



UMA CRÍTICA À DISSOCIAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA JURÍDICA

A CRITIQUE OF THE DISSOCIATION BETWEEN LEGAL THEORY AND PRACTICE

RAMON ISAC SALDANHA DE AZEVEDO E SILVA* | ANDERSON SOUZA DA SILVA LANZILLO**

RESUMO

Este estudo examina a dicotomia entre teoria e prática no direito, tema debatido por filósofos e juristas ao longo do tempo. A pesquisa foca na distinção entre conhecimento teórico e prático, com a questão central: “A dogmática da ciência jurídica é diferente da prática jurídica?”. Utilizando uma abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva, o estudo investiga a (in)existência de distinções mínimas entre teoria e prática e suas repercussões no direito, além de analisar a relação entre as fontes do direito e essa distinção. A hipótese inicial é que teoria e prática são indissociáveis no direito. A pesquisa destaca a importância de compreender como a teoria jurídica orienta a prática, sublinhando a necessidade de uma aplicação das leis que seja tanto rigorosa quanto adaptável. Os resultados indicam que as fontes do direito são predominantemente dogmáticas, e que o costume, embora empírico, precisa de linguagem jurídica para ter efeito. Conclui-se que prática e teoria são inseparáveis no direito, pois a teoria é a única que produz efeitos jurídicos. Qualquer prática que desconsidere as fontes do direito é vista como uma deturpação jurídica.

Palavras-chave: Teoria Jurídica; Prática Jurídica; Dogmática do Direito.

ABSTRACT

This study examines the dichotomy between theory and practice in law, a topic debated by philosophers and jurists over time. The research focuses on the distinction between theoretical and practical knowledge, with the central question: “Is the dogmatics of legal science different from legal practice?”. Using a qualitative and hypothetical-deductive approach, the study investigates the (non)existence of minimal distinctions between theory and practice and their repercussions in law, as well as analyzing the relationship between the sources of law and this distinction. The initial hypothesis is that theory and practice are inseparable in law. The research highlights the importance of understanding how legal theory guides practice, emphasizing the need for the application of laws to be both rigorous and adaptable. The results indicate that the sources of law are predominantly dogmatic and that custom, although empirical, requires legal language to be effective. It is concluded that practice and theory are inseparable in law, as theory is the only one that produces legal effects. Any practice that disregards the sources of law is seen as a legal distortion.

Keywords: Legal Theory; Juridical Practice; Dogmatics of Law.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor e Advogado.
ramon.saldanha.018@ufrn.edu.br

** Doutor em Estudos da Linguagem pela UFRN. Mestre em Direito pela UFRN. Professor da UFRN.
anderson.lanzillo@ufrn.br

Recebido em 23-8-2024 | Aprovado em 25-10-2024



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 (IN)EXISTÊNCIA DE DISTINÇÕES PRÁTICAS E TEÓRICAS; 1.1 CONCEITO DE PRÁTICA E TEORIA E OS PONTOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE IMMANUEL KANT E HANS KELSEN; 1.2 JUÍZO ANALÍTICO E SINTÉTICO; 1.3 QUAL VEM PRIMEIRO: A PRÁTICA OU A TEORIA?; 1.4 DICOTOMIA; 1.5 ESSENCIALIDADE TEÓRICA NO DIREITO; 2 CAMPOS DO CONHECIMENTO DAS FONTES; 2.1 ANÁLISE SOBRE AS FONTES DO DIREITO; 2.2 A PRÁTICA PRODUZ CONHECIMENTO TEÓRICO?; 2.3 ADEQUAÇÃO DAS FONTES; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

Em discussões pouco aprofundadas, aceita-se com muita facilidade a ideia de que a prática jurídica é diferente da teoria. Essa divergência é frequentemente destacada por professores que, ao introduzir casos às discussões em sala de aula, evidenciam situações em que a prática renúncia abertamente a teoria jurídica que eles próprios lecionam aos seus alunos.

Não raro também, estudantes que já possuem experiência prática nos tribunais, mesmo aqueles com formações acadêmicas distintas corroboram essa percepção. Então, é muito mais fácil deglutir que a teoria é diferente da prática, do que propriamente fazer uma reflexão crítica mais sólida sobre o assunto.

O fato é que essa ideia não é particular da ciência jurídica, tampouco um incômodo novo. Inúmeros filósofos, ao longo da história, dedicaram-se a explorar essa dicotomia. Destacam-se, entre eles, figuras como Platão, Aristóteles e Immanuel Kant, além de jusfilósofos, como o renomado Hans Kelsen, todos reconhecidos por seus estudos profundos sobre o assunto.

A despeito das insinuações tradicionais, o presente estudo não visa somente contrapor-se a ideia do senso comum, mas estabelecer uma hipótese e testá-la a partir de questionamentos críticos sobre a máxima de que a prática não pode ser diferente da teoria na ciência jurídica.

Assim, estabeleceu-se como problemática: “a dogmática da ciência jurídica é diferente da prática jurídica?”. O resultado obtido ao longo dessa pesquisa mostra que o único instrumento possível para a execução prática do direito é, senão, o estudo teórico.

Não diferente disto, as fontes do direito são majoritariamente dogmáticas. Apesar do costume ser empírico e ter lugar entre as fontes do direito, para ser invocado, deve ser primeiramente subsumido formalmente em linguagem escrita.

Chegou-se a esta conclusão após cumprir os objetivos estabelecidos, especialmente o geral que é o de analisar a distinção entre a teoria e a prática, seguido dos objetivos específicos: i. examinar a (in)existência de distinções mínimas e analisar se produzem repercussão no direito tributário; e ii. analisar a relação entre as fontes do direito tributário e a (in)distinção entre a teoria e a prática jurídica.

A teoria jurídica não é apenas uma orientadora da atividade do jurista, é o seu principal e indispensável instrumento de trabalho, marcado pela Constituição Nacional do seu

respectivo estado soberano. Portanto, conforme ficará claro ao decorrer da leitura deste trabalho, diferente de outras ciências, o direito está sempre se comunicando entre o conhecimento dogmático (*a priori*) e empírico (*a posteriori*).

Portanto, este estudo é fundamentado na premissa de que a prática jurídica desprovida de uma base teórica sólida apresenta desafios significativos para a sociedade. Isso se deve especialmente à violação de princípios cruciais como o da segurança jurídica, o do devido processo legal e, mais importante, o da legalidade, todos sustentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso em mente, o capítulo um se dedica a investigar a necessidade de explorar as diferenças entre teoria e prática no direito, com o objetivo de analisar se essas distinções têm impactos significativos nessa área. Para isso, analisa-se as noções filosóficas relacionadas a esses conceitos e a importância da teoria para o direito, questionando-se a ideia de que a prática jurídica difere da teoria ensinada nas universidades. O objetivo é determinar se prática e a teoria podem ser cientificamente diferenciadas ou se convergem de maneira indissociável.

O capítulo dois, por sua vez, é destinado a uma análise sobre as fontes do direito, usando-as como critério material para uma resposta lógica a pergunta estabelecida na problemática. As reflexões foram baseadas no método de categorização de cada fonte dentro de algum dos campos do conhecimento.

A pesquisa desenvolveu-se pelo método qualitativo, visto que se buscou uma compreensão aprofundada acerca do fenômeno estudado a partir da interpretação de padrões e significados associados ao objeto de estudo. Quanto ao objetivo, ele foi de ordem descritiva tendo em vista que se explorou as características entre as duas classificações, sendo elas a prática e a teórica. A abordagem utilizada foi hipotético dedutiva, tendo em vista que se estabeleceu uma hipótese preliminar e submeteu-a a análise da ciência, para confirmá-la ou não.

Por fim, a pesquisa conclui que, na ciência do direito, a prática jurídica não pode ser dissociada da teoria, pois as fontes do direito são majoritariamente dogmáticas. Embora o costume, que é baseado no conhecimento empírico, possa parecer uma exceção, ele só adquire força jurídica quando é reconhecido e formalizado por uma norma (individual ou geral). Assim, mesmo o costume, para ter efeitos jurídicos, depende de sua integração na teoria jurídica. Portanto, a teoria permanece indispensável para a produção de efeitos legais, reafirmando a inseparabilidade entre prática e teoria no campo do direito.

1 (IN)EXISTÊNCIA DE DISTINÇÕES PRÁTICAS E TEÓRICAS

Este capítulo é embasado na imperiosa necessidade de explorar a presença ou ausência de diferenças substanciais entre teoria e prática, com o objetivo de averiguar se tais distinções, uma vez identificadas, acarretam impactos significativos no âmbito do direito.

Para chegar a tal observação, se faz necessária conhecer as noções filosóficas e até mesmo juris-filosóficas sobre os conceitos relacionados a teoria e prática. Além disso, é preciso examinar a importância da teoria para o direito e descobrir se este campo de conhecimento é interdependente do campo prático.

A motivação da pesquisa como um todo está envolvida no problema de se dizer que a prática jurídica se distingue da teoria lecionada no estudo jurídico. Assim, antes de fazer uma comparação crítica, faz-se necessário saber se é possível distinguir prática de teoria, ou se esses conhecimentos se confundem.

A partir dessas colocações tenta-se chegar a uma resposta satisfatória ao objetivo específico proposto de examinar a (in)existência de distinções mínimas entre teoria e prática e analisar se elas produzem efeitos no âmbito do direito.

1.1 Conceito de prática e teoria e os pontos de convergência entre Immanuel Kant e Hans Kelsen

Immanuel Kant, em sua obra "Crítica da Razão Pura" (originalmente publicada em 1781), introduz a natureza fundamental da relação entre o conhecimento teórico e o prático, aplicados respectivamente em diferentes domínios da compreensão humana. O objetivo central do autor é tecer uma análise sobre esses campos do saber e refletir sobre a possibilidade da metafísica ser considerada uma ciência.

O autor argumenta que o conhecimento pode ser adquirido tanto por meio da experiência sensorial quanto independentemente dela. Ele nomeia essas duas formas de conhecimento como juízo sintético *a posteriori*, para o conhecimento adquirido através da experiência, e juízo sintético (ou analítico) *a priori*, para o conhecimento adquirido de forma independente da experiência sensorial¹, p. 61-63.

Neste contexto, Kant explora a ideia de que o conhecimento não aplicado representa a essência de sua análise crítica, destacando que a razão pura é a capacidade da mente para compreender e interpretar o mundo sem a necessidade de recorrer à experiência sensorial. Este tipo de conhecimento, segundo Kant, é exemplificado em campos como a matemática, a lógica e a hermenêutica, incluindo a interpretação jurídica, entre outros², p. 62-63.

Esta distinção fundamental não apenas sublinha a complexidade da capacidade humana de conhecer, mas também abre caminho para um exame mais detalhado dos mecanismos subjacentes ao entendimento humano.

É neste contexto que o conceito de juízo sintético emerge como um pilar central, revelando-se crucial para desvendar os intrincados processos que governam a forma como os seres humanos integram e transcendem a experiência sensorial em busca de conhecimento. No tópico seguinte, será explorado em detalhe o conceito de juízo sintético e juízo analítico, elucidando sua importância e os modos como ele se manifesta no âmbito do conhecimento humano.

De todo modo, quando nos reportamos a razão pura de Kant, estamos diante de uma construção do conhecimento a partir de princípios racionais antes de qualquer experiência sensorial, conceito este que encontra um paralelo notável na "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen.

Isso porque, tal como Kant, Kelsen³ sustenta que a caracterização de sua teoria como "pura" tem por finalidade garantir um olhar que se detenha exclusivamente sobre o Direito

¹KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

² *Idem*.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

(ou sobre a dogmática, no caso da teoria pura), descartando tudo que não pertença estritamente ao seu domínio.

Esse esforço visa isolar a ciência jurídica, eliminando influências externas à sua substância essencial⁴, p. 12, demonstrando assim uma afinidade conceitual entre as ideias de razão pura e a abordagem de Kelsen ao estudo do Direito.

Por fim, ambos autores, no que tange a natureza prática do conhecimento, Kant e Kelsen concordam que ela se constitui de saber empírico, que é adquirido através da experiência sensorial e refere-se à aplicação de teorias, conceitos e ideias em atividades concretas e situações reais⁵, p. 62.

1.2 Juízo Analítico e Sintético

Uma vez introduzidos os conceitos Kantianos de conhecimento *a priori* e *a posteriori*, resta analisar os conceitos de juízo analítico e sintético para que a compreensão dos próximos capítulos e subcapítulos seja naturalmente digerida.

O juízo analítico configura-se quando o predicado (a característica ou propriedade que estamos atribuindo ao sujeito) já está contido no conceito do sujeito. Ou seja, o predicado não adiciona nova informação ao sujeito, apenas esclarece algo que já estava implicitamente lá⁶, p. 68-71.

Exemplifica-se o juízo analítico a lição de que “um triângulo tem três lados”. Quando dizemos que um triângulo tem três lados, não estamos adicionando nova informação externa ao conceito de triângulo, estamos simplesmente esclarecendo ou explicando uma característica que é essencial e inerentemente parte do que significa ser um triângulo.

Por outro lado, os juízos sintéticos configuram-se quando o predicado adiciona uma nova informação ao sujeito, algo que não estava contido no conceito original do sujeito. Por exemplo: “esse vinho é muito saboroso”. A lição adiciona uma informação que não é naturalmente deduzida apenas pelo conceito de vinho⁷, p. 68-71.

Figura 1: juízo analítico e sintético


⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵ *Idem*.

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.


⁷ *Idem*.

JUÍZOS ANALÍTICOS: São aqueles em que o predicado **não acrescenta** nada ao sujeito, ou seja, o predicado não mostra nada mais do que já está implícito no próprio sujeito, mas é feito por pura análise. E ainda os Juízos Analíticos são “**a priori**” por serem **UNIVERSAIS** (por não depender de tempo e lugar) e **NECESSÁRIOS** (por não poder ser de outro modo, mas são o que são).



EXEMPLO: TODO TRIÂNGULO POSSUI TRÊS LADOS.
sujeito predicado
(NADA NOVO FOI INFORMADO, POIS TODO TRIÂNGULO TEM TRÊS LADOS)

JUÍZOS SINTÉTICOS: São aqueles em que o predicado **acrescenta** algo ao sujeito, ou seja, o predicado mostra algo mais do que já está implícito no próprio sujeito, é feito por síntese. E ainda os Juízos Sintéticos são “**a posteriori**” por dependerem da **EXPERIÊNCIA** para serem o que são. Pois nem toda garrafa é verde, assim preciso experienciar para confirmar o juízo.



EXEMPLO: A GARRAFA É VERDE.
sujeito predicado
(ALGO NOVO FOI INFORMADO, POIS NEM TODAS AS GARRAFAS SÃO VERDES)

Em “Crítica da Razão Pura” Kant nos demonstra a diferença crucial entre os Juízos Analíticos e Sintéticos.

Em todos os juízos em que se concebe a relação de um sujeito com um predicado (considerando só os juízos afirmativos, pois nos negativos é mais fácil fazer, depois, a aplicação), esta relação é possível de dois modos: **ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo nele contido (Juízo Analítico) (de um modo tácito), ou B é completamente estranho ao conceito A (Juízo Sintético), se bem se ache enlaçado com ele. (KANT, p.7)**

Fonte: Botelho, 2011.

Desse modo, pode-se dizer que o juízo sintético *a posteriori* sempre vai acrescentar nova informação ao sujeito, eis que apenas através do paladar é que se pode confirmar que “o vinho é muito saboroso”. Enquanto o conhecimento *a priori* apesar de produzir juízo sintético, em regra, haverá de carecer de experiência.

No direito tributário, um exemplo de juízo sintético *a posteriori* é a aplicação de alíquotas progressivas no imposto de renda. Essa prática, que não é deduzida *a priori* a partir do conceito de imposto, depende de considerações econômicas e sociais observadas na sociedade. Por exemplo, a ideia de que pessoas com maiores rendas devem contribuir proporcionalmente mais ao financiamento público não é intrínseca ao conceito de tributação, mas é justificada pela experiência e análise de seus efeitos distributivos e econômicos.

Por tudo isso, o Direito não pode ser apenas “analítico a priori”, pois não pode ignorar as particularidades e o contexto social em que cada caso se insere. Reduzir a prática jurídica a uma mera aplicação mecânica de normas, também não nos parece adequado. A crítica à dissociação entre teoria e prática, portanto, não visa desmerecer a importância de um ou de outro campo para o Direito, mas sim enfatizar que a busca por um direito justo e eficaz exige um diálogo constante entre o conhecimento teórico preexistente e a realidade dinâmica dos casos concretos, sob o risco de se construir um sistema legal obsoleto e incapaz de atender às demandas da sociedade.

1.3 Qual vem primeiro: a prática ou a teoria?

Diante das distinções vistas anteriormente, é preciso compreender se o conhecimento *a priori* e *a posteriori* se iniciam em uma ordem necessária. De modo geral, Kant não assume que a experiência vem antes da teoria, mas que surge com ela a partir dos sentidos humanos como a visão, audição, tato etc.⁸, p. 62.

Nesse sentido, como visto antes, Kant propõe que nosso conhecimento seja composto por duas partes distintas: as impressões sensíveis, que são a matéria-prima do nosso

⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

conhecimento, recebidas através dos sentidos humanos e a capacidade de conhecer que se refere a nossa cognição, ou seja, a compreensão do sentido através dos estímulos sensoriais ⁹, p. 62.

Kelsen, por sua vez, aborda o conceito de um ato jurídico em duas dimensões fundamentais: inicialmente, destaca-se como um evento ou uma sequência de eventos que ocorrem concretamente no tempo e no espaço, podendo ser diretamente percebidos pelos sentidos. Posteriormente, ressalta a importância da análise da repercussão jurídica desse ato, ou seja, o significado atribuído a ele sob a perspectiva do Direito ¹⁰, p. 13.

Assim, em uma primeira análise, poder-se-ia dizer que Kelsen e Kant convergem nesse sentido, pois Kelsen examina o jurídico como uma (in)consequência do empírico. Isso significa que os estímulos sensoriais podem ou não desencadear efeitos que repercutem na dogmática jurídica, sempre precedendo o jurídico. No mesmo sentido, Kant, como regra geral estabelece que a prática precede a teoria ¹¹, p. 62.

Vejam-se o exemplo de Kelsen: em uma reunião com diversos participantes, onde discursos são proferidos e algumas pessoas levantam as mãos enquanto outras não, ocorre um evento que, na interpretação de Kelsen ¹², p. 13, culmina na votação de uma lei, estabelecendo assim um novo preceito teórico: a criação de uma lei. Nesse exemplo, poder-se-ia dizer que a prática (levantar as mãos) fez surgir a teoria para o direito (a lei).

Não é o caso. Antes de proceder à votação de uma lei, é imprescindível que os legisladores realizem uma análise criteriosa sobre as motivações e os objetivos que sustentam a proposição dessa lei. Esse estudo, embora possa apresentar aspectos subjetivos, é fundamental para embasar a decisão legislativa, conferindo ao processo uma abordagem metodológica e profissional ¹³, p. 13-14.

Nas palavras de Herrera, “o processo de conhecimento tem origem na intuição do observador” ¹⁴, p. 07. Em sua ótica, a intuição seria um primeiro sentido acionado para a produção de conhecimento, seguido pelo raciocínio, da produção de inferências, da proposição e da premissa seguida. A transmissão desse conhecimento é o grande destaque da autora, visto que a linguagem teria especial protagonismo nesse aspecto ¹⁵, p. 07.

No Direito Tributário, a experiência nessa disciplina não surge antes da teoria apenas porque o evento precede a sua descrição em linguagem competente. Ao contrário disso, a hipótese jurídica tributária (o tributo em si) já está previamente prescrita em lei. O contribuinte agiu ou deixou de agir conforme a norma prescreve, fazendo surgir uma obrigação tributária. Portanto, nesse caso, a teoria precede a prática.

Da mesma forma, no Direito Civil, podemos formular a hipótese de que, quem se obriga a transferir o domínio de um bem a outra pessoa mediante o recebimento de pagamento em dinheiro está celebrando uma compra e venda. Portanto, mesmo que se diga

⁹ *Idem*.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹³ *Idem*.

¹⁴ HERRERA, Ana Paula da Costa. *A responsabilidade tributária e a instituição financeira*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

¹⁵ *Idem*.

o contrário, a hipótese da compra e venda está estabelecida e regulada pelo Código Civil (artigo 481 do referido código).

O fato de ser comum, na prática, que as transações de compra e venda não sejam precedidas de pactuação de contrato escrito, não elimina a pré-existência de norma hipotética que se ajusta ao referido comportamento. Alinhada a isso, a conduta que não se subsume a nenhuma descrição teórico-jurídica é considerada não jurídica, enquanto a que viola a dogmática legal é antijurídica.

Em conclusão, as ideias de Kant revelam a compreensão de que o fato de todo conhecimento começar com a experiência não necessariamente implica que ele seja totalmente derivado dela. Isso permite a concepção de teorias que existem independentemente da verificação empírica. Kant enfatiza que, embora a experiência seja o ponto de partida para todo conhecimento em termos temporais, isso não exclui a possibilidade de se formular teorias antes da experiência prática, como exemplificado na área do Direito^{16, p. 62}.

Dicotomia

Immanuel Kant, em sua análise sobre a natureza do conhecimento, estabelece distinções fundamentais entre dois tipos principais: o conhecimento a *priori* e o conhecimento empírico, também conhecido como a *posteriori*. Ele argumenta que o conhecimento a *priori* se caracteriza pela sua necessidade e universalidade, aspectos que o definem por ser independente de qualquer experiência sensorial prévia^{17, p. 64}.

Segundo Kant, a lógica é um exemplo paradigmático de conhecimento a *priori*, pois suas verdades são consideradas universais e necessárias, não derivadas de experiências do mundo exterior^{18, p. 64}.

Por outro lado, o conhecimento empírico é aquele adquirido através da experiência, estando sujeito a variações e mudanças. Este tipo de conhecimento é marcado pela contingência, o que significa que os resultados obtidos podem variar de acordo com diferentes circunstâncias^{19, p. 64}.

A universalidade atribuída ao conhecimento empírico é resultado de processos indutivos, o que o torna menos absoluto comparado ao conhecimento a *priori*. Kant esclarece que, embora a experiência possa nos mostrar que determinados fenômenos acontecem de forma consistente, ela não pode garantir que esses fenômenos sempre ocorrerão da mesma maneira no futuro^{20, p. 64}.

¹⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

Essa distinção entre os dois tipos de conhecimento tem implicações significativas, especialmente no campo do direito, onde a precisão e a aplicabilidade das normas são de suma importância.

No âmbito jurídico, a implementação de procedimentos ou práticas que se desviam dos princípios dogmáticos estabelecidos, ou que não estão explicitamente previstos nas leis, demanda uma abordagem que seja capaz de se adaptar e responder à complexidade e à dinâmica das situações reais.

A inflexibilidade nessas situações pode ser contraproducente, uma vez que a falta de adaptabilidade e a rigidez excessiva podem não apenas falhar em abordar adequadamente casos específicos, mas também podem ameaçar a estabilidade e a previsibilidade necessárias para a manutenção da segurança jurídica.

Portanto, ao trazer à luz a distinção entre o conhecimento empírico e o *a priori*, Kant nos oferece uma perspectiva valiosa sobre a importância de equilibrar a aplicação rigorosa das leis com a necessidade de flexibilidade e adaptação no enfrentamento da variabilidade das circunstâncias humanas e sociais.

Essa compreensão sublinha a relevância de uma abordagem jurídica que reconheça e incorpore a dinâmica entre a universalidade das normas e a particularidade das situações individuais, enfatizando a necessidade de uma aplicação das leis que seja ao mesmo tempo firme e sensível ao contexto no qual é aplicada.

1.5 Essencialidade teórica no Direito

A investigação proposta aqui se debruça sobre a interdependência dos campos do conhecimento analítico *a priori* e sintético *a posteriori*, questionando se a ciência jurídica, em alguns casos, pode valer-se apenas do conhecimento prático para sua aplicação. As considerações exploradas neste capítulo mostraram que, em regra, a experiência precede a teoria, mas a teoria pode surgir independentemente do conhecimento prático (*vide* tópico 2.1).

Em suma, como regra associada à maioria dos campos de conhecimento, a teoria, enquanto conhecimento *a priori* fornece subsídios para que a prática, enquanto conhecimento *a posteriori* seja uma ferramenta de refinamento do conhecimento *a priori*. Contudo, é importante notar que a prática jurídica não pode ser vista como distinta da dogmática jurídica. A prática jurídica, embora constituída de conhecimento próprio, é na verdade a concretização da dogmática forense.

Conforme discutido por Hans Kelsen^{21, p. 3}, um evento que ocorre no espaço e tempo e é perceptível pelos sentidos, pode ser compreendido como um ato jurídico, seja ele lícito ou ilícito. Este evento, em sua essência natural, é regido pela lei da causalidade e faz parte do sistema natural.

No entanto, não é essa natureza em si que o qualifica como jurídico. A transformação de um simples fato em um ato jurídico é realizada por meio da atribuição de um significado objetivo, conferido por uma norma que relaciona seu conteúdo ao fato, conferindo-lhe uma

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

interpretação jurídica específica. Portanto, é a norma que estabelece a significação jurídica de um evento, permitindo que ele seja avaliado sob essa perspectiva^{22, p. 3}.

Então, pode-se dizer que um ato só é jurídico se a norma prescrever que ele é. Isso significa que, no âmbito do Direito, qualquer prática que não considere as fontes formais e materiais estabelecidas no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) está fundamentalmente desalinhada com a teoria jurídica adequada.

Dessa forma, torna-se evidente que, no contexto do Direito, a atenção é univocamente direcionada para um elemento central: a norma jurídica em sentido amplo. A prática que se desvia dessa norma constitui, em si, uma violação desta. No campo do Direito Administrativo, especificamente, o Poder Público é obrigado a seguir o princípio da legalidade, conforme estabelecido nos artigos 37, caput e 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que determina que a administração pública deve agir estritamente de acordo com o que é autorizado por lei.

Da mesma forma, o contribuinte é compelido a agir dentro dos limites do princípio da legalidade em seu aspecto penal, o que significa que ele não pode agir de maneira contrária ao que é proibido ou exigido por lei, conforme delineado no artigo 5º, XXXIX, e inciso II da Constituição Federal de 1988.

Este princípio é conhecido nos cânones do estudo linguístico, especificamente ao que se entende como modal deôntico^{23, p. 207}, que também é objeto de estudo da Teoria Pura do Direito, onde Kelsen estabelece que o conceito de "norma" é empregado para expressar a expectativa de que algo deve ser realizado ou que uma pessoa deve agir ou não agir de certa forma^{24, p. 4}.

Tais atos são considerados direcionados intencionalmente quando visam proibir, permitir ou mesmo conferir a alguém o poder de agir de determinada maneira, incluindo a capacidade de estabelecer novas normas. Portanto, uma norma não apenas ordena ou permite comportamentos, mas também pode habilitar indivíduos a regular a conduta de outros, potencializando a criação de novos padrões de comportamento^{25, p. 4}.

Nesse sentido, quando o sujeito sonega tributos, está praticando a conduta tipificada no artigo 1º da Lei 4.729/65. Essa é uma deturpação a teoria jurídica. Ou seja, é a expressão sensorial em sentido oposto ao juízo sintético *a priori*. Do mesmo modo que a subtração ou a obstacularização do direito de um preso de se encontrar com seu advogado de forma reservada, constitui igualmente uma deturpação da aplicação teórica do direito.

Com isso conclui-se que, a prática jurídica é a concretização do conhecimento *a priori*, produzido com ou sem interferência dessa primeira; as fontes estabelecidas no art. 4º da LINDB são o único instrumento possível para a manifestação do direito; no campo do direito público, qualquer atitude do Poder Público que não se alinhe com o que autoriza expressamente, a lei, deve ser severamente desconsiderado, enquanto no direito privado, deve-se obedecer o que a lei proíbe, permite e obriga.

²² *Idem*.

²³ CASTILHO, Ataliba Teixeira; CASTILHO, Celia M. Advérbios modalizadores. In: ILARI, R. (org.) *Gramática do português falado*, v. II. Campinas: Unicamp/Fapesp, 1992, p. 199-247.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁵ *Idem*.

CONCLUSÃO

Nas ideias de Immanuel Kant, o conhecimento é categorizado em duas formas distintas: *a priori* e *a posteriori*. O conhecimento *a priori* é teórico, derivado de princípios que não dependem da experiência sensorial para serem validados (item 1.1).

Em contraste, o conhecimento *a posteriori* é prático e empírico, adquirido diretamente por meio das experiências sensoriais. Essa forma de saber não apenas se baseia na aplicação de teorias, conceitos e ideias, mas também se manifesta na execução de atividades concretas e na adaptação a situações reais (item 1.2).

Sobretudo no contexto do conhecimento *a posteriori* percebe-se uma aproximação das lições de Hans Kelsen com a filosofia de Kant notadamente no que se refere ao esforço de ambos de isolar a ciência às influências externas e explicar o fenômeno do empirismo. Kant quer responder se a metafísica é uma ciência autônoma enquanto Kelsen quer responder se o Direito pode ser uma ciência igualmente autônoma (item 1.1).

Além de definir o conhecimento *a posteriori* e *a priori*, o filósofo Kant explora os conceitos de juízo sintético e analítico. Observa-se que os juízos analíticos, como a afirmação de que "o triângulo tem três lados", não adicionam nada novo ao sujeito; o predicado apenas explicita o que já está implícito no sujeito²⁶. Esses juízos são necessariamente "a priori", pois não dependem da experiência sensorial para serem validados, sendo universais e necessários.

Por contraste, o juízo sintético adiciona informações que não estão implícitas no sujeito e, por isso, geralmente dependem da experiência, alinhando-se ao conhecimento *a posteriori* (item 1.2).

Trouxe-se o exemplo do direito tributário que está intrinsecamente relacionado ao juízo sintético *a posteriori*. Neste campo, a legislação define um sujeito passivo e estabelece uma hipótese de incidência tributária como predicado. Essa hipótese é confirmada por meio de um conhecimento *a posteriori*, que ocorre quando uma conduta específica do sujeito passivo se enquadra na hipótese prevista, realizando a subsunção.

A lição de Kant é no sentido de que de modo geral não há uma linha temporal necessária sobre o início desses campos do conhecimento. A teoria pode preceder a prática, embora a regra seja que o conhecimento prático surja antes mesmo da teoria (item 1.2).

Nesse sentido, as características que distinguem a prática da teoria estão relacionadas à universalidade e necessidade do conhecimento analítico teórico, face a sua sujeição entre o sujeito e o predicado (triângulo tem três lados). Enquanto o conhecimento prático é marcado pela contingência, que é definida por sua volatilidade, podendo produzir diferentes resultados no campo prático, temos o exemplo do princípio da capacidade contributiva no campo tributário. Uma norma tributária aplica-se a dois sujeitos, predicados diferentes (item 1.3).

Finalmente, conclui-se que a dicotomia entre teoria e prática no direito se manifesta em dois cenários distintos. O primeiro cenário é a aplicação da teoria (fontes teóricas do direito) a um mesmo sujeito, mas com predicados diferentes. Um exemplo dessa discrepância

²⁶ BOTELHO, R. Juízo analítico "a priori" e juízo sintético "a posteriori" – Crítica da Razão Pura – Parte 2 (Figura). Disponível em: <https://rafaelbotelho.com/juizo-analitico-a-priori-e-juizo-sintetico-a-posteriori/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

entre teoria e prática é o princípio da capacidade contributiva tributária, conforme estabelecido no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, que impõe que os tributos devem ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

O segundo cenário é o caso o sujeito que pratica atos antijurídicos. Esse cenário está muito associado a procedimentos (processo). O prazo para interposição de um recurso é de quinze dias, mas é concedido aos advogados apenas dez dias, pois o juiz da comarca entende que, por não haver muitos casos tramitando naquela cidade, a celeridade deve ser prioridade. Nesse caso há uma deturpação da teoria, na prática.

Assim, o segundo cenário é antijurídico e anticientífico, pois o juízo sintético *a priori* não é aplicado. Nesse segundo cenário, portanto, não se pode dizer que a prática no direito é diferente da teoria, notadamente porque a prática não corrobora com a teoria, sendo passível de nulidade ou anulabilidade conforme o caso.

Quanto ao primeiro cenário, é sim possível responder afirmativamente que a prática é diferente da teoria, mas porque a prática é o fenômeno que afirma a teoria. Mas se na prática o legislador optar por não contemplar o princípio da capacidade jurídica? Nesse caso, incorre-se na aberração do segundo cenário, visto que a prática desconsidera a teoria, sendo passível de controle de constitucionalidade.

2. CAMPOS DO CONHECIMENTO DAS FONTES

No capítulo anterior, viu-se que a regra para o direito tributário é o que Kant chamou de juízo sintético “*a posteriori*”. Aquilo que é estabelecido pela teoria e confirmado (ou não) pela manifestação do sujeito no mundo fenomenológico.

Em suma, concluiu-se que a prática é essencialmente baseada na teoria, e que a prática que não se alinha com a teoria é antijurídica. Por ser antijurídica, não pode ser considerada jurídica, o que quer dizer que o que se faz diferente da teoria não é prática jurídica.

Em alguns casos, pode ser apenas a deturpação teórica. Exemplo: prazo para contestação no processo civil, ao invés de ser concedido quinze dias, é concedido dez dias. Mas pode acontecer de um ato ser totalmente antijurídico. Exemplo: a celebração de um contrato de compra e venda de imóvel por um menor de idade sem a assistência de seus representantes legais. No Direito Civil, a capacidade plena é um requisito fundamental para a validade dos atos negociais. Portanto, um contrato assinado por uma pessoa absolutamente incapaz, sem a devida autorização, seria nulo e considerado antijurídico.

Em vista disso, tem-se que o único instrumento do direito é a teoria. Mas o que é teoria para o direito? Se a prática jurídica é orientada pela teoria, dentro do que é estabelecido como modal deôntico, a teoria deve ser estritamente as fontes do direito.

Portanto, o presente capítulo tem a importante missão de conhecer as referidas fontes, dando-lhes uma conceituação jurisprudencial dentro da ótica Kantiana, categorizando cada fonte e associando-as aos campos do conhecimento.

2.1 Análise sobre as fontes do Direito

Para introduzir o assunto quanto as fontes do direito, faz-se necessário entender particularmente como a doutrina define a expressão em um contexto linguístico. Isso é fundamental para compreender a abordagem que adotaremos para o direcionamento das fontes em seus respectivos campos do conhecimento.

Como lecionam Figueiredo e Silva, o termo “fonte” e o termo “direito” possuem uma grande carga axiológica, o que não permite uma delimitação interpretativa objetiva ²⁷, p. 94. Estuda-se as fontes do direito como os elementos que dão origem à norma geral e abstrata, mas que também fundamentam a norma individual e concreta ²⁸, p. 94-97.

O termo “fonte” refere-se à origem do direito. O problema está na conjunção de “fontes” com “direito” pois este segundo termo tem uma amplitude mais aberta, o que permite ao intérprete qualificar “fontes do direito” como algo que transcende apenas a norma geral e abstrata ²⁹, p. 94-97.

No entanto, segundo Paulo de Barros ³⁰, p. 474 a noção de “fonte” abrange um aspecto fundamental do sistema jurídico ao focar o processo de enunciação do direito. Em uma visão estrita, entende-se por fontes as entidades autorizadas pelo sistema jurídico para a formulação de normas, além da atividade que elas desempenham ao criar tais normas.

Essa estrutura sugere uma hierarquia organizada em que nenhuma norma jurídica é incorporada ao direito positivo sem ser introduzida por uma norma preexistente, conhecida como “veículo introdutor de normas”. Portanto, as normas jurídicas sempre coexistem em pares, sendo uma introduzida e a outra introdutora ³¹, p. 474.

A investigação das fontes do direito concentra-se principalmente na análise dos eventos e declarações que originam normas jurídicas. Isso ressalta a importância das exposições de motivos das legislações que não devem ser ignoradas devido ao seu papel crucial como indicadores do processo de formulação de normas ³², p. 474.

Esses elementos são essenciais para guiar e apoiar os intérpretes do direito, permitindo que trabalhem com as fontes de maneira a distinguir o direito vigente evitando a redundância inerente à definição tradicional de fontes como meras autorreproduções do direito ³³, p. 474.

As fontes do direito podem ser classificadas em formais e materiais. As fontes formais referem-se aos mecanismos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a inserção de normas no sistema legal. Por outro lado, as fontes materiais estão associadas aos aspectos da realidade social que, ao serem hipoteticamente representadas em suposições normativas, geram novas diretrizes prescritivas que passam a fazer parte do direito vigente ³⁴, p. 475.

²⁷ FIGUEIREDO, Filipe Borges de; SILVA, Maria Dos Remédios Fontes. O Neoconstitucionalismo e o Estudo das Fontes do Direito: O Novo CPC e a Consolidação da Jurisprudência na Concretização do Direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 90-108, jan/jun. 2018.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

³¹ *Idem*.

³² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

Este último tipo, considerado como atos de enunciação, contribui para enriquecer e modificar o corpus jurídico existente, oferecendo novas perspectivas e abordagens dentro do sistema normativo³⁵, p. 475.

Lourival Vilanova, por sua vez, esclarece que as normas relacionadas à organização e competência, bem como as do processo legislativo estabelecidas constitucionalmente, têm um papel ativo na transformação de eventos em fenômenos jurídicos³⁶, p. 24.

Segundo essa visão, o que geralmente chamamos de "fontes do direito" são, na verdade, fatos jurídicos que originam normas. Esses fatos, ao serem submetidos a hipóteses fáticas, resultam na criação de normas que possuem uma certa hierarquia dentro do sistema jurídico. Essa interpretação destaca a dinâmica entre a realidade factual e sua codificação normativa, fundamental para a compreensão e aplicação do direito³⁷, p. 24.

Ao retomar o raciocínio de Carvalho, vê-se que ele distingue fontes do Direito Positivo e fontes da Ciência do Direito. Em sua visão, as fontes do direito positivo são entendidas como eventos que ocorrem no contexto social, e podem incluir tanto fatos sociais quanto naturais que envolvem sujeitos de direito, sendo reconhecidos como fontes quando se alinham às normas válidas do sistema jurídico³⁸, p. 95.

Por outro lado, as fontes da Ciência do Direito abrangem todos os elementos que contribuem para a compreensão do fenômeno jurídico considerado como linguagem prescritiva. Este campo engloba várias disciplinas como Sociologia, História, Antropologia, Política e Psicologia do Direito, cada qual com metodologias próprias para isolar seu objeto de estudo³⁹, p. 95.

Para o presente estudo, é necessária apenas a compreensão das fontes do Direito Positivo, pois está-se tratando especificamente da problemática relacionada a prática jurídica *stricto sensu* estritamente ligada à concepção de "Teoria Pura do Direito".

A lição de Carvalho e Vilanova, no entanto, refere-se às fontes do direito positivo. Como foi visto no início deste capítulo, a conotação dada a "fontes do direito" abrange não só o direito enquanto norma geral e abstrata, mas também norma individual.

Nesse sentido, apesar de Carvalho, assim como Tomazini e Vilanova convergirem no sentido de que "a doutrina não é fonte do direito positivo", pois "seu discurso descritivo não altera a natureza prescritiva do direito. Ajuda a compreendê-lo, entretanto não o modifica"⁴⁰, p. 96, não significa dizer que a doutrina não é fonte do "direito".

Endossa-se a teoria de que as fontes do direito são mais amplas do que as fontes do direito positivo, conforme o próprio teor do artigo 4º da LINDB que dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá conforme analogia, costumes e princípios gerais do direito.

A doutrina não é mencionada *ipsis litteris* no contexto do artigo mencionado, e ela pode não provocar repercussões na gênese da norma, mas observa-se que, na aplicação da norma individual e concreta, é fundamental para o julgador entender os critérios objetivos e

³⁵ *Idem*.

³⁶ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

³⁷ *Idem*.

³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

subjetivos de proporcionalidade, até mesmo para aplicar o exemplo que foi utilizado sobre a capacidade contributiva no âmbito do direito tributário.

Para atingir tal entendimento quanto à proporcionalidade, é necessário o estudo da dogmática jurídica dentro das reflexões filosóficas da doutrina. Sendo assim, a doutrina é tida como fonte do direito na acepção individual e concreta.

Diante dessa premissa, no tópico a seguir, será feita uma associação entre as fontes do direito em um sentido amplo e os campos do conhecimento, conforme foram estudados nos capítulos anteriores, em relação aos conceitos de juízo sintético e analítico, *a priori* e *a posteriori*.

2.2 A prática produz conhecimento teórico?

Quando nos reportamos à prática antecedendo a teoria, notadamente em relação à produção de normas, estamos falando de fatores sociais que impulsionam o surgimento de uma fonte do direito (lei, doutrina, jurisprudência, analogia e princípios gerais do direito). Nesse caso, convém ponderar que, na maioria dos casos, fatores sociais são motivadores da norma.

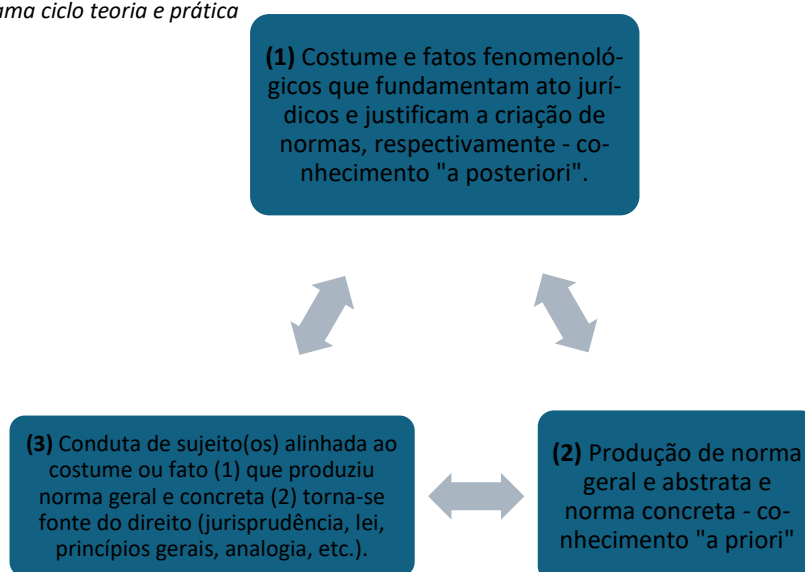
Aliás, na lição de Paulo de Barros, o costume tem característica eminentemente factual e só gera efeitos jurídicos se for integrado a norma por meio de um processo legislativo legítimo ⁴¹, p. 91. A exemplo disso, o surgimento de criptomoedas, que gerou a necessidade de regulamentação tributária dessas moedas.

Em outra acepção, pode-se constatar a prática antecedendo a teoria sob uma visão fundamentalmente de aplicação das fontes do direito à norma individual concreta. Nessa acepção em particular, o costume pode ser utilizado como fundamento para decisões judiciais, ou mesmo para compor a causa de pedir que justifica o ingresso em juízo.

Em ambos os casos, a prática produz posteriormente um conhecimento teórico que, ao ganhar repercussão jurídica, ciclicamente torna-se antecessor do conhecimento prático.

⁴¹ *Idem*.

Figura 2: Diagrama ciclo teoria e prática



Fonte: autoria própria

Portanto, conforme a lição de Kant (vide tópico 1.3) aliada à teoria de Kelsen, a regra é que a produção do conhecimento comece pela experiência sensorial. Existem matérias nas quais a prática não pode ser experimentada, mas essa aceção não é muito comum no campo do conhecimento jurídico.

Assim, a prática produz conhecimento teórico. Esse conhecimento, por sua vez, passa a preceder a prática, tornando-se uma relação cíclica que só termina com um novo conhecimento teórico refutando o conhecimento teórico anteriormente produzido pela prática.

2.3 Adequação das fontes

2.3.1 Contextualização

Como foi dito anteriormente, além das espécies entendidas como “fontes do direito positivo” por Lourival Vilanova e Paulo de Barros, deve-se entender as fontes como instrumentos de manejo do direito.

A prática constitui o uso desses instrumentos como fundamentação teórica para a adoção de determinados atos jurídicos.

Observou-se anteriormente que o conhecimento pode ser *a priori* (teórico) e *a posteriori* (prático). Foi demonstrado também que há uma intersecção entre esses dois campos de estudo, sobretudo no direito, quando se diz que o juízo sintético *a posteriori* se traduz pela necessidade de confirmação da teoria na prática.

A dogmática do direito, sobre a qual se debruçou no presente estudo, é o que Paulo de Barros categorizou como “fontes do direito positivo”. Ele corrobora o ensinamento de Lourival Vilanova de que a doutrina não pode ser tida como “fontes do direito positivo” pois

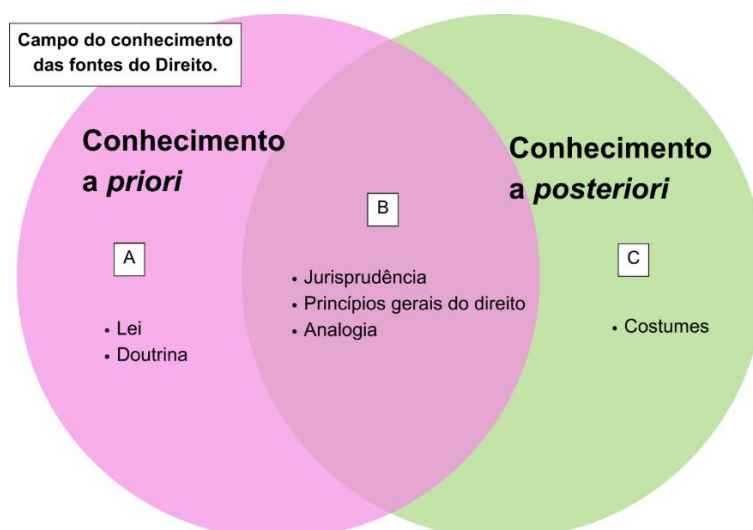
“não emite proposição modal deôntica, porque não lhe cabe permitir, ou obrigar, ou proibir”
42, p. 82.

No tópico anterior, foi mostrado que, apesar disso, a doutrina deve ser estudada como fonte do direito na acepção da norma individual e concreta, pois é dela que derivam definições como proporcionalidade e razoabilidade – as quais, na nossa compreensão, emitem modais deônticos.

Dito isto, entende-se que as fontes do direito (em geral) são: lei, doutrina, jurisprudência, princípios gerais do direito, costume e analogia. No presente tópico temos como foco a compreensão do campo do conhecimento de cada uma dessas fontes.

Abaixo associou-se cada uma das fontes aos campos de conhecimentos lecionados por Kant e estudados no Capítulo 2 do presente trabalho. Diante disso observou-se que apenas o costume é uma fonte cujo conhecimento é produzido por saber estritamente empírico.

Figura 3: Diagrama de Venn - fontes do direito e a adequação entre experiência e teoria



Fonte: autoria própria.

Contudo, para esclarecer melhor as premissas estabelecidas na categorização das fontes do direito, é necessária uma análise detalhada da definição de cada uma dessas fontes, o que será feito a seguir nos tópicos 2.3.2, 2.3.3 e 2.3.4.

2.3.2 [A] Legislação e Doutrina

Segundo Tercio Sampaio Ferraz, a dogmática analítica contemporânea considera a noção de legislação crucial para entender as fontes do direito, especialmente no contexto do

⁴² VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2023.

direito de origem romanística, como o direito europeu continental e nos países latino-americanos⁴³, p. 338.

De modo geral, a legislação envolve a criação de normas jurídicas por atos competentes que são sancionadores, isto é, estabelecem normas soberanas dentro do ordenamento jurídico, como no caso de uma lei sancionada pelo Presidente da República⁴⁴ p. 338.

Além disso, a legislação não atua de maneira isolada, mas está interligada a outras normas e procedimentos regulados por atos competentes, culminando nas normas constitucionais. Assim, o reconhecimento da legislação como fonte do direito está fundamentado na hipótese racionalizadora de um ato fundante que dá origem a um conjunto de normas primárias, a Constituição⁴⁵, p. 339.

A Constituição, enquanto norma primária, é igualmente reconhecida como lei fundamental, estabelecendo as bases do sistema jurídico. Portanto, a legislação é entendida como o produto de um ato competente sancionador que cria normas soberanas escritas, as quais podem se manifestar na forma de leis, decretos, regulamentos, códigos e consolidações⁴⁶, p. 338-354.

Adoutrina, por sua vez, embora não seja formalmente obrigatória e não seja considerada por diversos autores como fonte do direito positivo, funciona como fonte indireta⁴⁷, p. 365. A doutrina, juntamente com a jurisprudência e a lei podem contribuir para o desenvolvimento de padrões jurídicos e fórmulas interpretativas gerais.

A premissa estabelecida para associar a legislação e a doutrina ao conhecimento *a priori* é de que elas guardam em sua concepção, idealizações de comportamentos imediatos, que, antes de ter vigor (serem sancionadas), não produzem repercussões práticas. Sendo estritamente teóricas, são apenas especulações ideais da conduta humana.

2.3.3 [B] Jurisprudência, princípios gerais do direito e analogia

A jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais que servem como referência para a interpretação e aplicação das leis. No sistema anglo-saxônico, essas decisões têm caráter vinculante, obrigando tribunais inferiores a seguirem os precedentes estabelecidos por tribunais superiores⁴⁸, p. 361-364.

No sistema romanístico, como no Brasil, a jurisprudência não tem o mesmo caráter vinculante, mas exerce uma função interpretativa importante, orientando a aplicação das leis

⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

e ajudando a suprir lacunas legais. Recentemente, algumas decisões no Brasil ganharam força vinculante devido a mudanças no Código de Processo Civil ⁴⁹, p. 361-364.

A premissa para considerar a jurisprudência como uma conjunção de conhecimento *a priori* e *a posteriori* baseia-se no fato de que ela incorpora princípios teóricos que são aplicados a situações concretas. A jurisprudência não só interpreta e aplica a lei, mas também cria uma base teórica através da repetição de decisões judiciais que moldam e influenciam o sistema jurídico.

Portanto, a jurisprudência pode ser vista como um ponto de interseção entre o conhecimento teórico, representado pelos princípios e normas jurídicas, e o conhecimento prático, evidenciado pela aplicação concreta dessas normas em casos reais.

Os princípios gerais de direito são vestígios do direito natural, e há diferentes interpretações sobre sua origem, seja na equidade ou nos preceitos romanos. Embora sejam considerados aplicáveis na solução de conflitos, não são normas, mas sim princípios que estruturam o sistema jurídico, conferindo-lhe coesão às normas. Como premissas do raciocínio jurídico, são mencionados de forma indefinida e, posteriormente especificados em normas gerais com caráter jurisprudencial ⁵⁰, p. 366.

Esses princípios, ao contrário das fontes tradicionais do direito, como a legislação e costume, atuam como metalinguagem e não formam um conjunto rigoroso, mas são compostos de tópicos comuns, o que lhes confere um caráter mais flexível e menos definido ⁵¹, p. 367.

Para chegar à conclusão de que os princípios gerais são uma conjunção de conhecimento *a priori* e *a posteriori* necessita-se de reflexão mais delicada. Os princípios se fundam em uma norma teórica, mas possuem uma carga axiológica muito maior do que uma norma comum, podendo ser aplicada de forma distinta no tempo e no lugar.

Sendo os princípios gerais do direito volitivos e subjugados a diferentes critérios que incluem a jurisprudência e o próprio costume como parâmetros de aplicação, eles devem ser considerados como conhecimentos *a priori* e *a posteriori*.

Por outro lado, a analogia no direito é uma fonte que se baseia na ideia de tratar casos semelhantes de forma igual. Quando dois casos são semelhantes em termos de efeitos jurídicos, o intérprete pode aplicar a norma de um caso a outro caso não expressamente previsto pela lei ⁵² p. 467.

Nessa perspectiva, vê-se que a analogia depende de um acontecimento empírico e teórico para que seja evocada. O acontecimento empírico é o fato jurídico que é vertido em norma individual e concreta, que, por sua vez, torna-se aplicável a um caso concreto porque advém de uma aplicação teórica; razão pela qual concluiu-se se tratar de conhecimento que possui interseção entre conhecimento *a priori* e *a posteriori*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

2.3.4 [C] Costume

O costume é uma fonte do direito que se baseia na tradição e no uso contínuo. Ele não é promulgado como uma lei, mas se forma ao longo do tempo. A autoridade do costume repousa na crença de que algo deve ser feito, pois sempre foi feito dessa maneira. Existem dois requisitos para que algo seja considerado um costume: o uso continuado e a convicção da obrigatoriedade⁵³, p. 357.

No entanto, a distinção entre simples uso e costume não é sempre clara. A convicção de que o costume é obrigatório não se explica apenas pela ideia de seu caráter obrigatório. Portanto, o costume é uma fonte do direito que se baseia na tradição e na prática social, mas sua força compulsória pode variar⁵⁴, p. 358.

Dessa forma, o costume, como única fonte estritamente empírica, se fundamenta no fato de que é produzida unicamente pela repetição de condutas coletivas, tendo naturalmente como matéria-prima os sentidos humanos, que levam a formação de uma convicção de obrigatoriedade. Por isso, trata-se de conhecimento *a posteriori*.

■ CONCLUSÃO

A presente pesquisa busca responder se a dogmática da ciência jurídica difere da prática jurídica. A primeira premissa é que a prevalência da lei como ciência estritamente dogmática e fonte prioritária na tradição *civil law* leva à conclusão de que a prática não se distingue da teoria. A segunda premissa é que a maioria das fontes está no campo dogmático, muitas precedendo o costume conforme a ordem estabelecida pelo art. 4º da LINDB, o que também sugere que a prática não difere da teoria.

No entanto, essas duas premissas isoladas não resolvem a questão de pesquisa, pois o costume parece se dissociar das outras fontes do direito tributário, podendo indicar que a prática se distingue da teoria. Contudo, essa é uma premissa “fraca”. Embora o costume provenha de conhecimento empírico, para produzir plenos efeitos jurídicos, ele necessita de uma norma que o reconheça como fonte do direito, seja ela geral e abstrata ou individual e concreta. Isso não implica que o costume seja conhecimento *a priori*.

O costume não é conhecimento *a priori*, pois sua concepção não se baseia em uma teoria expressa em linguagem, mas apenas na prática de sua existência (uso dos sentidos). Por exemplo, o costume de pagar um tributo em uma data não prevista em lei se convalida pela ausência de sanções fiscais. Nesse caso, o costume não se tornou teórico por meio de linguagem competente, mas ainda é uma fonte do direito.

A conclusão é que as fontes do direito são, em grande parte, dogmáticas. Apenas o costume é um conhecimento estritamente empírico, que, no entanto, para ser evocado, depende de sua conversão em linguagem competente, conferindo-lhe repercussão jurídica.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

Portanto, a prática não pode ser dissociada da teoria, pois na ciência do direito, apenas a teoria pode produzir efeitos jurídicos.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, R. *Juízo analítico "a priori" e juízo sintético "a posteriori"* – Crítica da Razão Pura – Parte 2 (Figura). Disponível em: <https://rafaelbotelho.com/juizo-analitico-a-priori-e-juizo-sintetico-a-posteriori/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTILHO, Ataliba Teixeira; CASTILHO, Celia M. Advérbios modalizadores. In: ILARI, R. (org.) *Gramática do português falado*, v. II. Campinas: Unicamp/Fapesp, 1992, p. 199-247.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FIGUEIREDO, Filipe Borges de; SILVA, Maria Dos Remédios Fontes. O Neoconstitucionalismo e o Estudo das Fontes do Direito: O Novo CPC e a Consolidação da Jurisprudência na Concretização do Direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 90-108, jan/jun. 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERRERA, Ana Paula da Costa. *A responsabilidade tributária e a instituição financeira*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2023.