



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16539.720014/2019-23
ACÓRDÃO	2101-002.968 – 2ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BTG PACTUAL ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

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

NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA.

Verificada a correta adequação do sujeito passivo da obrigação tributária principal e acessória decorrente das infrações imputadas, deve ser afastado o argumento de ilegitimidade passiva.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. FUNDO DE INVESTIMENTO. PAGAMENTOS A ACIONISTAS. RENDIMENTOS FINANCEIROS. DESCARACTERIZAÇÃO. IMPROCEDENTE.

Para que os pagamentos realizados por meio de Fundos de Investimento possam ser caracterizados como pagamentos indiretos de salário-contribuição aos acionistas, é necessário que haja, além da habitualidade, elementos suficientes que descaracterizem a estrutura e os objetivos do Fundo. É preciso haver uma conexão de fatos, a demonstração de intenção de dissimular operações financeiras em favor de colaboradores e de receber esses valores, além de outros elementos probatórios, levando-se em consideração a natureza jurídica dos valores pagos e a própria existência do fundo, em que o “fator risco” dos investimentos é imprescindível na análise do caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, por afastar a preliminar de ilegitimidade passiva da contribuinte, vencido o Conselheiro Wesley Rocha (Relator), que acolheu tal preliminar e cancelava o lançamento; e no mérito, por unanimidade de votos, por dar

provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, a Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa.

Sala de Sessões, em 4 de dezembro de 2024.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa – Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cléber Ferreira Nunes Leite, Roberto Junqueira de Alvarenga Neto, Ana Carolina da Silva Barbosa, Mário Hermes Soares Campos (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela recorrente BTG PACTUAL ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, em face do Acórdão de impugnação que, apesar de constar no início do Acórdão que julgou improcedente em parte a impugnação, em verdade julgou totalmente improcedente a impugnação apresentada, mantendo, porém, integralmente o lançamento fiscal.

Foram lavrados dois autos de infrações para exigir Contribuição Previdenciária da Empresa e do Empregador, bem como contribuição devida em função do GILRAT e para outras entidades e fundos (terceiros), nas competências de **03/2015, 07/2015, 06/2016 e 11/2016**.

Segundo o relatório fiscal (e-fls. 24 a 63) e do Acórdão recorrido, os fatos se desenvolvem da seguinte maneira:

I- 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 PAM.

II- No período de desenvolvimento da presente fiscalização, a auditoria desenvolvia concomitantemente outra fiscalização na BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - CNPJ: 59.281.253/0001-23 (doravante chamada abreviadamente de BTG PSF).

III- A BTG PSF era a administradora do fundo de investimentos BPAC3 e, por essa razão, a ela foram direcionados questionamentos acerca do fundo, bem como as solicitações para a apresentação de documentos relativos aos beneficiários dos rendimentos que eram empregados da BTG PAM.

IV - Após vários questionamentos feitos à BTG PSF 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 PAM, nos meses 03/2015, 07/2015, 06/2016 e 11/2016.

V- Por essa razão, apuram-se no presente processo: (a) da contribuição previdenciária prevista no artigo 22, I e parágrafo 1º, da Lei nº 8.212/1991; (b) da contribuição previdenciária devida em função do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos do ambiente de trabalho - GILL-RAT, prevista no artigo 22, II, da Lei nº 8.212/1991, ajustada pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP; e (c) das contribuições destinadas ao Salário-Educação e ao INCRÁ; todas incidentes sobre as referidas remunerações pagas por meio do fundo de investimento BPAC3.

VI- Também integram este AI, as seguintes multas:

VI.a-Código de Fundamentação Legal - CFL 30, em razão de a fiscalizada ter deixado de preparar folhas de pagamento contendo a totalidade das remunerações pagas ou creditadas a seus empregados.

VI.b-Código de Fundamentação Legal – CFL 34, 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.

VII-as GFIP consideradas na presente apuração, filiais 0001-00 e 0002-82, estão identificadas à f. 40.

VIII- Seguem transcritos os principais elementos de convicção do Fisco:

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 1º - O FUNDO DE INVESTIMENTO EM COTAS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES BPAC3 é um fundo de investimento em cotas de fundos de investimento em participações, constituído sob a forma de condomínio fechado, regido pelo presente Regulamento e pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis, em especial a Instrução CVM nº 391/03.

Parágrafo Primeiro – O FUNDO tem como público alvo Investidores Qualificados que buscam obter rentabilidade nos seus investimentos, estando dispostos, para tanto, a suportar níveis de volatilidade elevados nos seus investimentos e incorrer em riscos aos quais os investimentos do FUNDO estão expostos.

Parágrafo Segundo – Fica desde já estabelecido que o ADMINISTRADOR, o GESTOR, o DISTRIBUIDOR e/ou qualquer Pessoa Afiliada poderão ser investidores do FUNDO.

Parágrafo Terceiro – Em razão de seu público-alvo, o FUNDO é considerado restrito e não adota qualquer categoria nos termos do Código ABVCAP/ANBIMA. Parágrafo Quarto – O FUNDO terá Prazo de Duração de 30 (trinta) anos, contados da data da primeira integralização de Cotas do FUNDO. O Prazo de Duração poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) anos caso a Assembleia Geral de Cotistas não decida de forma diversa.” (grifos nossos)

“Parágrafo Quinto – Os termos abaixo listados têm o significado a eles atribuído neste artigo:

...

Fundos Alvo significa os fundos: Fundo de Investimento em Participações BPAC1, inscrito no CNPJ sob o n.º 13.883.071/0001-21 e Fundo de Investimento em Participações BPAC2, inscrito no CNPJ sob o n.º 14.611.134/0001-53.” (grifo nosso)

“Artigo 5º - O Fundo é administrado pela BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM, instituição financeira com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Praia de Botafogo, nº 501 – 5º andar – parte, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 59.281.253/0001-23, o qual é autorizado pela CVM para exercer a atividade de administração de carteira de valores mobiliários, por meio do Ato Declaratório n.º 8.695, de 20/03/2006.

Parágrafo Primeiro – A carteira do Fundo será gerida pela BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda., com sede na Cidade e Estado de São Paulo, Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 3729, 10º andar - parte, Jardim Paulista, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 09.631.542/0001-37, devidamente autorizada pela CVM a prestar serviços de administração de carteira através do Ato Declaratório n.º 9975, de 04 de agosto de 2008.

Parágrafo Segundo - Os serviços de distribuição, liquidação, custódia e tesouraria serão desempenhados pelo Banco BTG Pactual S.A, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Praia de Botafogo, nº. 501 – 5º e 6º andares, inscrito no CNPJ sob o n.º 30.306.294/0001-45.” (grifo nosso)

“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.

Parágrafo Terceiro – Não serão cobradas dos Cotistas quaisquer outras taxas, tais como taxa de performance, taxa de ingresso ou de saída.”

“Artigo 18 - O FUNDO emitirá Cotas da Classe A e Cotas da Classe B, as quais serão diferenciadas pelos direitos políticos a elas atribuídos.

Parágrafo Primeiro - A primeira emissão de Cotas será deliberada pelo ADMINISTRADOR, sem necessidade de aprovação da Assembleia Geral de Cotistas.

Artigo 19 - As Cotas do FUNDO poderão ser negociadas privadamente ou no mercado secundário em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado.

Artigo 20 - As Cotas do FUNDO poderão ser transferidas, observadas as condições descritas neste Regulamento, no Parágrafo Segundo deste Artigo, e na legislação aplicável, mediante termo de cessão e transferência assinado pelo cedente e pelo cessionário e registrado em cartório de títulos e documentos ou outro instrumento competente, sendo que as Cotas do FUNDO somente poderão ser transferidas se estiverem integralizadas ou, caso não estejam, se o cessionário assumir, por escrito, solidariamente com o cedente, todas as obrigações deste perante o FUNDO no tocante à sua integralização.

Parágrafo Primeiro - Os cessionários de Cotas do FUNDO serão obrigatoriamente Investidores Qualificados e deverão aderir aos termos e condições do FUNDO, por meio da assinatura e entrega ao ADMINISTRADOR dos documentos por este exigidos, necessários para o cumprimento da legislação em vigor e efetivo registro como Cotistas do FUNDO.” (grifo nosso)

“Artigo 21 - Os Cotistas deverão enviar ao ADMINISTRADOR os documentos que formalizarem as cessões ou transferências de Cotas do FUNDO, sempre com a indicação da quantidade e do valor das Cotas adquiridas e devidamente registrados em Cartório de Registro de Títulos e Documentos quando requerido, como condição da transferência das mesmas.

Artigo 22 - Não haverá resgate de Cotas, a não ser por ocasião do término do Prazo de Duração fixado no Parágrafo Terceiro do Artigo 1º deste Regulamento, ou de sua liquidação, não se confundindo os eventos de resgate com as amortizações previstas neste Regulamento.”

“Artigo 23 - A emissão, subscrição e integralização de Cotas do FUNDO, bem como de eventuais novas Cotas emitidas pelo FUNDO, atenderão às seguintes condições: (i) valor unitário idêntico na data de emissão; e (ii) as Cotas serão integralizadas à vista, em moeda corrente nacional ou em ativos (sendo certo que, tais ativos terão seus valores auferidos de acordo com seu valor de mercado, conforme laudo realizado por empresa independente de avaliação e/ou auditoria), no prazo e na data determinados no Compromisso de Investimento.

Parágrafo Único - No ato da subscrição de Cotas, o subscritor:

I – assinará o termo de adesão atestando que recebeu cópia do presente Regulamento e uma breve descrição da qualificação e da experiência profissional do corpo técnico do ADMINISTRADOR e do GESTOR;

II - declarará sua condição de Investidor Qualificado, nos termos da legislação vigente;

III – assinará o Compromisso de Investimento; e

IV – assinará o Boletim ou Lista de Subscrição.

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 Primeiro - Caso venha a ocorrer a emissão e distribuição de novas Cotas, o preço de emissão dessas Cotas será o valor apurado na data da respectiva emissão, resultado da divisão do Patrimônio Líquido do FUNDO pelo número de Cotas já emitidas, ou aquele que vier a ser estabelecido pela Assembleia Geral de Cotistas.

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.

Parágrafo Terceiro - As ofertas de distribuição de Cotas do FUNDO poderão ser efetuadas com ou sem a elaboração de prospecto, conforme as características da distribuição e observado o disposto na regulamentação aplicável.” (grifos nossos)

“Artigo 25 - Ao ingressar no FUNDO, cada Cotista deverá celebrar um Compromisso de Investimento, que conterá todas as disposições referentes ao valor comprometido de cada Cotista em relação ao FUNDO e a previsão expressa de que o ADMINISTRADOR poderá, observado o disposto neste Regulamento, realizar chamadas de capital, as quais o Cotista estará obrigado a honrar, de acordo com as regras constantes do Compromisso de Investimento e deste Regulamento.” (grifo nosso)

“Artigo 47 - O exercício social do FUNDO terá duração de 12 (doze) meses encerrando-se em 31 de março de cada ano.”

Cruzando-se a Folha de Pagamentos da BTG PAM com a DIRF do BPAC3, constatou-se que foram beneficiários de pagamentos do fundo BPAC3 os seguintes empregados:

- ▣ ALBANO RODRIGUES DO PRADO FRANCO (CPF: 088.873.077-25);
- ▣ ALEXANDRE MARIANTE CARVALHO (CPF: 504.815.417 72);
- ▣ BERNARDO OTTONI DE VILLEMOR SALGADO (CPF: 053.602.097-39);
- ▣ BRUNO COELHO COUTINHO (CPF: 091.591.047-08);
- ▣ GUSTAVO DE HUNGRIA MACHADO (CPF: 080.714.927 60);
- ▣ JOÃO CARLOS DE PAULA SCANDIUZZI (CPF: 492.735.661-20);
- ▣ JOSÉ LÚCIO BARROSO DO NASCIMENTO (CPF: 074.988.227-17);
- ▣ JOSÉ ZITELMANN FALCÃO VIEIRA (CPF: 926.140.435-91);
- ▣ JÚLIO DE SIQUEIRA CARVALHO DE ARAÚJO FILHO (CPF: 335.704.018-20);
- ▣ LAÉRCIO HENRIQUE JÚNIOR (CPF: 052.687.157-12);
- ▣ MARCELO FLORA SALES (CPF: 071.346.997 81);
- ▣ PEDRO CHRYSOSTOMO DE OLIVEIRA MAIA (CPF: 098.440.517-89);
- ▣ RICARDO CARLOS KAUFMANN (CPF: 277.048.728-00); e
- ▣ STEFANIE LENGSELD BIRMAN (CPF: 336.712.768 00).

seguir, encontram-se transcritos os questionamentos feitos à BTG PSF, por meio do TIF nº 03, no que tange aos pagamentos aos empregados da BTG PAM por meio do fundo BPAC3.

“(8) Conforme relacionado no ANEXO 4 deste TIF, constataram-se na DIRF da intimada rendimentos de fundo de investimento em condomínio fechado com CNPJ: 13.883.056/0001-83 (“FIC DE FIP BPAC 3”) e receita 6813 (“IRRF - Aplicações financeiras - Fundo de invest. em ações”) destinados a segurados constantes em GFIP da empresa BTG PACTUAL ASSET MANAGEMENT S.A.

DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - CNPJ: 29.650.082/0001-00, ora também sob fiscalização em período idêntico ao da intimada. Constam como beneficiários do referido fundo: (a) como empregados: ALBANO RODRIGUES DO PRADO FRANCO (CPF:

088.873.077-25), ALEXANDRE MARIANTE CARVALHO (CPF: 504.815.417 72), BERNARDO OTTONI DE VILLEMOR SALGADO (CPF: 053.602.097-39), BRUNO COELHO COUTINHO (CPF: 091.591.047-08), GUSTAVO DE HUNGRIA MACHADO (CPF: 080.714.927 60), JOAO CARLOS DE PAULA SCANDIUZZI (CPF: 492.735.661-20), JOSE LUCIO BARROSO DO NASCIMENTO (CPF: 074.988.227-17), JOSE ZITELMANN FALCÃO VIEIRA (CPF: 926.140.435-91), JÚLIO DE SIQUEIRA CARVALHO

DE ARAUJO FILHO (CPF: 335.704.018-20), LAERCIO HENRIQUE JUNIOR (CPF: 052.687.157-12), MARCELO FLORA SALES (CPF: 071.346.997 81), PEDRO

CHRYSTOSTOMO DE OLIVEIRA MAIA (CPF: 098.440.517-89), RICARDO CARLOS KAUFMANN

(CPF: 277.048.728-00) e STEFANIE LENGSEFELD BIRMAN (CPF: 336.712.768 00)...

(9) Para os segurados constantes em GFIP da empresa BTG PACTUAL ASSET MANAGEMENT S.A.

DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - CNPJ: 29.650.082/0001-00 citados no item anterior, solicita-se a apresentação dos documentos relacionados no Parágrafo Único do Artigo 23 do Regulamento do Fundo de 16/04/2012, obtido em consulta ao site da CVM, ou seja: (a) termo de adesão; (b) declaração de investidor qualificado; (c) compromisso de investimento e (d) boletim ou lista de subscrição.

(10) Uma vez que foram constatadas alterações na proporção dos rendimentos de diversos beneficiários se considerados como base os rendimentos mensais percebidos por ALBANO RODRIGUES DO PRADO FRANCO, solicita-se que, com relação a cada beneficiário elencado no item (8) deste TIF, seja informada, mês a mês, ao longo do período fiscalizado, a evolução do número de suas cotas no referido fundo. Solicita-se, ainda, que a intimada:

(10.1) Aponte os registros contábeis em que foram registrados contabilmente os reflexos das citadas alterações do quantitativo de cotas ocorridas no período de 01/01/2014 a 31/12/2016; e

(10.2) Apresente os elementos comprobatórios dos eventos, como, por exemplo, cessões ou integralizações, que deram origem às alterações do quantitativo de cotas que tenham ocorrido no período de 01/01/2014 a 31/12/2016.”

As informações do citado Anexo 4 do TIF nº 03 destinado à BTG PSF, relativas aos empregados da BTG PAM, eram as seguintes:

(tabela descritiva dos empregados descritos na e-fl. 30, do relatório fiscal.

Em 25/03/2019, no que se refere aos pagamentos a empregados da BTG PAM por meio do fundo BPAC3, a BTG PSF informou:

“9) Apresenta os termos de adesão e as declarações de investidor qualificado para os seguintes empregados da BTG PAM (Doc. nº 05):

*Albano Rodrigues do Prado Franco
Alexandre Mariante Carvalho
Bernardo Ottoni de Villemor Salgado
Bruno Coelho Coutinho
Gustavo de Hungria Machado
Joao Carlos de Paula Scandiuzzi
Jose Lucio Barroso do Nascimento
Jose Zitelmann Falcão Vieira*

*Julio de Siqueira Carvalho de Araujo Filho
Laercio Henrique Junior
Marcelo Flora Sales
Pedro Chrysostomo de Oliveira Maia
Ricardo Carlos Kaufmann
Stefanie Lengsfeld Birman*

...

Em relação aos compromissos de investimento e os boletins de subscrição, a Intimada requer prorrogação de prazo por mais 10 (dez) dias, a contar do dia 26/03/2019, encerrando-se, pois, o novo prazo no dia 04/04/2019, uma vez que não houve tempo hábil para levantamento da documentação solicitada;

10) Apresenta, em relação aos beneficiários constante no item 9, a evolução mensal do número de cotas do FIC de FIP BPAC 3 (Fundo), referente aos anos de 2014 a 2016 (Doc. nº 03);

10.1) Esclarece que as cotas do Fundo são negociadas pelo BTG Pactual Holding S.A (Doc. nº 06) que, por sua vez, possui o registro das alterações relativas ao quantitativo de cotas;

10.2) Faz referência à resposta apresentada no item 10.1”

(19) A planilha “Doc 03 - BPAC3 - QUADRO DE COTAS 2016.xlsx”, preparada pela BTG PSF e anexada ao e-Dossiê nº 10010.025512/0418-02 em 25/03/2019, continha os empregados da BTG PAM beneficiários dos pagamentos informados na DIRF do fundo BPAC3, conforme informações reproduzidas a seguir.

(tabela descritiva dos empregados descritos na e-fls. 31 e 32, do relatório fiscal).

Em 04/04/2019, a BTG PSF complementou o atendimento ao TIF nº 03 em relação aos empregados da BTG PAM.

“9) Apresenta os compromissos de investimento e os boletins de subscrição para os seguintes empregados: (Doc. nº 03):

*“Albano Rodrigues do Prado Franco
Alexandre Mariante Carvalho
Bernardo Ottoni de Villemor Salgado
Bruno Coelho Coutinho
Gustavo de Hungria Machado
Joao Carlos de Paula Scandiuzzi
Jose Lucio Barroso do Nascimento
Jose Zitelmann Falcão Vieira
Julio de Siqueira Carvalho de Araujo Filho
Laercio Henrique Junior
Marcelo Flora Sales
Pedro Chrysostomo de Oliveira Maia
Ricardo Carlos Kaufmann
Stefanie Lengsfeld Birman”*

(21) Por meio do TIF nº 05, foi solicitado à BTG PSF, na qualidade de administradora do fundo BPAC3, que apresentasse o histórico mensal de

rentabilidade do referido fundo, no período de 01/2014 a 12/2016, informando a fonte oficial em que obteve os índices.

(22) Em 23/07/2019, em atendimento ao TIF nº 05, a BTG PSF apresentou o histórico mensal de rentabilidade do fundo BPAC3 e informou:

“A Intimada, em resposta ao termo em epígrafe (Doc. 01), apresenta o histórico mensal de rentabilidade do Fundo de Investimento em Participações BPAC3 referente ao período de 01/2014 a 12/2016 (Doc. 02).

Esclarece, por fim, que a referida informação é extraída através de sistema próprio que é responsável pelo cálculo diário das cotas.”

A Recorrente, inconformada, apresenta seu Recurso Voluntário nas e-fls. 1.923 e seguintes, do qual transcrevo, em apertada síntese, suas alegações:

PRELIMINARES

- i)* Ilegitimidade passiva da Recorrente;
- ii)* Inexistência de fato gerador do Tributo ora exigido;
- iii)* Ausência de Comprovação da Materialidade da Suposta Obrigação Tributária;
- iv)* Nulidade do Auto de Infração Relativo às Contribuições Devidas a Terceiros: Não Observância do Limite de 20 Salários Mínimos da Base de Cálculo;
- v)* Alega que houve arbitrariedade na Seleção dos Fatos e Requalificação da Natureza Jurídica do Rendimento, pugnando pela nulidade da atuação;
- vi)* Aduz nulidade do Acórdão de primeira instância, já que não analisou efetivamente a Impugnação apresentada, mas sim pinçou fragmentos daquilo que fora exposto pela ora Recorrente;

NO MÉRITO

- vii)* Alega que não houve irregularidades aos pagamentos realizados por meio Fundo de Investimentos em Cotas de Fundo de Investimento em Participações -FIP, atualmente chamado BPAC3, tendo por público-alvo, investidores qualificados, e que não utilizou este método para realizar o pagamento de Participação nos Lucros e Resultados aos seus empregados, sobre o qual entende que não deve incidir contribuições previdenciárias correspondentes;
- viii)* Entende que o recebimento do rendimento decorre de aplicações financeiras, que, além de não retribuir qualquer serviço, não implica em supressão ou diminuição da remuneração (Salário e Participação nos Lucros) regularmente percebida pelo empregado, fato que só reforça a natureza não remuneratória de tal pagamento;

- ix)** Tece diversas alegações acerca da operação realizada, incluindo Inconsistências na caracterização do "Rendimento Financeiro" como "Remuneração pelo Trabalho";
- x)** Impossibilidade da Cobrança de Multa ("CFL") em Razão do Não Cumprimento da Obrigação Acessória: ausência de Declaração em GFIP e Ausência de Registro dos Fatos Geradores em Títulos Próprios da Contabilidade;
- xi)** Impossibilidade de Formalização da Representação Fiscal para Fins Penais;
- xii)** Subsidiariamente, caso se entenda que o mérito igualmente não socorre à Recorrente, pugna-se para que os valores pagos a título de IRRF, devidamente atualizados pela SELIC, sejam compensados com os créditos tributários ora exigidos, em virtude da impossibilidade de os valores auferidos pelos empregados possuírem uma natureza híbrida.

Diante dos fatos narrados, é o presente relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINARES

DO LIMITE DE 20 SALÁRIOS-MÍNIMOS PARA AS CONTRIBUIÇÕES PARA TERCEIROS

Entendeu a Recorrente que Fiscalização não observou a limitação legal da base de cálculo dos referidos tributos a 20 (vinte) salários-mínimos, conforme previsto na legislação fiscal, para a base de cálculo das contribuições destinadas a terceiros, na espécie salário-educação e INCRA submetidas ao limite previsto no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.950/1981:

Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Ocorre que, o Decreto-Lei nº 2.318/1986 tratou acerca da referida limitação:

“Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário-mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981”.

Ademais, o STJ finalizou o julgamento em 13 de março de 2024, decidindo sob o rito dos recursos repetitivos, que não é aplicável o limite de 20 salários-mínimos para o cálculo das contribuições parafiscais do “Sistema S”.

A decisão foi tomada no **Tema 1.079** dos Recursos Repetitivos daquela Corte Superior e deve ter reprodução obrigatória pelo Tribunal Administrativo, segundo o Regimento interno.

Assim, não acolho a preliminar.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em seu recurso a contribuinte alega que a DRJ não analisou efetivamente a Impugnação apresentada.

A Recorrente aduz que detalhou **os altos custos relativos à participação dos empregados no programa *Partnership***, por força dos investimentos concomitantes e inafastáveis na BTG Holding (facções) e no fundo BPAC3 (cotas), sendo que a Delegacia de Julgamento analisou apenas e tão somente as parcelas relativas aos aportes realizados no fundo, deixando de lado todas as explicações e documentação que envolvem o cenário completo.

Ainda, alega que em relação às inconsistências da Autuação Fiscal que foram abordadas no mérito da Impugnação: **(i)** hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, **(ii)** legitimidade e validade da estrutura adotada para os pagamentos dos rendimentos financeiros e **(iii)** plano de carreira da ora Recorrente; a DRJ permaneceu **completamente silente quanto às teses e documentos apresentados**.

Contudo, em uma análise estrita do pedido de nulidade, e apenas em relação a ele, verifico que, a partir do contexto e da interpretação sistemática do conteúdo do Acórdão *a quo*, é possível concluir logicamente que os elementos apurados, que estariam em desacordo com a lei, são, por si sós, suficientes para fundamentar a acusação fiscal e a decisão de primeira instância.

Entendo que, apesar da irresignação da Recorrente, o julgador, no exercício de sua função judicante, pautada pelo livre convencimento e imparcialidade, não está obrigado a analisar ponto a ponto todas as alegações, desde que sua decisão esteja devidamente fundamentada em um raciocínio lógico e em conformidade com os princípios da motivação.

Portanto, o julgador ao responder as questões suscitadas pelas partes, não necessita enfrentar todos os argumentos trazidos ao feito, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão, conforme disposição do art. 489, do CPC/2015¹, aplicada de forma subsidiária ao PAF, que veio a confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de

¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida (EDcl no MS 21.315/DF, relatora Ministra Diva Malerbi Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016).

Como bem explica Eduardo Muniz M. Cavalcante, o princípio da motivação diz respeito ao dever de a autoridade administrativa esclarecer de maneira integral e definitiva as razões que orientaram a tomada de decisão, bem como pela autoridade julgadora de enfrentar as matérias impugnadas e fundamentar o ato que decidiu sobre o litígio instaurado, não podendo fazer uso de negativas genéricas e imprecisas².

Assim, não acolho a preliminar.

As demais preliminares guardam relação íntima com o mérito, e sendo assim abordarei como razões correlacionadas ao mérito ou de sua prejudicialidade (ilegitimidade passiva).

DO LANÇAMENTO FISCAL

O presente AI identificou operações realizadas nas Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF do fundo de investimento em condomínio fechado “FIC DE FIP BPAC 3.

Conforme o relatório fiscal, a Recorrente teria se utilizado do fundo “FIC FIP BPAC 3” para “dissimular” remuneração de 14 (quatorze) de seus empregados, nos meses de 03/2015, 07/2015, 06/2017 e 11/2016, sem recolhimento de qualquer contribuição previdenciária.

A fim de possibilitar uma descrição maior dos fatos, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, transcrevo as explicações e detalhamento das operações o da organização do grupo PACTUAL e da fase de carreira dos empregados identificados pelo Fisco em seu lançamento.

“¶ Em 2011 a BTG Pactual Serviços Financeiros constituiu um Fundo de Investimentos em Cotas de Fundo de Investimento em Participações -FIP, atualmente chamado BPAC3, tendo por público-alvo, investidores qualificados.

¶ Em 19/04/2012, com a integralização dos **FIP BPAC1 E BPAC2**, o BPAC3 tornou-se operacional: os quotistas destes dois fundos transferiram suas cotas para o posteriormente criado **BPAC3**.

¶ Conforme narrou o Fisco, dentre os investidores do **BPAC3**, encontram-se vários empregados que são sócios do grupo BTG: essa participação denomina-se **Partnership**, por meio da qual o grupo oferece à parte sênior de seus empregados a possibilidade de se tornarem executivos e sócios do grupo. Atualmente, o Grupo BTG Pactual opera com mais de 247 sócios (dentre mais de 3.277 empregados).

² CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Processo tributário administrativo e judicial*. Rio de Janeiro: Forense: 2022, pág. 103.

¶ Com o aceite do empregado ao modelo Partnership do grupo BTG este deve adquirir ações do **BTG Pactual Holding**, bem como **quotas do BPAC3, uma vez que 2/3 dos recebimentos dos JCP do BTG Pactual Holding eram detidos, por usufruto, pelo BPAC3.**

¶ Desta feita, com o aceite do ingresso no grupo como acionista, a entrada do empregado é formalizada por assinatura de um instrumento particular de Compra e Venda de participação, entre o BTG Pactual Holding e o empregado, agora sócio investidor. Neste contrato, consta que o empregado, agora sócio, se compromete a adquirir na mesma proporção quotas da BPAC3 e ações da Holding”.

Assim, segundo consta das informações da Recorrente os funcionários identificados como beneficiados são sócios da “BTG PAM”, denominados “Partnership”, onde depreendem valores altos para estar no fundo de investimento que visa proporcionar rentabilidades aos investidores.

DA PREJUDICIAL DE MÉRITO

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE – PREJUDICIAL DE MÉRITO

Na presente operação é de se verificar algumas situações para compreensão acerca da acusação fiscal: como se dá o ingresso dos participantes no fundo, sua estrutura e o envolvimento da Recorrente.

O *FUNDO DE INVESTIMENTO EM COTAS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES BPAC3* é um fundo de investimento em cotas de fundos de investimento em participações, constituído sob a forma de condomínio fechado, regido pelo presente Regulamento e pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis, em especial a Instrução CVM nº 391/03 e é administrado pela BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM, segundo a fiscalização. O referido fundo adveio da **Fundo de Investimento em Participações BPAC1, inscrito no CNPJ sob o n.º 13.883.071/0001-21 e Fundo de Investimento em Participações BPAC2, inscrito no CNPJ sob o n.º 14.611.134/0001-53.**

Com isso, a Recorrente tece as seguintes considerações:

Assim, tendo em vista que, conforme já demonstrado, as quantias au tuadas decorrem de rendimentos advindos do fundo de investimento (BPAC3), a Recorrente não pode ser considerado sujeito passivo da obrigação tributária em questão.

Primeiro: a Recorrente não mantém relação direta ou indireta com a situação que deu ensejo à suposta prática do fato gerador das contribuições previdenciárias. É que, conforme se extrai do instrumento particular de compromisso de investimento, subscrição e integralização de cotas do fundo de investimento em cotas de fundos de investimento em participações BPAC3, a ora Recorrente não é parte do contrato. Veja-se:

**INSTRUMENTO PARTICULAR DE, COMPROMISSO DE INVESTIMENTO, SUUSIKICÁ] E
INTTEGRATIZACÃO PE QUOTAS DO FUNDO DE INVESTIMENTO EM CUT AS FJE F1;MK)S riF
INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES B1-CA3**

-CNPJ.-'MF 13.883 056/000 U83-

Pelo presume Instrumento- Particular de Compromisso de Investimento, de min lado.

Gustavo de Hungria Maciado, brasileiro, casado, administrador de empresas, residente e domiciliado à Rica Cupertino Durão, 30, ap. 102 - 22441-030, na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, portador de CduJa de Identidade RG n.º 82428210, inscrito™ CPF/MFsob o n.º 080.714.927-60 f"Subscritor");

e, de outra lado,

BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DTVM. instituição financeira eom sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, localizada á Praia de Botafogo. 50!, 5º Andar (Parte), Torre Corcovado, Botnfogo, CEP 22250-040, inscrita no CNPJ/MF sob o número 59.281.253/0001-23. devidamente autorizada pela, CVM para exercer a atividade de administração de carteira de valores mobiliários, por meio do Ato Declaratório número 8.695, de 10 de marco de 2006, neste ato representada na forma de seu estatuto social (doravante simplesmente designada "**A ù m i n ist radlorn** "). e. por firo

BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA.. sociedade empresaria, cora sedo nü Cidade e Lstatlo do Sao Paulo, localb-ada à Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3720. 10º Andar (Parle), Jardim Paulista, inscrita no CNPJ/MF número 09.631.542/0001-37, devidamente autorizada pela CVM a prestar serviços de administração de carteira através do Ato Declaratório número 9975, de 04 de ayosto de 2008 ("**Gestora**"¹¹),

Justamente **por não integrar essa relação jurídica, a Recorrente não tem qualquer administração e/ou gerência sobre o fundo.**

Inclusive, o próprio Instrumento Particular de Compromisso de Investimento, Subscrição e Integralização de Cotas o Fundo de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações não deixa qualquer dúvida a esse respeito.

A cláusula 2.1.1, por exemplo, estabelece que a Administradora do fundo ("BTG Pactuai Serviços Financeiros S.A. DTVM") é a responsável por realizar "Chamadas de Capital" dos condôminos para integralização das cotas do fundo em referência.

Já o § 4º do artigo 5º do Instrumento Particular de Constituição do Fundo de Investimento em Participações EBPARK (denominação alterada para BPCA3)³, elenca que a **BTG Pactuai Gestora de Recursos Ltda.** é a **única gestora do fundo,** sendo a **responsável por operacionalizar a carteira dos investimentos realizados.**

Além disso, **o repasse aos empregados da rentabilidade advinda do fundo de investimento não é efetuado pela Recorrente.** Tal pagamento é realizado pela

³ Artigo 5º. Parágrafo. Quarto. O GESTOR é o único responsável pela gestão profissional dos títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do FUNDO, observadas as limitações legais e as previstas neste Regulamento, possuindo poderes para negociar, em nome do FUNDO, os referidos ativos.

administradora do fundo, a qual, inclusive, por determinação legal, procede à retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Segundo: não é a Recorrente quem presta informações a respeito do fundo de investimento à Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") e tampouco aos cotistas sobre os riscos que estão sujeitos os investimentos e aplicações realizadas no fundo.

Terceiro: não há previsão legal que estabeleça o recolhimento de contribuição previdenciária para os casos em que haja pagamento de rendimentos oriundos de aplicação financeira.

Ainda se não bastasse, há um **quarto motivo:** todos os Termos de Intimação Fiscal ("TIF") relevantes utilizados no Relatório Fiscal para justificar o lançamento foram endereçados e respondidos pelo BTG PSF, o que limitou a participação da Recorrente no processo de constituição do crédito tributário, além de parecer que a Recorrente não detém capacidade de participar do processo. Confirmam-se os itens (16), (17), (20), (23), (24), (25), (26) e (35) do Relatório: (...)

Apesar da complexa relação e da bem fundamentada explicação da Recorrente, o fato de haver 14 empregados da Recorrente, não quer dizer por si só que haveria remuneração indireta, capaz de atrair a exigência de contribuições previdenciárias.

De fato, percebe-se que não há situação geracional ao Fundo pela Recorrente, capaz a atrair sua responsabilidade na condução das operações realizadas.

De acordo com o transcrito no item (24) do Relatório Fiscal, em relação ao item (4.2) do TIF nº 06, a BTG PSF informou que o BPAC3 somente se tornou operacional em 19/04/2012, data em que ocorreu o primeiro aporte.

Quanto ao ingresso dos denominados "*Partnership*", a autoridade fiscal entende "que o contrato de '*Partnership*', que obriga os investimentos dos empregados nos fundos do grupo BTG Pactual, têm um viés de interesse empresarial em fidelizar os empregados e incentivar a produtividade de seus executivos". Conforme as informações da DRJ de origem e do relatório fiscal, verifica-se o seguinte:

"a) Resta inconteste que os beneficiários identificados nos autos são empregados da autuada.

b) O fundo de investimento BPAC3 integra a BTG Holding, que também engloba a defendente, BTG PAM. Ou seja, as operações administrativas e financeiras se desenrolam dentro de uma mesma estrutura empresarial: com relação aos segurados já indicados, os recursos monetários circulam entre eles e as empresas investidoras do grupo empresarial ao qual pertencem. O referido fundo é administrado pela BTG PSF e gerido pela BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA, CNPJ 09.631.542/0001-37.

c) O acesso ao fundo BPAC3 é franqueado a apenas alguns empregados das empresas do Grupo, sob critérios que, conforme a defesa, incluem avaliação de

desempenho do empregado sócio. Ou seja, trata-se de uma espécie de reconhecimento/benefício concedido a alguns poucos empregados; e este reconhecimento/benefício efetiva-se ao fim e ao cabo em ganhos financeiros, conforme registrado nos autos. Inconteste, pois, que esses ganhos decorrem, ao contrário do que sustenta a defesa, da relação de emprego existente, como se extrai da fls. :

No entanto, não é todo e qualquer empregado que pode se tornar empregado associado ou sócio do grupo econômico do BTG Pactual. Para tal fim, é preciso que tanto a entidade financeira como o colaborador atendam a determinados critérios para que a inclusão deste como *Partner* / associado seja viável. Isso pode ser facilmente extraído do *Formulário de Referência (Doc. 04)*:

"A compra e venda da Participação do *Partnership* pode ocorrer em diversas circunstâncias. Em uma delas, o Grupo BTG Pactual, periodicamente e ao menos uma vez por ano, realiza uma revisão do desempenho dos seus *Partners* e empregados para realocar a Participação do *Partnership* entre os *Partners*, de forma a promover determinados empregados que apresentaram alto desempenho, que até então não detinham

Participação do *Partnership*, à condição de *Partner*, reduzindo simultaneamente a Participação do *Partnership* detida por outros *Partners*.

Estas realocações são referidas como "Realocações por Desempenho". Da mesma forma, periodicamente, indivíduos podem ser admitidos como novos *Partners* quando dão início às suas atividades como executivos no Grupo BTG Pactual. Estas realocações e decisões para admissão de novos *Partners* são realizadas com base em critérios de meritocracia, após discussões mantidas entre os *Partners* Seniores, com o objetivo de premiar indivíduos determinados a contribuir de forma significativa ao Grupo BTG Pactual e que também buscam compartilhar a cultura do Grupo BTG Pactual. [...]"

d) (...)

O Grupo BTG Pactual acredita que essa significativa participação dos *Partners* em seu capital e a manutenção do seu modelo de *Partnership*, (i) incentiva a cultura de trabalho em equipe, desenvolvimento de talentos, empreendedorismo, meritocracia e comprometimento de longo prazo, (ii) assegura o contínuo comprometimento dos mais importantes executivos com o seu sucesso, (iii) permite a manutenção da sua cultura única e da vantagem competitiva dela decorrente, e (iv) permite atrair e reter futuras gerações de talentos.

e) Referida adesão ao modelo de Partnership obriga a aquisição de quotas da BPAC3 e da Holding na mesma proporção. Neste contrato, figura como Vendedora das cotas a BTG Holding que é detentora das ações de emissão de ambos os fundos de investimentos. Em resumo, tem-se que esta última é a grande responsável pelo quadro operacional de investimentos.

(...)"

Com isso, constatou-se que apenas um número pequeno de sócios da Recorrente obtém 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 PAM, nos anos de 2014 a 2016.

A acusação fiscal se pautou pelo fato de haver participações com fortes relações das pessoas físicas nas operações que justamente são empregados do sujeito passivo, e que podem gerar a exigência das contribuições previdenciárias, já que pode haver benefícios nos supostos investimentos ao fundo constituído, incluindo a parte da subscrição das quotas e aquisição das ações e custos financeiros suportados pelos empregados alçados à categoria *Partnership*. Por sua vez, a Recorrente alegou que estes custos seriam altos, mas a Fiscalização não teria identificado estes elevados custos.

O acesso ao fundo BPAC3 é franqueado a apenas alguns empregados das empresas do Grupo, sob critérios que, conforme a defesa, incluem avaliação de desempenho do empregado sócio. Portanto, trata-se de uma espécie de reconhecimento/benefício concedido a alguns poucos empregados; e este reconhecimento/benefício efetiva-se ao fim e ao cabo em ganhos financeiros, conforme registrado nos autos.

Porém, a forma de ingresso ao Fundo parece ser complexa e de fato privilegiada, mas que entendo que é de difícil conclusão ser uma manobra para pagamento indireto dos colaboradores da empresa. Ainda que possa haver indícios.

Ao que tudo indica são ganhos eventuais, sem as características de habitualidade, contraprestação e vínculos necessários para configurar a exigibilidade dos ganhos que não se relacionam com o trabalho, seja direto ou indireto, pois não existe um formato com metas ou apuração de desempenho do sócio colaborador, ou outro método que possa aferir características de salário-contribuição.

Como forma de não acolher a ilegitimidade passiva da Recorrente a decisão piso alegou que foram várias intimações emitidas em nome do contribuinte, conforme relação de fls. 26, pois. As informações demandadas junto a BTG PSF, devidamente juntadas aos autos, foram necessárias em face de todo o esquema remuneratório detalhado na Ação Fiscal.

De certo que as intimações junto ao sujeito passivo foram necessárias, dadas as desconfiças da auditoria fiscal. Porém, essa tese não é suficiente para manter a sujeição passiva, havendo a necessidade das caracterizações dos elementos do art. 121, incisos I ou II, do CTN, bem com do art. 142, do CTN.

Com isso, verifico rendimentos financeiros oriundos do fundo não substitui, supre ou diminui a remuneração percebida pelo empregado, justamente pelo fato de a relação empregatícia prévia permanecer inalterada, afastando a responsabilidade da Recorrente na presente autuação.

Tendo em vista que restei vencido na matéria preliminar, passo a analisar a matéria de mérito.

DA ACUSAÇÃO FISCAL E DA NATUREZA JURÍDICA DOS PAGAMENTOS IDENTIFICADOS

Como visto, a acusação fiscal pauta-se pela caracterização de remuneração indireta, sob o prisma previdenciário, ao passo que a Recorrente estaria se utilizando do Fundo BPAC3 para realizar pagamento de PLR aos seus empregados, atraindo o dispositivo sobre o conceito de salário-contribuição, consoante a Lei 8.212/91.

Verifica-se que o salário-contribuição é a base de cálculo para a incidência das contribuições do empregado e corresponde à remuneração destinada a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma. É o valor sobre o qual o trabalhador paga a contribuição previdenciária mensalmente, calculado com base na faixa salarial do trabalhador e na alíquota correspondente.

Nesse sentido, transcreve-se os dispostos no art. 22 e 28 da Lei 8.212/91:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

(...)

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

Nesse sentido, a autoridade fiscal utilizou-se do princípio da primazia da realidade para verificar supostos pagamentos indevidos, que seriam caracterizadores de salário-contribuinte, de forma indireta, verificando os fatos ocorridos para fins de recolhimento de contribuições previdenciárias, a teor do artigo 229, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, *in verbis*:

“Art. 229. (...)

(...)

- a) § 2º **Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual**, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado **e efetuar o enquadramento como segurado empregado** (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29.11.99) grifei”.

Sob o referido prisma a acusação fiscal teria apurado que a Recorrente utilizou-se de métodos incomuns para remunerar colaboradores, guardando conexão com pagamentos de salário remuneração fixo da empresa e de pagamentos por meio de PLRs. Nesse contexto, a decisão de piso assim concluiu:

“Neste sentir, deve-se ter em conta que a continuidade dos recebimentos em folha de pagamentos, associada ao recebimento de PLR, não se revelam aptos a afastar a previsão acima.

No que se refere à contraprestação laboral, os ganhos financeiros referidos nos autos decorrem diretamente do liame empregatício existente perante a atuada e, mais, como esta declara em sua irresignação acima resumida, existem vários critérios para ingresso e permanência no programa de Partnership, inclusive avaliação de desempenho dos integrantes, o que não seria é requisito próprio de mero investimento.

Quanto à alegada natureza eventual dos recebimentos, a repetição destes e a justa expectativa em recebê-los, ainda que em montante variável, resta rejeitada a tese.

No tocante à tributação do IRRF, trata-se declaração da empresa acerca da natureza dos ganhos, não sendo impeditivo para que a autoridade fiscal, em respeito à verdade material, apure a adequada natureza dos ganhos em pauta.

A despeito da previsão formal de risco presente nos instrumentos de adesão ao programa de *Partnership* e à compra de Ações da BPAC3, esta não se revelou comprovada nos fatos apurados pelo Fisco.

Ao contrário, o histórico verificado traz exclusivamente registro de ganhos conforme tabelas de rendimentos de fls. 49 e 50, afastando assim, a natureza de investimento financeiro, uma vez que o elemento risco é sua principal característica, restando prejudicada a análise dos demais caracteres apontados em sua defesa.

Por tudo acima, convenço-me do caráter remuneratório dos recebimentos indicados pelo Fisco, que foram decorrentes de uma organização empresarial única que viabilizou a premiação de alguns empregados com o acesso ao fundo BPAC3, de alta rentabilidade”.

Sob essa acusação fiscal, de que a Recorrente poderia estar utilizando um mecanismo disfarçado para o pagamento de PLR, salvo melhor juízo, verifico que as provas apresentadas nos autos carecem de "*vis probatória*", bem como do conjunto "*animus*

probatorius", no que diz respeito aos pagamentos realizados aos 14 funcionários identificados como beneficiários das verbas apuradas nesta autuação.

Para isso, utiliza-se do mesmo exemplo da decisão de piso e da acusação fiscal, analisando-se as quantias recebidas de uma das colaboradoras da Recorrente, Sra. *Stefanie Birman*:

➤ **Contracheque da Sra. Stefanie Lengsfeld Birman:**

○ **Pagamento de salário e de PLR, no ano de 2014:**

COMPROVANTE DE PAGAMENTO						Página 1
Empresa 0002 RTG Pactual Asset Mgmt			Estabelecimento 0002 RTG Pactual Asset Mgmt SA DTVM 40000084 AM STRATEGY			R.Trab 7
Funcionário 103701 STEFANIE LENGSELD BIRMAN			Cargo 60000183 STRATEGIST			Registro
Centro de Custo 12421500	Banco 237	Agência 3100	Conta Bancária 0003473-0	Mês de Referência Fevereiro 2014	Remuneração Mensal 15.038,36	
Base p/ INSS 0,00	Base p/ IR 425000,00	Base IR Férias 0,00	Base IR 13º 0,00	Base FGTS 0,00	FGTS Depositado 0,00	Dep. IR 0
Subscrição	qtde.	Descrição		Retifica	PROVENTOS	DESCONTOS
0285	0,00	Partic. de Lucros Art.7 CF			425.000,00	
7709	27700	INSS PIR				113.976,12

Nos indicativos dos pagamentos das PLRs sob suspeita, não se verifica nenhum liame capaz de conectar essa quantia à forma de remuneração indireta, uma vez que a natureza jurídica dessa verba é distinta daquela adotada para o pagamento das PLRs. No plano estipulado, há mecanismos diferentes a serem observados e critérios bastante variáveis, ao passo que os frutos percebidos do Fundo o beneficiário não possui condições de mensurar os valores recebidos com base em algum programa de metas e resultados. Ademais, o pagamento dessa verba varia conforme o risco do investimento de mercado proposto.

Também não verifiquei o elemento **habitualidade** nos pagamentos, onde foi possível apurar que foram realizados **apenas 4 pagamentos em dois exercícios (2016 e 2017)**. Apesar de existir dois pagamentos por ano, coincidindo com o formato de pagamento de uma PLR, faltariam mais elementos para configurar uma irregularidade da respectiva verba de PLR ou das remunerações identificadas pela fiscalizações.

Igualmente não identifiquei recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, bem como a constatação, pelo exame da escrituração contábil ou de qualquer outro documento que pudesse justificar uma aplicação dos termos de fiscalização ou aferição indireta.

Acerca do formato de ingresso ao Fundo por meio do programa *Partnership*, entendo que isso por si só não caracteriza pagamento indireto, pois os elementos caracterizadores de salário-contribuição (direto ou indiretamente) não estão presentes. O fato de apenas 14 colaboradores terem sido identificados, em detrimento dos demais, também impede uma análise mais ampla sobre a acusação fiscal.

Passo seguinte, verifico existir também que outro elemento que descaracteriza o conceito de salário/remuneração, qual seja, o **“fator risco” dos investimentos**, decorrentes de aplicações financeiras pelos interessados-empregados.

Ainda que a Recorrente tenha rentabilidade baixa, o fundo BPC3, que é desvinculada das receitas e gerência do sujeito passivo, poderá ter resultados diferentes dos resultados do fundo e da Holding, que por sua vez integra a estrutura de participação e ganhos, podendo gerar resultados positivos ou negativos, e ao contrário, os aportes ao fundo poderão variar e ter resultado inexpressivos, em detrimento das receitas da Recorrente. Portanto, o elemento risco do negócio afasta a pretensa remuneração de salário-indireto.

Nesse sentido, observa-se que é lógica de mercado que um investidor aguarde resultados positivos de um fundo de investimento; caso o fundo opere de forma negativa e não apresente resultados, é provável que o investidor decida retirar-se do investimento, e como é uma mera faculdade de ingresso, não vislumbro danos ou riscos para ambas as partes no contrato laboral, onde este provavelmente deve seguir estável. Contudo, essas projeções – que podem ser consideradas “meras projeções” de quem analisa o caso concreto – não se verificaram na presente demanda, tendo em vista que não foram apurados resultados negativos do fundo nos anos fiscalizados. Identificou-se que o Fundo iniciou suas operações em 2012 e, sendo fruto da fusão de outros dois fundos, estruturou-se e passou a operar com os objetivos idealizados por seus investidores. Além disso, não foi possível constatar que o mecanismo de ingresso de apenas 14 colaboradores visasse burlar o fisco, pois não há informações sobre a entrada ou saída de outros colaboradores da Recorrente durante o período apurado que pudesse atestar a prática ilícita da recorrente.

Ademais, comprovou a Recorrente que integraliza os salários conforme o mercado, bem como paga PLR a seus empregados, fato que não supriu os valores recebidos a título de investimento ao fundo e a aquisição das ações da Holding pelos seus colaboradores, das quais fazem parte do formato dos investimentos adquiridos, na e-fl. 4.734, onde se constata o pagamento das ações pelos colaboradores da Recorrente.

Outro fator já levando no voto é a natureza dos pagamentos transcorrer por meio de JCP. Nesse sentido, relata a Recorrente que além da suposta infração aqui relatada, a Autoridade Fiscal também lavrou Auto de Infração em razão da indevida dedutibilidade dos valores pagos a Fundos de Investimento em Participação (BPAC1 e BPAC2) a título de Juros Sobre Capital Próprio aos usufrutuários dos direitos econômicos das ações, consubstanciado no Processo Administrativo nº 16682.722020/2017-08.

A contribuinte aduz que ainda que ambos os processos decorram da mesma operação (*qual seja, rendimento derivado de aplicações financeiras através da mesma estrutura*), naquele processo, o Sr. Agente Fiscal e posteriormente esse E. CARF - em decisão definitiva - reconheceram a natureza jurídica dos pagamentos efetuados como sendo JCP, ao passo que, no

caso concreto, autua-se como se remuneração fosse. Assim, existe contrariedade nas exigências fiscais.

Conforme se verifica da situação fática dos autos, consoante precedente deste Tribunal, os valores pagos pelo Banco BTG Pactual a Fundos de Investimento (FIP BPAC1 e BPAC2) teriam natureza jurídica de juros sobre capital próprio, os quais, posteriormente, seriam repassados, ao FIC-FIP BPAC3, que sofreriam tributação apenas na realização dos quotistas. Ou seja, como rendimento de aplicação financeira.

Ademais, se for levar em consideração informações dos autos, verifica-se que no Processo Administrativo nº 16682.722020/2017-08, a Autoridade Fiscal também lavrou Auto de Infração em razão da indevida dedutibilidade dos valores pagos a Fundos de Investimento em Participação Fundos de Investimento em Participação (BPAC1 e BPAC2), que originaram o BPAC3 e teriam sido considerados a título de Juros Sobre Capital Próprio aos usufrutuários dos direitos econômicos das ações, conforme ementa do Acórdão **1402-003.581**, assim transcrito

“Ementa. Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Exercício: 2012. USUFRUTO. LUCROS/DIVIDENDOS. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEDUTIBILIDADE DOS VALORES PAGOS.

No caso dos rendimentos pagos ou creditados a título de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio, o legislador tributário deixou de atribuir ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos, o que implica remeter o intérprete aos efeitos típicos decorrentes do direito privado. São, portanto, dedutíveis os valores pagos a usufrutuários de ações a título de Juros sobre Capital Próprio (JCP)”.

Ainda, o relatório fiscal apurou a estrutura e composição financeira do fundo:

“(2.2) Conforme subitem “b) Operações de usufruto de ações” do item “4. Investimentos” das Notas Explicativas discriminadas no item (2.1) deste TIF: **(a) o fundo BPAC1 iniciou as operações em 17/04/2012; e (b) celebrou, em 18/04/2012, 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 o fundo BPAC1 do usufruto relativo aos juros sobre capital próprio atribuído às referidas ações, incluindo o direito de voto nas deliberações do Banco.**

(...)

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

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

(31.5) 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, constatarem-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.

(31.6) A Demonstração da Composição e Diversificação da Carteira do BPAC3 de 30/09/2016 indicava a seguinte composição do fundo: (a) 1.099,5821 quotas do Fundo de Renda Fixa BTG Pactual Yield DI FI RF Crédito Privado (ou 2,81% do PL); (b) 1.803.643.997 quotas do FIP BPAC1 (ou 48,54% do PL); e (c) 1.803.643.997 quotas do FIP BPAC2 (ou 48,65% do PL). Indicava ainda um total de ativo de 979 mil reais”.

É necessário destacar que em razão da natureza jurídica dos rendimentos do fundo BPAC3 é que os ganhos de capital auferidos, quando da amortização/aquisição/alienação das cotas, sobre o valor que exceder ao custo de aquisição das cotas, são oferecidos à tributação pelo Imposto de Renda ("IR/Fonte" ou "IRRF" - Código de Arrecadação 6813).

Conforme descrito pela recorrente, o modelo do *Partnership* instituído pelo Grupo BTG permite que seus empregados se tornem acionistas e, desse modo, adquiram ações do BTG Holding e cotas do fundo de investimento BPAC3. Para se tornar acionista com as respectivas agências este passa assumir os riscos do investimento, que por sua vez os rendimentos passam ser variável.

Por fim, a acusação fiscal informa que não localizou os altos dispêndios pelos acionistas. Nesse passo, passou a Recorrente a explicar o seguinte:

“(…) Um exemplo a ser citado, já que também foi utilizado no Relatório Fiscal do lançamento, é do Sr. Gustavo de Hungria Machado, que, ao adentrar no *Partnership* do grupo econômico do BTG Pactual, optou por adquirir 623.74 cotas de emissão do BPAC3 e 572.610 ações preferenciais Classe B de emissão do BTG Pactual Holding. O preço ajustado entre as partes pode ser verificado a partir da tela abaixo transcrita, cuja comprovante de transferência segue ao lado:

PREÇO

2,1 O preço total avençado pelas Pates para a transferência da Participação objeto deste Contrato é de R\$ 0,907,535.09 (seis milhões novecentos e sete mil

quinhentos e trinta e cinco reais e nove centavos), sendo que, do valor total do Preço, R\$ 1,100,000,00 (um milhão cento e sessenta mil reais) foi pago de Forma adiantada em 13 de fevereiro de 2015, e também o valor de R\$ 5,426,336.00 (cinco milhões quatrocentos e vinte e seis mil trezentos e trinta e seis reais) em 19 de fevereiro de 2015 ("Preço"):

- R\$ 6,532,034,75 (seis milhões oitocentos e trinta e dois mil e oitenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), reflete-se à aquisição das ações de emissão da Vendedora;

- R\$ 563.79 (quinhentos e sessenta e três reais e setenta e nove centavos), refere-se à aquisição de quotas de emissão do BPAC3.

- R\$ 74,880.55 (setenta e quatro mil oitocentos e oitenta e seis reais e cinquenta e

Como se observa, houve um efetivo desembolso financeiro por parte do empregado quando da aquisição das ações do BTG Holding e das cotas do fundo BPAC3, não prevalecendo a acusação de que em 2015 teria tido *"um rendimento por cota de mais de 300 (trezentas) vezes o valor investido"*.

Ora, o valor investido, no caso do sr. Gustavo de Hungria Machado foi de mais de R\$ 6.907.535,09. Assim, os valores de rendimento recebidos por meio do fundo BPAC3 pelo referido empregado jamais podem ser considerados como discrepantes em face do valor investido, justamente porque a análise deve ser do conjunto".

Porém, essa premissa teria sido afastada pela Recorrente, onde indicou que os investidores identificados depreenderam valores num "processo complexo" de ingresso ao Fundo, onde o colaborador investidor necessita subscrever e adquirir cota do fundo BPAC3 e as ações preferencias da BTG Holding, ligada ao grupo BTG em que a Recorrente possui participação, em um outro complexo método de atuação societária da Contribuinte.

Conforme apurado, os investidores precisam aportar elevadas quantias na Holding ligada à Contribuinte, bem como adquirir cotas do Fundo para, assim, ter acesso aos rendimentos financeiros oriundos do fundo BPAC3, sendo essa opção uma faculdade ofertada ao empregado sênior do Grupo BTG, e não uma obrigatoriedade. Ao que tudo indica, um dos critérios utilizados também envolve o elemento laboral, de modo que, ao que tudo indica e s.m.j., para medir os meios de ingresso ao Fundo, são analisados parâmetros utilizados na PLR para ofertar o programa de investimento— incluindo as evoluções dentro da empresa, com as remunerações e faixas de desenvolvimento —, os quais, como mencionado, são ofertados pela Recorrente aos seus colaboradores.

Verifica-se, assim, um método que, num primeiro momento, se distancia do pagamento de salário-remuneração, baseando-se em critérios que somente a própria empresa Recorrente tem plena capacidade de explicar em suas escolhas diretivas. Entendo que é nesse ponto que a fiscalização permaneceu na dúvida quanto à forma de tornar atrativa a permanência de colaboradores na empresa, por meio da oferta de métodos de rendimentos financeiros.

Contudo, as provas ainda são frágeis, e não há apurações reiteradas que permitam concluir que tais métodos constituam formatos de pagamento indiretos de salário-remuneração.

Nesse ponto, reproduzo a explicação realizada pelo sujeito passivo em seu Recurso:

“(..) O Grupo BTG Pactuai acredita que essa significativa participação dos Partners em seu capital e a manutenção do seu modelo de *Partnership*, **(i)** incentiva a cultura de trabalho em equipe, desenvolvimento de talentos, empreendedorismo, meritocracia e comprometimento de longo prazo, **(ii)** assegura o contínuo comprometimento dos mais importantes executivos com o seu sucesso, **(iii)** permite a manutenção da sua cultura única e da vantagem competitiva dela decorrente, e **(iv)** permite atrair e reter futuras gerações de talentos.

Pode-se dizer, então, que o **fundo BPAC3** é, na verdade, **uma opção de investimento oferecido pelo Grupo BTG Pactuai aos empregados elegíveis ao *Partnership***, que deverão arcar com altos custos para adquirir ações do BTG Pactuai Holding S.A. f'BTG Pactuai Holding" e, nessa posição, passarão a compartilhar dos riscos e resultados do negócio, bem como das próprias oscilações atinentes aos investimentos aportados.

Assim, com o aceite do empregado ao *Partnership* o Grupo BTG Pactuai, este deve adquirir ações do BTG Pactuai Holding, incorrendo em altos custos (fato este completamente ignorado pelo Sr. Agente Fiscal), bem como cotas do Fundo de Investimento em Participação BPAC3 para que possa deter a totalidade dos direitos econômicos da ação da BTG Pactuai Holding, já que cerca de 2/3 dos Juros sobre Capital Próprio ("JCP") a receber pela BTG Pactuai Holding era detido, via usufruto, pelo BPAC3.

É imprescindível mencionar ainda que, independentemente da participação no *Partnership*, o empregado continua percebendo a sua remuneração fixa e a variável, que é a Participação nos Lucros e Resultados ("PLR")⁴ (*vide Does. 04 e 06 da Impugnação*)". Grifei.

Por todos os motivos e razões expostas, entendo não haver natureza jurídica de remuneração os valores lançados, concluindo, portanto, pelo cancelando da autuação.

DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

Tendo vista que este relator entendeu pelo cancelamento da acusação principal, entendo que, por consequência lógica dos fatos, a obrigação acessória também deve ser cancelada.

CONCLUSÃO

⁴ Ao pode ser apurado no presente processo, a política de remuneração do Grupo BTG Pactuai é composta por uma parcela fixa e de Participações em Lucros e Resultados. Com relação à remuneração fixa, o Banco adota faixas salariais internas para admissão de novos funcionários e progresso na estrutura da empresa. No caso da remuneração variável, a cada ano o Banco distribui um percentual do lucro entre seus profissionais, utilizando-se da avaliação anual, baseado nos resultados gerados e com forte ênfase em critérios qualitativos, como principal subsídio para o processo de participação nos lucros.

Voto, portanto, por conhecer do Recurso Voluntário para **DAR-LHE PROVIMENTO**, cancelado a autuação fiscal e suas respectivas obrigações acessórias.

(documento assinado digitalmente)

WESLEY ROCHA

Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheira **Ana Carolina da Silva Barbosa**, Redatora designada.

O Relator houve por bem acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e cancelar o lançamento, tendo os demais conselheiros componentes do colegiado discordado do entendimento de que se tratava de ilegitimidade passiva.

1. Preliminar: ilegitimidade passiva

Como bem relatado, trata-se de autos de infração lavrados para a exigência de contribuição previdenciária incidentes sobre a suposta remuneração paga a segurados empregados por meio de fundo de investimento, bem como para cobrança de multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrentes do mesmo fundamento. Vale o destaque para o relatório fiscal:

(6) Após vários questionamentos feitos à BTG PSF 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 PAM, nos meses 03/2015, 07/2015, 06/2016 e 11/2016. Por essa razão, apuram-se no presente processo: (a) da contribuição previdenciária prevista no artigo 22, I e parágrafo 1º, da Lei nº 8.212/1991; (b) da contribuição previdenciária devida em função do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos do ambiente de trabalho - GIL-RAT, prevista no artigo 22, II, da Lei nº 8.212/1991, ajustada pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP; e (c) das contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (OEF) que, no caso da BTG PAM, nos anos de 2015 e 2016, eram devidas ao Salário-Educação e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA; todas incidentes sobre as referidas remunerações pagas por meio do fundo de investimento “FIC DE FIP BPAC 3”, doravante chamado abreviadamente apenas de BPAC3.

(7) Também integra o processo COMPROT nº 16539.720014/2019-23, o Auto de Infração com Código de Fundamentação Legal – CFL 30, em razão de a fiscalizada ter deixado de preparar folhas de pagamento contendo a totalidade das remunerações pagas ou creditadas a seus empregados. Trata-se de infração ao

artigo 32, inciso I, da Lei nº 8.212/1991, combinado com o artigo 225, inciso I e § 9º, do RPS. Na PARTE VIII deste Relatório Fiscal encontram-se discriminados o montante da multa e os fundamentos legais para a aplicação do referido Auto de Infração.

(8) Integra ainda o processo COMPROT nº 16539.720014/2019-23, o Auto de Infração com Código de Fundamentação Legal – CFL 34, **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,** conforme determina o artigo 32, inciso II, da Lei nº 8.212/1991, combinado com o artigo 225, inciso II e § 13, do RPS. Na PARTE IX deste Relatório Fiscal encontram-se discriminados o montante da multa e os fundamentos legais para a aplicação do referido Auto de Infração. (grifos acrescidos)

A fiscalização entendeu que a BTG PACTUAL ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS (chamada abreviadamente de BTG PSF), ora recorrente, teria se utilizado do fundo “FIC FIP BPAC 3” (chamada abreviadamente de BPAC3) para dissimular a renumeração de 14 de seus empregados (conforme lista de e-fl. 29), nos meses de 03/2015, 07/2015, 11/2016 e 06/2017.

Diante do entendimento de que os valores recebidos seriam, em verdade, remuneração, a fiscalização lavrou os Autos de Infração contra a BTG PSF e não contra o Fundo BPAC3, apesar de este último ter promovido os pagamentos.

Como bem ressaltado pela decisão de piso:

a) Resta incontestado que os beneficiários identificados nos autos são empregados da autuada. (e-fls. 5169)

O Recorrente apresentou preliminar de ilegitimidade passiva, sustentando que os valores teriam sido efetivamente pagos pelo Fundo BPAC3, em razão dos direitos decorrentes das ações adquiridas pelos empregados no plano de *Partnership* e não como remuneração devida em razão do contrato de trabalho. Dessa forma, como os valores foram pagos pelo Fundo, este deveria figurar como sujeito passivo, argumento acolhido pelo conselheiro relator.

Não assiste razão ao recorrente. Considerando a acusação fiscal, de que os valores pagos pelo Fundo BPAC3 eram, em verdade, dissimulação de remuneração aos empregados listados, e que, como remuneração deveriam ter sido submetidos à tributação pelas contribuições previdenciárias, correta está a inclusão do empregador BTG PSF no polo passivo da autuação fiscal.

Para a fiscalização, os valores pagos pelo Fundo BPAC3 aos empregados do recorrente teriam a natureza jurídica remuneratória, e teriam sido pagos por intermédio do fundo, pela empregadora. Trecho do Relatório Fiscal esclarece a imputação:

(83) Ensina Maurício Godinho Delgado, em seu “Curso de Direito do Trabalho”, 15ª edição, Editora LTr – Livro I, Capítulo XXI, item IV.2 – “Parcelas Salariais Dissimuladas”:

“Há figuras que não têm originalmente natureza salarial, mas que, em virtude de uma conformação ou utilização fraudulenta no contexto da relação empregatícia, passam a ser tratadas como salário: são parcelas salariais dissimuladas. Registre-se que, caso utilizadas regularmente, tais parcelas não teriam, sem dúvida, natureza salarial. Entretanto, sua utilização irregular, com objetivos contraprestativos disfarçados, frustrando a finalidade para a qual foram imaginadas, conduz ao reconhecimento de seu efetivo papel no caso concreto, qual seja de suplementação, ainda que dissimulada, da contraprestação paga ao empregado pelo empregador”.

“De maneira geral, trata-se de parcelas que buscam aparentar natureza indenizatória, recebendo do empregador denominações nesta direção, embora sem capacidade de disfarçar seu nítido intuito retributivo”.

(84) Uma vez reconhecido pela fiscalização o caráter remuneratório dos valores pagos por intermédio do fundo BPAC3, constatada sua não inclusão na remuneração declarada em GFIP e verificado o não recolhimento das contribuições correspondentes, passam-se a discriminar as bases de cálculo e as alíquotas que integram a apuração das contribuições por meio do presente Auto de Infração.

Vale ressaltar que as obrigações tributárias imputadas como infringidas pelo Recorrente, seriam as previstas na Lei nº 8.212/1991, que, conferindo eficácia às determinações constitucionais⁵, tratou da contribuição patronal sobre as remunerações pagas aos segurados nos seguintes termos:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

⁵ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)

§11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

(...)

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).

§ 2º Não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28.

(...)

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

Portanto, não faria qualquer sentido imputar ao Fundo BPAC3 a obrigação de inclusão dos valores pagos na base de cálculo das contribuições previdenciárias, uma vez que, se ficasse confirmada a tese sustentada pelo Fisco Federal, de simulação com pagamento pelo Fundo BPAC3 de parcelas remuneratórias, decorrentes da relação de trabalho entre os 14 empregados e o BTG PSF, seria este último o sujeito da norma tributária em questão.

De acordo com a lógica da fiscalização, uma vez que os pagamentos foram efetuados pelo 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;

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

2. Considerações sobre o mérito

Não obstante o recurso ter sido provido por unanimidade de votos, para cancelar a autuação, nos termos do voto do relator, utilizo-me do presente Voto Vencedor para também explicitar as razões (declaração de voto) que me motivaram a acompanhar o voto do relator na análise do mérito

Com base nas informações prestadas pelo Grupo BTG e documentos analisados, a fiscalização sustentou que os valores recebidos pelos 14 empregados do Fundo BPAC3 corresponderiam a remuneração indireta. O principal fundamento usado para embasar a alegação de simulação da remuneração recebida seria o fato de que os empregados teriam pagado valores irrisórios na compra de cotas do Fundo BPAC3 e estariam recebendo quantias vultuosas por meio do fundo. Vale o destaque ao Relatório Fiscal:

(55) É importante destacar que as aquisições iniciais das quotas do fundo BPAC3 pelos empregados, conforme documentos apresentados pela BTG PSF e que integram o presente processo, foram feitas na proporção de R\$ 1,00 (um real) por quota. Constatou-se, por exemplo, que STEFANIE LENGSELD BIRMAN (CPF: 336.712.768-00), empregada da BTG PAM no período, havia “investido” pouco mais do que R\$ 500,00 (quinhentos reais), mas, em 2016, **foi agraciada com mais de 243 (duzentos e quarenta e três) mil reais de rendimento do BPAC3, ou seja, obteve o equivalente a R\$ 477,01 (quatrocentos e setenta e sete reais e um centavo) 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 ao empregado da BTG PAM GUSTAVO DE HUNGRIA MACHADO (CPF: 080.714.927-60).

Entretanto, tal entendimento é equivocado e foi desconstituído pela defesa.

O Recorrente comprovou que os valores pagos pelo Fundo BPAC3 não podem ser vistos como remuneração indireta uma vez que correspondem a rendimentos financeiros decorrentes do aporte feito pelos empregados participantes do programa de *Partnership* tanto do Fundo BPAC3, quanto nas ações do BTG Holding. O programa de *Partnership* funciona da seguinte maneira:

- os empregados elegíveis à *Partnership* que aceitam a inclusão no programa, adquirem ações do BTG Pactual Holding arcando com altos custos e adquirem também cotas do Fundo de Investimento fechado BPAC3. A compra casada é importante para que os empregados tenham a totalidade dos direitos econômicos das ações do BTG Pactual Holding;
- o Fundo BPAC3 possui 2/3 dos Juros sob capital próprio (JCP) das ações recebidas, de modo que os empregados possuem a nua propriedade das ações adquiridas;
- a aquisição das ações e das cotas do fundo pelos empregados foram comprovadas pelo Recorrente, ou seja, as cotas do fundo não podem ser vistas de forma indissociada das ações da BTG Pactual Holding adquiridas pelos empregados;
- todas as parcelas remuneratórias e de PLR devidas aos empregados foram pagas, independentemente do programa de *Partnership*.

Portanto, o que o Fundo BPAC3 pagou aos funcionários cotistas que adquiriram as ações do BTG Pactual Holding foram rendimentos decorrentes da propriedade das próprias ações, não podendo, assim, serem considerados valores remuneratórios, base de cálculo das contribuições sociais devidas pela empresa empregadora.

Como destacado pelo Relator em seu voto, a 1ª sessão do CARF, no julgamento do Acórdão nº. 1402-003.581, ao analisar a estrutura de planejamento utilizando fundo de investimento fechado do Grupo BTG, com o uso dos fundos de investimento BPAC1, BPAC2 e BPAC3 entendeu que os valores que estavam sendo pagos pelo fundo de investimento aos usufrutuários das ações não perdiam a natureza jurídica de juros sobre capital próprio (JCP), sendo dedutíveis do imposto de renda. Vale o destaque:

USUFRUTO. LUCROS/DIVIDENDOS. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEDUTIBILIDADE DOS VALORES PAGOS

No caso dos rendimentos pagos ou creditados a título de lucros/dividendos e de juros sobre capital próprio, o legislador tributário deixou de atribuir ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos, o que implica remeter o intérprete aos efeitos típicos decorrentes do direito privado. São, portanto, dedutíveis os valores pagos a usufrutuários de ações a título de Juros sobre Capital Próprio (JCP).

Vale o destaque para trecho da declaração de voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, que acompanhou o voto da relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio:

De outro lado, apesar de previsto em norma tributária específica, **os juros sobre capital próprio não deixam de ser rendimentos de ações, atribuíveis, por certo, aos titulares deste direito, do que decorre, por aplicação inafastável da legislação civil, os efeitos típicos da instituição de usufruto, se a lei tributária nada dispor em contrário**, como bem exposto pela Conselheira Relatora.

Ou seja, a estrutura utilizada com a manutenção de 2/3 dos direitos do JCP no Fundo BPAC3, não desnatura a natureza jurídica dos rendimentos que estão sendo pagos pelo Fundo. Assim, o que foi pago pelo BPAC3 aos empregados listados não foi remuneração, e sim rendimentos financeiros decorrentes da propriedade das ações do BTG Pactual Holding, mesmo que tenha sido constituído usufruto.

Ademais, vale ressaltar que restou comprovado nos autos que os empregados arcaram com os custos dos investimentos, e que a compra das ações foi amparada pelo Instrumento Particular de Compra e Venda de Participação, formalizado entre funcionários e o BTG Pactual Holding, e que no mesmo contrato, o comprador (empregado) se comprometeu a adquirir, na mesma proporção, cotas de emissão do BPAC3 e ações preferenciais de emissão da holding, deixando evidente que se tratava de aquisição de investimento por meio da estrutura com os fundos de investimento.

Estas as razões, portanto, para acompanhar o Conselheiro Relator no provimento do recurso voluntário.

3. Conclusão do voto vencedor acerca da preliminar

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e consequente nulidade dos lançamentos.

(documento assinado digitalmente)

ANA CAROLINA DA SILVA BARBOSA

Redatora designada