

O CONCEITO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA^{1, 2}

*Torben Spaak*³

1. Introdução

Na linguagem cotidiana, o termo “competência” possui, no mínimo, dois diferentes significados: “competência” pode significar *proficiência* ou *autorização*. Uma pessoa pode ser competente para criar decisões no sentido de que, em regra, ela toma decisões boas e corretas, mas ela também pode ser competente no sentido de possuir a autorização de realizar certos tipos de decisão. A compreensão de “competência” como autorização é um conceito normativo, no sentido de que uma pessoa tem competência em virtude de uma norma e que o exercício dessa competência modifica a posição normativa de tal pessoa. Nosso interesse aqui é, obviamente, a competência no sentido de autorização.

Eu uso, como o leitor irá observar, o termo “competência normativa” e não o termo “poder normativo” para designar o conceito em questão, e, assim fazendo, sigo aquilo que pode ser chamado de tradição escandinava dentro da Filosofia do Direito. Conforme observações de

¹ O presente artigo é uma tradução direta da língua inglesa elaborada por Felipe Oliveira de Sousa, estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) e bolsista do programa PIBIC-UFC.

² Notas do tradutor: para privilegiar, ao máximo, os traços característicos do autor, procurou-se, ao longo desta tradução, manter as citações e alguns termos tal qual foram colocados pelo professor Spaak no trabalho original.

³ Professor Associado de Direito da Universidade de Uppsala (Suécia).

Lars Lindahl, os escritores britânicos e americanos preferem o termo “poder”, enquanto os escritores escandinavos, europeus continentais e latino-americanos se referem mais comumente à “competência”⁴.

Por que o conceito de competência normativa deve interessar aos advogados e filósofos do direito? A resposta é que precisamos de um conceito de competência para analisar e discutir adequadamente questões sobre (in)validade jurídica⁵. Assim, como veremos, competência é uma condição necessária para a validade: somente uma pessoa competente pode modificar uma posição normativa.

Gostaria de apontar, logo de início, que não estamos inicialmente interessados aqui nas condições que devem ser preenchidas para que seja possível afirmar que uma pessoa tem competência, mas em o que significa ela a ter: nós queremos saber *o que é que a pessoa que tem competência tem*. Isso quer dizer que queremos uma definição do ponto de vista da consequência jurídica para o conceito de competência. Tal conceito, desse modo concebido, pode ser compreendido, no mínimo, a partir de duas diferentes formas: podemos (i) estudar a maneira como os operadores do direito fazem uso de tal conceito em suas argumentações, ou podemos (ii) estudar o que os filósofos e os estudiosos têm dito sobre esse conceito. Creio que é preferível a última alternativa, já que é um tanto obscura a maneira pela qual os operadores do direito compreendem o conceito de competência. Deixem-nos começar, então,

⁴ Lars Lindahl, *Position and Change* 194 (1977).

⁵ Isso tem sido enfatizado por Svein Eng. Veja Svein Eng, *Begrepenne “kompetanse” og “gyldighet” i juridisk argumentation*, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 625, 669-70 (1990).

pela observação daquilo que alguns renomados estudiosos do direito têm dito sobre o assunto.

Wesley Hohfeld distinguiu oito conceitos normativos que considerou serem fundamentais ao pensamento jurídico. Dentre eles está o conceito de competência normativa, ou, como Hohfeld apontou, o conceito de *poder* normativo:

“Uma modificação em uma dada relação jurídica pode resultar em (1) de um fato superveniente ou de um grupo de fatos que não estão sob o controle volitivo de um ser humano (ou de seres humanos), ou (2) de algum fato superveniente ou de um grupo de fatos que estão sob o controle volitivo de um ou mais seres humanos. Como se considera na segunda classe de casos, pode-se dizer que a pessoa (ou as pessoas) cujo controle volitivo é superior tem o poder (normativo) para produzir a modificação particular de relações jurídicas que está envolvida no problema.⁶”

Hans Kelsen, também, analisou o conceito de competência normativa (*Ermächtigung*). A passagem seguinte ilustra as suas idéias sobre tal conceito:

⁶ Wesley Newcomp Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* 21 (David Campbell & Philip Thomas eds. 2001).

“Die normative Funktion des Ermächtigens bedeutet: einem Individuum die Macht verleihen, Norme zu setzen und zu anwenden. Eine Moralnorn ermächtigt den Vater, seinem Kind verbindliche Befehle zu geben. Eine Rechtsnorm ermächtigt bestimmte Individuen Rechtsnormen zu erzeugen oder Rechtsnormen anzuwenden. In diesem Fällen sagt man: das Recht verleihe bestimmten Individuen eine Rechtsmacht... Ein nicht dazu ermächtigtes Individuum kann nicht Recht erzeugen oder Recht anzuwenden. Seine Akte haben objektiv nicht den Charakter von Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung, auch wenn sie subjektiv in dieser Absicht erfolgen. Ihr subjektiver Sinn ist nicht ihr objektiver Sinn. Diese Akte haben – wie man sagt – keine Rechtswirkung, sie sind nichtig, d.h. rechtlich nicht vorhanden.^{7, 8}”

⁷ Tal passagem foi mantida em sua língua original por dois motivos principais: (a) por ter sido, na versão original deste trabalho, a opção do professor Spaak, e (b) por envolver conceitos bastante específicos que, dificilmente, teriam alguma tradução equivalente no português, ou em qualquer outro idioma.

⁸ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* 82 (K. Ringhofer & R. Walter, eds. 1979).

Outro filósofo do direito que se dedicou aos estudos do conceito de competência normativa foi Alf Ross, que escreveu:

“Competência é a habilidade juridicamente estabelecida para criar norma jurídica (ou efeitos jurídicos) através e de acordo com enunciações para esse efeito. Essas enunciações em que a competência é exercida são chamadas *actes juridiques*, ou *acts-in-the-law*, ou, no Direito Privado, declarações dispositivas (*dispositive declarations*). Exemplos são: uma promessa, um testamento, um julgamento, uma licença administrativa, um estatuto. Um *act-in-the-law* é, assim como os movimentos no xadrez, um ato humano que ninguém pode performar como um exercício de suas habilidades naturais... A partir do momento em que uma norma de competência prescreve as condições para a criação de uma norma é uma tautologia dizer que se uma tentativa é feita para exercer competência *ultra vires* (fora do objetivo da competência) nenhuma norma jurídica é criada. Isso é expresso ao

dizer-se que o pretendido *act-in-the-law* é inválido ou que a não-conformidade com uma norma de competência resulta em invalidade.⁹
10”

H.L.A. Hart também mostrou interesse no conceito de competência normativa, ou, como ele mesmo disse, no conceito de poder normativo. Criticando a teoria do direito de John Austin, Hart esclareceu que tal conceito não poderia ser o responsável pela existência de regras que outorgam poder (*power-conferring rules*), isto é, regras que “...concedem aos indivíduos facilidades para a realização de seus desejos, em outorgando poderes normativos a eles para criar, através de determinados procedimentos específicos e sob certas condições, estruturas de direitos e de obrigações dentro de um campo coercitivo do direito.”¹¹

Observamos que tais autores estão geralmente de

⁹ “*Competence is the legally established ability to create legal norm (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect. Those enunciations in which competence is exercised are called actes juridiques, or acts-in-the-law, or in private law, dispositive declarations. Examples are: a promise, a will, a judgment, an administrative license, a statute. An act-in-the-law is, like moves in chess, a human act which nobody can perform as an exercise of his natural faculties.... Since a norm of competence ultra vires (outside the scope of the competence) no legal norm is created. This is expressed by saying that the intended act-in-the-law is invalid or that non-compliance with a norm of competence results in invalidity.*”

¹⁰ Alf Ross, *Directive and Norms* 130 (1968).

¹¹ “...provide individuals with facilities for realizing their wishes, by conferring legal powers upon them to create, by certain specified procedures and subject to certain conditions, structures of rights and duties within the coercive framework of the law.”

acordo sobre, ao menos, os seguintes três pontos:

(1) *alguém que tem competência tem uma possibilidade de modificar posições normativas.* Para firmar tal idéia, pode-se afirmar, juntamente com os escritores citados acima, que a pessoa competente possui uma *habilidade* ou um *poder (Macht)* para modificar posições normativas. Prefiro, no entanto, dizer que tal pessoa tem uma *possibilidade*, pois creio que os termos “habilidade” e “poder” inicialmente se relacionam com qualidades físicas e mentais, enquanto que o termo “possibilidade” pode ser usado para designar, por exemplo, uma relação entre uma pessoa e um evento, possuindo, portanto, uma boa aplicação tanto na linguagem normativa, como na não-normativa.

(2) *Há uma relação próxima entre os conceitos de competência e de (in)validade.* Pelo menos Kelsen, Hart e Ross parecem pensar que a competência é uma condição necessária à validade, mas o mesmo pode provavelmente ser dito de Hohfeld. Ao dizerem que a pessoa

competente tem a possibilidade de modificar posições normativas, eles indicam em seus pensamentos que somente atos válidos modificam posições normativas. Em muitos casos de (in)validade a questão emerge sendo ou não o agente competente.

(3) *O agente modifica posições normativas ao performar um tipo especial de ato.* Nas citações acima somente Ross se refere explicitamente a essa questão de um tipo especial de ato, o *act-in-the-law*, mas também parece que os demais autores acreditam que a competência é exercida através da realização de um tipo especial de ato. Irei denominá-lo de ato-C (*C-act – a competence-exercising act*).

Deve ser enfatizado, contudo, que o agente não possui competência em termos gerais, mas somente em um certo, definido aspecto. Para nossos propósitos, é, portanto, conveniente conceber a relação de competência como sendo uma relação de dois pólos: há sempre uma pessoa que tem competência em certo aspecto. Dentro dessa premissa, o conceito de competência se assemelha a conceitos como “dono”, “pai” e “irmão”. Um dono é o dono de alguma coisa, um pai é o pai de alguém, e um irmão é o irmão de alguém.

Um enunciado do tipo:

(1) p tem competência é, conseqüentemente, elíptico e deve ser entendido desse modo:

(1*) p tem a competência de causar x ,

onde x representa um enunciado formulado nos termos dos conceitos normativos básicos de Hohfeld. Isso faz com que se torne possível distinguir entre aqueles casos onde o agente, performando um ato-C, (i) causa a pretendida modificação de posição, (ii) causa alguma outra modificação de posição, e (iii) não causa nenhuma modificação de posição. Quando o agente, performando um ato-C, causa a pretendida modificação de posição, diz-se que ele está exercendo a sua competência.

À luz do que vem sendo dito, proponho a seguinte tentativa de definição do conceito de competência (p é qualquer pessoa, PN é qualquer posição normativa, e a é qualquer ato-C):

(D.1) p tem a competência de modificar PN se, e somente se existe um a tal que p tem a possibilidade de, em performando a , modificar PN .

O conceito de competência assim concebido constitui o menor denominador comum para os conceitos de competência no Direito Positivo, como *Geschäftsfähigkeit*, *Prozessfähigkeit* e *Kompetenz*. A diferença entre o conceito (geral) de competência expresso em (D.1) e os conceitos de competência do Direito Positivo logo acima mencionados é que o conteúdo destes últimos é mais específico, pois eles

versam, somente, sobre o Direito Privado ou sobre o Direito Processual.

2. Ter competência

Ter competência, então, é ter a possibilidade de, em performando um tipo especial de ato, modificar posições normativas. Para que se tenha uma melhor compreensão da natureza dessa possibilidade, devemos distinguir entre (i) competência como permissão, (ii) competência como uma possibilidade prática, e (iii) competência como (do jeito que nós deveremos denominar) uma possibilidade hipotética¹². Deixe-nos tratar dessas noções nessa ordem.

Conceber competência como um caso especial de *permissão* é, simplesmente, um erro. Os autores que sustentam que competência deve ser analisada nos termos de permissão parecem querer dizer ou (a) que competência é uma permissão, ou (b) que competência *pressupõe* uma permissão¹³. A primeira alternativa é difícil até de entender, e a segunda parece não convergir com os fatos. Todos nós sabemos que um ladrão pode vender bombons roubados para um comprador sem permissão, assim como uma pessoa que é autorizada a agir em nome de alguém pode – mas não deve – agir contrariamente às suas instruções¹⁴.

Conceber a competência pessoal da possibilidade de modificar posições normativas como um caso especial de possibilidade prática também não converge com os fatos.

¹² Eu sigo Lars Lindahl aqui. Veja Lindahl, Position and Change, nota 3 *supra*, em 194.

¹³ Veja, p.ex., Carlos Alchourrón & Eugenio Bolygin, Normative Systems 151-2 (1971); Georg Henrik von Wright, Norm and Action 192 (1963).

¹⁴ Para uma análise mais completa da relação entre competência e permissão, veja Spaak, Competence, nota 10 *supra*, em 80-7.

Lindahl sugere que Hohfeld pensou sobre uma pessoa competente nos termos de habilidade ou possibilidade de modificar posições normativas nos termos de uma possibilidade prática¹⁵, mas creio que, ao contrário, como quase todo advogado, Hohfeld pensou sobre a habilidade ou a possibilidade nos termos de uma possibilidade hipotética¹⁶.

Acredito que o entendimento mais correto sobre o conceito de possibilidade usado na definição do conceito de competência é a alternativa (iii): ter competência é ter uma *possibilidade hipotética* neste sentido: se o agente (numa situação adequada) performa um ato-C (e o faz também de uma maneira correta), ele irá provocar a pretendida mudança de posição. E isso é completamente consistente com a idéia de ele não possuir a possibilidade prática de performar o ato-C, talvez em virtude de um impedimento físico¹⁷. Eu, portanto, sugiro a definição final do conceito de competência normativa:

(D.2) *p* tem a competência de modificar *PN* se, e somente se existe um *a* e um *S* tal que se *p* em *S* realiza *a*, procedendo da maneira correta, *p* irá, através de *a*, modificar *PN*.

3. Exercitar Competência

Ter competência é uma coisa, exercitá-la é outra. Há, entretanto, diferentes maneiras através das quais

¹⁵ Lindahl, Position and Change, nota 3 *supra*, em 206-10.

¹⁶ Para saber mais sobre esse tópico, veja Spaak, Competence, *supra* nota 10, em 87-92.

¹⁷ *Id.* Em 80-7. Minha análise é inspirada pela análise de Carl Weillman em Carl Weillman, A Theory of Rights 47-8 (1985).

uma pessoa pode modificar posições normativas, e o importante é distinguir entre aquelas mudanças que resultam do exercício da competência pelo agente e aquelas que resultam do exercício de sua habilidade geral ou poder de modificar posições normativas. Para começar, precisamos fazer a distinção entre competência e *Deliktsfähigkeit*, que é a possibilidade de modificar a posição normativa de alguém, a partir do cometimento de um crime ou de uma tortura. O motivo para tal distinção é que, enquanto a competência tem sido outorgada a uma pessoa para conceder-lhe a possibilidade de modificar posições normativas, a possibilidade de cometer um delito constitui somente o efeito de um aspecto do objetivo de prevenir que certos tipos de ato possam ser performados. Destaca-se, também, a distinção entre a competência e a possibilidade de modificar a posição normativa de alguém levando em consideração as taxas ou os benefícios sociais, entre outras coisas, que ocorrem quando da transferência de uma cidade para outra. Por o direito fazer com que a posição normativa das pessoas dependa, até certo grau, de seus lugares de domicílio não se pretende significar que alguém dar a essas pessoas a possibilidade de provocar a pretendida mudança transferindo-se, mas é, em geral, razoável que uma pessoa pague suas taxas e etc onde ela vive. Assim, as mesmas razões que servem de defesa para a não-presença de *Deliktsfähigkeit* no conceito de competência também servem de defesa para que outras maneiras de modificar posições normativas sejam desvinculadas de tal conceito.

Estamos vendo *porque* devemos delimitar o conceito de competência. Isso nos remete à questão de *como* devemos proceder para fazer tal coisa. Sugiro que o

importante é o *modo de ação* do agente ao performar a mudança de posição. Podemos expressar isso dizendo que o agente exercita sua competência ao performar o ato-C. Mais especificamente, a realização de um ato-C constitui uma condição necessária e suficiente para o efeito jurídico. Portanto, se (e somente se) nós soubermos quando uma pessoa performou um ato-C, nós poderemos saber quando ela exercita (ou tenta exercitar) a competência. Ou seja, os atos-C são as nossas únicas pistas na busca do efeito jurídico; e isso significa que é importante que estejamos bem esclarecidos sobre suas características.

O que é, então, um ato-C? A minha sugestão é que um ato-C consiste numa ação que depende, para seu efeito jurídico, de ter sido performada com o desejo (real ou imputado) de provocar o dito efeito. Como Neil MacCormick coloca, “poder é conferido por uma regra quando a regra contém uma condição que é satisfeita somente por um ato performado com a (real ou imputada) intenção de invocar a regra.”¹⁸. Num amplo entendimento do conceito de declarar uma intenção, devemos dizer que o agente exercita sua competência ao declarar seu desejo, um *Willenserklärung*¹⁹.

4. Tipos de Competência

Há diferentes tipos de competência normativa. A mais comum e também a mais notável distinção é, indubitavelmente, aquela entre a competência *autônoma*,

¹⁸ Neil MacComirck, H.L.A. Hart 74 (1984).

¹⁹ Para uma análise posterior do conceito de uma declaração de intenção, os leitores que falarem sueco podem consultar Ola Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll* (1996).

que é uma competência que modifica posições normativas da própria pessoa competente, e a competência *heterônoma*, que é uma competência que modifica posições normativas de outros de um modo que obriga esses outros²⁰. Essa distinção existe em duas diferentes versões, e é também não muito clara em muitos aspectos. Kelsen, por exemplo, faz uma distinção entre a competência autônoma e a heterônoma, concebendo uma distinção acerca de duas maneiras de se criar normas²¹. Alf Ross, por outro lado, faz uma distinção entre autonomia privada e autoridade pública, que envolve, ou parece envolver, quatro diferentes critérios de distinção²². Acredito, no entanto, que, a tratar das versões de Kelsen e de Ross, estamos tratando de versões da mesma distinção, e que o ponto importante é se o agente pode ou não obrigar outras pessoas sem que elas não lho consintam.

A distinção entre competência autônoma e heterônoma então concebida é claramente relevante do ponto de vista moral. Ao passo que a competência autônoma raramente se envolve em dificuldades morais, a heterônoma normalmente se envolve. Em análise final, a existência da competência heterônoma se vincula à questão da legitimidade do sistema jurídico e, também, da relação entre o direito e a moralidade.

Outros autores fazem uma distinção entre a

²⁰ Para saber mais dessa distinção, veja Spaak, *Competence*, nota 6 *supra*, em 128-34.

²¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* 203-5 (1945).

²² Ross, *Directives*, nota 7 *supra*, em 132-3.

criação de normas e a competência regulativa²³. Assim como a distinção entre as competências autônoma e heterônoma, essa distinção existe em duas diferentes versões e é também não muito clara em muitos aspectos. Cruamente posta, a competência de *criação de normas* é uma competência para criar normas, ao passo que a competência *regulativa* é uma competência para modificar posições normativas sem a criação de normas. Como exemplo da competência de criação de normas, pode-se mencionar a competência o poder legislativo; como exemplos da competência regulativa, podem-se mencionar a competência do governo de declarar um estado de emergência, a sua competência para nomear juízes e a competência de um padre para casar um homem e uma mulher.

Enquanto a distinção entre a competência de criação de normas e a competência regulativa é menos interessante do ponto de vista moral do que a distinção entre as competências autônoma e heterônoma, a primeira distinção pode ser mais interessante dentro de um ponto de vista teórico. O que é realmente interessante sobre essa distinção é a natureza exata da competência regulativa. Joseph Raz sustenta que a competência regulativa controla a aplicação de normas pré-existentes²⁴. Contudo, alguém pode se questionar sobre até onde é possível alguém

²³ Para saber mais dessa distinção, veja Spaak, Competence, nota 8 *supra*, em 134-43. Veja, p.ex., Joseph Raz, *The Concept of a legal System* (2ed. Ed. 1980); Nils Kristian Sundby, *Om normer* 361 (1974).

²⁴ Joseph Raz, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, *The Aristotelian Society. Supplementary Volume XLVI* 79, 82 (1972).

modificar uma posição normativa sem criar, modificar ou revogar uma norma jurídica? Infelizmente, Raz não explica exatamente como o agente exercita esse tipo de competência. Mas talvez não obtenhamos conclusões tão importantes ao nos questionarmos sobre esse problema. É bem verdade que as normas jurídicas aderem a efeitos jurídicos para muitos diferentes atos e eventos, como, por exemplo, diferentes tipos de violência física e o nascimento e a morte de seres humanos, e por que, alguém se pode questionar, esses atos em que o agente exercita uma competência regulativa devem precisamente ser tão problemáticos? Estou, então, inclinado a acreditar que satisfaz notar que o exercício da competência regulativa modifica posições normativas não através da criação de normas, mas sim, normalmente, através da proferição de performativos juridicamente relevantes, o que não exclui a idéia de a pessoa competente poder criar normas proferindo um performativo.

Finalmente, é importante notar que ter competência não significa ter um direito. Um juiz pode ter competência para julgar certos tipos de caso estando sob a obrigação de exercitar tal competência quando um caso do tipo relevante for levado até ele, e, como vimos, um ladrão tem a competência de vender bombons roubados a um comprador mesmo sem ele ter a permissão de fazê-lo. Em nenhum dos casos a pessoa competente possui um direito. Isso é suficiente para mostrar que ter competência não

²⁵ Para saber mais sobre esse tópico, veja Spaak, *Competence*, nota 10 *supra*, em 143-51.

significa possuir um direito²⁵.

5. Normas que conferem Competência

Até agora nada falamos sobre como a competência é conferida aos seus agentes. É óbvio que a pessoa competente recebe sua competência de alguma ordem jurídica, e é razoável assumir que são normas jurídicas de algum tipo que conferem a competência. A questão é se nós temos ou não razão ao pensarmos acerca de um tipo especial de normas jurídicas, cuja única função seja a de conferir competência a pessoas. Mais especificamente, devemos questionar se normas que conferem competência devem ser entendidas como normas que impõem deveres (*duty-imposing norms*) dirigidas a alguns operadores do direito, ou como normas de competência (*competence norms*) especiais, cuja única função é conferir competência, e que são diretamente dirigidas aos legitimados a exercitá-la. Uma norma que impõe dever atribuindo competência seria dirigida a determinados operadores do direito, impondo um dever a eles de reconhecer como juridicamente válidas certas modificações de posições normativas provocadas de certa maneira numa situação determinada por certa categoria de pessoas. Ou seja, tal norma conferiria competência a uma pessoa, p , através da imposição de uma obrigação a uma outra pessoa, q , para reconhecer que p , ao performar certo tipo de ato, a , num certo tipo de situação, podem provocar uma determinada modificação nas posições normativas. Ou seja, tal norma conferiria competência a p dando a p a possibilidade, em performar a em S , de modificar PN . Para ser mais claro, o tipo anterior de norma conferiria

competência indiretamente a uma pessoa, impondo um dever a alguns operadores do direito, enquanto o último tipo de norma conferiria competência à pessoa diretamente sem impor um dever a ninguém.

Minha opinião é que normas que conferem competência são mais bem compreendidas como normas que impõem deveres a certos operadores do direito, e como fragmentos de tais normas que impõem deveres. O motivo é que normas que impõem deveres, e não normas de competência, são normas (completas) no sentido de que elas concedem (completas) justificativas para ação²⁶.

²⁶ Para saber mais sobre esse tópico, veja Torben Spaak, *Norms that Confer Competence*, 16:1 Ratio Juris 89 (2003).