avisos de lançamento de depósitos em conta corrente apresentados (fls. 3.895/3.909) não permitem saber quem é o depositante. Além disso, da análise dos documentos e argumentos apresentados não é possível conciliar as datas dos contratos com as datas dos depósitos e nem mesmo os valores que constam nos contratos conferem com os valores que foram depositados, não permitindo confirmar a alegação apresentada no recurso que referidos depósitos comprovam o pagamento pelas ações da Holding.

Acrescente-se que os contratos que indicam a **compra de ações da Holding**, juntados às fls. 2.018/2.021 e 2.023/2.026 (Ana Cristina) e fls. 2.134/2.137 (Mariana), com valores superiores a 2 milhões de reais, não têm assinaturas de testemunhas, reconhecimento de firmas e registro em cartório. Para Felipe Bonse só foi juntado o contrato de aquisição de cotas do Fundo (fls. 1989/2.075).

Assim, não há prova suficiente que demonstre a aquisição das ações, em 2014 e 2015, pelos beneficiários das JCP Ana Cristina, Mariana e Felipe.

A fiscalização demonstrou a disparidade entre os valores recebidos a título de remuneração pelos empregados e os valores recebidos por meio do BPAC3, conforme se verifica no relatório fiscal e acórdão recorrido. Também demonstrou o montante investido e o retorno financeiro obtido:

Sra. Ana Cristina Ferreira:

Suas cotas foram originalmente adquiridas por R\$ 1,00 (total de R\$ 511,26 para 511,26 cotas) em 19/04/2012. Em 31/01/2014, adquiriu 255,63 cotas a R\$ 0,91 cada (total

R\$233,79). Posteriormente, em 27/03/2015 adquiriu mais 255,64 cotas por R\$ 0,90 cada, no total de R\$ 231,07. Recebeu do Fundo, em 2015, R\$ 139.077,52, e em 2016, R\$ 243.878,71.

Sra. Mariana Botelho:

Adquiriu 2.413,16 cotas por R\$ 1,00 (total de R\$ 2.413,16) em 19/04/2012 e adquiriu 398,79 cotas por R\$ 563,79 (R\$ 0,90 por cota) em 27/03/2015. Recebeu do Fundo, em 2015, R\$ 739.235,98, e em 2016, R\$ 1.151.113,80.

Por esses motivos, os valores pagos foram considerados salário de contribuição, pois foram destinados a retribuir o trabalho desses empregados.

Acrescente-se os trechos do Regulamento do Fundo BPAC3 (criado em 2012), conforme relatado acima (item 10 do relatório fiscal) informam que o valor mínimo de subscrição de novas cotas por cotista é de R\$ 100.000,00 (art. 24, § 2º) e que o administrador do fundo seria remunerado (art. 10, § 2º), podendo estabelecer parcelas a serem pagas diretamente pelo Fundo aos prestadores de serviços.

Logo, não há explicação para a possibilidade de aquisição de cotas pelos empregados (em 2014 e 2015) em valores tão baixos, conforme explicitado acima.

Outro elemento que reforça a tese de que os valores foram pagos a título de remuneração aos empregados (item 54 do relatório fiscal), lembrando que a estratégia de pagamentos por meio do Fundo BPAC3 foi usada não só pela autuada, mas também por outras empresas do grupo, é o fato de que o empregado Bernardo Ottoni de Villemor Salgado, desligado da BTG PAM em fevereiro de 2016 somente recebeu as parcelas referente à amortização do Fundo em junho/2016 (não houve pagamento em novembro/2016).

Repita-se que a fiscalização não desqualificou o Fundo, apenas verificou que para três empregados escolhidos pela empresa, em razão do reconhecimento do seu trabalho, resolveu agraciá-los com a possibilidade de aquisição de cotas do Fundo e, usando desse elemento, os remunerou por meio dele, atribuindo aos valores pagos a natureza de rendimentos financeiros, quando na verdade, conforme verificado pela fiscalização e demonstrado acima, são remuneração pelo trabalho prestado.

Acrescente-se que, uma vez verificado que o sujeito passivo utiliza-se de simulação ou de fraude para se esquivar do pagamento de tributo, o auditor fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos, por ele constatados, em detrimento da verdade jurídica aparente (formal). Ou seja, uma vez **evidenciada a simulação**, não resta outra opção à fiscalização a não ser descaracterizar a relação formal existente e considerar, para efeitos do lançamento tributário, a relação real entre o contribuinte e seus prestadores.

Do contrário, esvaziar-se-ia inteiramente a obrigatoriedade das normas previdenciárias e da filiação dos segurados, deixando a questão inteiramente ao arbítrio, interesses e conveniências dos pactuantes, causando, conforme o caso, prejuízo ao financiamento da previdência social decorrente de fraude.

Sobre a questão, assim dispõe o CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude **ou simulação**; [...] (grifo nosso)

Verifica-se no caso a figura da “elusão tributária”, conforme leciona Marciano Seabra de Godoi, que cita também outros autores, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 194, p. 117-146, abr./jun. 2012 – Estudo comparativo sobre o combate do planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496582>, aplica-se o **conceito amplo de simulação**, segundo a qual **o sujeito passivo, para atrair a aplicação de uma norma tributária benéfica que de outra forma não seria aplicável, usa a estrutura formal de contratos e outros institutos jurídicos esvaziando-os de qualquer substância jurídica real**. Segundo o professor:

O comportamento pelo qual o contribuinte se utiliza de meios artificiosos e abusivos para, sob uma aparência de legalidade e licitude, buscar evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou busca se colocar dentro do pressuposto de fato de um regime tributário mais benéfico, criado pela legislação para abarcar outras situações.

[...]

Os atos e negócios jurídicos engendrados pelas partes são abusivos/artificiosos, posto que a sua formalização não reflete os reais propósitos práticos buscados pelas partes e distorcem as finalidades e objetivos contidos nas normas que regulam a espécie.

[...]

[...] na elusão, o contribuinte busca uma economia tributária de má-fé, no sentido de burlar o espírito da lei e preservar somente sua letra, confiando numa interpretação automática e acrítica das normas aplicáveis ao caso.

MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Conforme alega a autuada, de fato, há conexão entre a obrigação principal e a acessória.

Assim, uma vez devida a obrigação principal, corretas as multas lançadas por descumprimento das obrigações acessórias.

TERCEIROS. INCRA. BASE DE CÁLCULO.

Quanto à contribuição para o Incra, a matéria foi apreciada pelo STF, no RE 630898, Tema 495, restando fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao Incra devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001”.

A base de cálculo da contribuição para Terceiros (no caso, Incra e Salário Educação), conforme legislação de regência e já esclarecido no Acórdão de Impugnação, é a mesma das contribuições previdenciárias, ou seja, o salário de contribuição.

Sobre a limitação da base de cálculo a 20 salários mínimos, a matéria foi julgada pelo STJ, tema repetitivo nº 1.079, com a seguinte conclusão:

[...] a partir da entrada em vigor do art. 1º, I, do Decreto-Lei 2.318/1986, as contribuições destinadas ao Sesi, ao Senai, ao Sesc e ao Senac não estão submetidas ao teto de vinte salários.

RFFP

Quanto à representação fiscal para fins penais - RFFP, **não cabe a este órgão julgador qualquer manifestação.**

Improfícuo o argumento de que o que se deseja discutir é o lastro fático para sua formalização e não o mérito, pois foi exatamente o mérito do lançamento e o entendimento de que ocorreu em tese o crime de sonegação de contribuições previdenciárias que lastreou sua formalização.

A Súmula CARF nº 28 (vinculante) dispõe que:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Miriam Denise Xavier