

Distinção de Elisão Fiscal e Evasão Fiscal.

Este tema diz respeito ao lícito e ao ilícito na realização das práticas de planejamento tributário que visam diminuir ou afastar o tributo. Nem toda prática de economia em pagar tributos consiste em afastar o ônus total de um ato ou negócio jurídico. Normalmente o que se busca não é a não incidência de uma carga tributária, mas a prática que incida um fato gerador que implique em menor dispêndio de caixa em contrapartida a um outro fato gerador que signifique um maior dispêndio de caixa, em resumo, a economia no pagamento de tributos.

Esta busca da economia no pagamento de tributos, que pressupõe um planejamento tributário, esta associada a interpretação do que seja elisão fiscal ou evasão fiscal. O ideal é que a previsão de todos os atos estivesse contida nas normas do direito com suas minuciosidades do que seja lícito ou ilícito. Entretanto, não é o que ocorre e, associado a isto as interpretações do que seja Elisão Fiscal e Evasão Fiscal são tantas e tão diferentes que, falta unanimidade e uniformidade dos entendimentos causando demasiadas controvérsias.

Machado (2004, pag. 357) afirma que “a questão essencial que deve ser enfrentada é a de saber se em determinado caso ocorreu, ou não, o fato gerador da obrigação tributária e qual sua efetiva dimensão econômica”.¹

Segundo dicionário da língua portuguesa, elidir significa eliminar, suprimir ou fazer sair. Neste sentido, ainda conforme o próprio dicionário, suprimir é também omitir. Sendo assim dentro do contexto jurídico trata-se de um ato ilícito. Mas se elidir é também fazer sair, portanto, neste sentido podemos reconsiderar que este ato num contexto jurídico pode ser um ato lícito, se raciocinarmos que não está havendo uma negação ou omissão do tributo, mas um afastar-se daquilo que possa ser mais oneroso, desta forma elisão possui interpretação muito ampla. Ainda segundo o dicionário da língua português, evadir significa escapar ou fugir. Num contexto jurídico pode constituir um comportamento de significado ilícito.

¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional, volume**

Contudo, no contexto jurídico uma das interpretações mais consagradas é que Elisão Fiscal é a prática legal de fazer planejamento tributário com a finalidade de diminuir ou afastar a carga tributária. A Evasão Fiscal é a prática ilegal de fazer planejamento tributário com a finalidade de diminuir ou afastar a carga tributária.

Para efeito de norte neste trabalho, como estamos considerando a Elisão ato lícito e a Evasão fato ilícito, aparentemente seria muito simples qualificarmos um ato segundo sua licitude. Contudo, a controversa existe, pois, não há unanimidade de que todos os planejamentos tributários com objetivo de praticar elisão sejam lícitos. Neste sentido argumenta Pereira² (2001) que o grande desafio está em distinguirmos entre a elisão ilícita ou ineficaz e elisão lícita ou eficaz.

Existem alguns entendimentos de que a Elisão Fiscal sendo um ato lícito é ação realizada antes da incidência do fato gerador, já a Evasão Fiscal é ato ilícito mediante uma ação realizada após a ocorrência do Fato Gerador, quando o contribuinte opta por sonegar o pagamento total ou parcial do tributo.

Yamashita³ (2005) contesta esta interpretação de distinção do que seja Elisão Fiscal ou Evasão Fiscal considerando o fato ocorrido antes ou após o Fato gerador, citando como exemplo a simulação de um mutuo de mercadorias em 1º de janeiro a fim de ocultar receitas de mercadorias, sujeitas ao ICMS, a serem vendidas nos dias que se seguirem. O mesmo qualifica este ato realizado antes do fato gerador como sendo ilícito, tratando-se, portanto, de uma Evasão Fiscal.

Yamashita ainda contesta que todo o ato ocorrido após o fato gerador seja um Evasão fiscal, quando cita como exemplo as isenções totais ou parciais, as reduções da base de cálculo, as opções pelos regimes tributários especiais na adesão de algum plano de refinanciamento, etc.

Para facilitar nosso objetivo que é analisar as licitudes no planejamento tributário iremos nos valer da interpretação de que Elisão Fiscal é fato lícito, e nos

² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Elisão tributária e função administrativa**. São Paulo, Dialética, 2001.

³ YAMASHITA, Dougals, **Elisão e evasão de tributos: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei**. São Paulo: Lex, 2005.

basearemos no entendimento já acima citado de Pereira que defende, sendo a Elisão ineficaz ela receberá a qualificação de fato ilícito.