

AS NORMAS DE COMPETÊNCIA EM ALCHOURRÓN E BULYGIN

NORMS OF COMPETENCE ACCORDING TO ALCHOURRÓN AND BULYGIN

Guilherme Broto Follador

RESUMO

Embora as normas de competência tenham enorme importância no discurso normativo, e apesar de ocuparem posição central na estrutura de qualquer sistema jurídico moderno, ainda não há consenso nem quanto à sua natureza, nem quanto à sua estrutura lógica. No Brasil, curiosamente, o estudo dessas normas no plano da Lógica Jurídica tem passado ao largo das discussões.

Buscando contribuir para reacender o debate quanto a essa questão, o texto toma por objeto a proposta formulada por ALCHOURRÓN e BULYGIN, não só por sua importância, como também pelo fato de que, antes de apresentarem suas próprias ideias sobre a norma de competência, os autores analisam as propostas teóricas dos pensadores que os antecederam.

O artigo examina o mérito das objeções que tais autores que os autores fazem à classificação das normas de competência como regras de conduta (imperativas ou permissivas), bem como a viabilidade da alternativa que propõem, no sentido de caracterizá-las como normas conceituais. Nesse contexto, examinam-se tanto a possibilidade lógica de descumprir as normas de competência, como a de interpretar a nulidade prevista para a hipótese de sua inobservância como uma espécie de sanção.

A conclusão é no sentido de que as normas de competência, ainda que guardem algumas diferenças quanto às regras de conduta na relação entre a norma primária e secundária, haja vista a impossibilidade de equiparar a nulidade à sanção, têm, na sua regra primária, estrutura lógico-sintática semelhante à das normas de conduta.

PALAVRAS-CHAVE: Normas de competência; Normas de conduta; Normas conceituais; Definições jurídicas; Nulidade; Sanção.

ABSTRACT

Although the norms of competence have an enormous importance on normative discourse, and in spite of its central position on any modern legal system, there is still no consensus about its nature, nor with respect to its logical structure. In Brazil the study of this subject on the level of Juridical Logic has curiously never been object of serious discussion.

In order to resume the debate on this issue, the text focus on the ALCHOURRÓN and BULYGIN's proposal about the norms of competence, not only because of its importance, but also because, before presenting their own ideas, the authors review the theoretical proposals of thinkers who preceded them.

The article examines the merits of ALCHOURRÓN and BULYGIN's objections to the classification of these norms as (mandatory or permissive) rules of conduct. It discusses whether it is feasible or not to classify these norms as conceptual rules, as suggested by the authors. Finally, it inquires whether it is possible or not to disobey these norms, and whether it is possible or not to interpret the nullity as a kind of sanction.

It concludes that norms of competence and rules of conduct have both a similar logical-syntactic structure, even if they have some differences, once that nullity cannot be considered a type of sanction.

KEYWORDS: Norms of competence; Norms of conduct; Conceptual norms; Legal definitions; Nullity; Sanction.

INTRODUÇÃO

As normas de competência têm enorme importância no discurso normativo, e ocupam posição central no funcionamento de qualquer sistema jurídico moderno, a ponto de HART ter chegado a dizer que sua introdução na sociedade “*é um passo em frente tão importante para a sociedade como a invenção da roda*”, representando, verdadeiramente, “*a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico*”¹. Para BOBBIO, na mesma linha, é justamente “*a presença e frequência dessas normas que constitui a complexidade do ordenamento jurídico*”².

Penhor seguro de sua relevância está no fato de que boa parte dos juristas mais importantes do século XX, autores do quilate de KELSEN, HART, ROSS e VON WRIGHT, entre outros, fizeram delas seu objeto de estudo.

Apesar disso, e muito embora a temática da *competência* permeie, também, vários ramos da Dogmática Jurídica, atualmente o estudo das normas dessa natureza no plano da Teoria Geral do Direito tem passado ao largo das discussões, pelo menos no Brasil.

É realmente curioso o quase total estancamento do debate a seu respeito, haja vista que a definição da estrutura lógica das normas de competência é assunto a respeito do qual está longe de haver consenso. CALSAMIGLIA chega a dizer, nesse sentido, que a doutrina, embora seja uníssona em afirmar a importância das normas de competência, ainda não conseguiu “*avanzar en una construcción conceptual suficientemente compartida*”³.

Isso já seria motivo mais que suficiente para examinar a análise das regras de competência feita por BULYGIN e ALCHOURRÓN, tendo em vista que os professores da Universidade de Buenos Aires, inexplicavelmente tão pouco conhecidos no Brasil, antes de apresentar a sua própria ideia sobre o tema, fazem detido exame das propostas teóricas dos pensadores que os antecederam, de modo que sua análise pode ser considerada, antes de tudo, uma importante revisão do tema.

¹ HART, Herbert. O Conceito de Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 50.

² BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 197.

³ CALSAMIGLIA, Albert. *Geografía de las normas de competencia*. DOXA 15-16 (1994), p. 747.

O objetivo deste texto, porém, não é apenas o de apresentar o estado do debate até BULYGIN e ALCHOURRÓN, mas, também, o de pôr em questionamento as conclusões a que chegaram, a fim de demonstrar que a discussão sobre essa questão pode ser reacendida e voltar a gerar frutos. É o que se busca fazer nos tópicos seguintes.

1. A noção de *competência* em BULYGIN e ALCHOURRÓN

A concepção de BULYGIN e ALCHOURRÓN sobre a estrutura lógica das normas de competência só pode ser bem compreendida se analisada em contraste com a interpretação que fazem⁴ acerca da noção de *competência* adotada pelos autores que são seus marcos teóricos no tocante esse assunto, em especial KELSEN, ROSS, VON WRIGHT e HART.

Por isso, antes de examinar o mérito de suas conclusões, é necessário destacar os pontos em que eles creem ter se aproximado ou se afastado da visão adotada pelos autores de cujas concepções partiram.

1.1. O acordo: a semelhança essencial entre *competência* e *capacidade*

O primeiro ponto de consenso entre os autores diz respeito ao fato de que todos eles identificam a existência de uma semelhança essencial entre as noções de *competência* e *capacidade*.

KELSEN, dizem, teve a virtude de ser o primeiro a notá-lo, pontuando que a *competência*, tomada como a autorização para criação de normas gerais, e a *capacidade*⁵, vista como a permissão para a criação de normas particulares, são institutos que podem ser pensados sempre conjuntamente⁶.

⁴ A rigor, a análise das obras desses outros autores foi feita mais detidamente apenas por BULYGIN, em texto que assina sozinho (*Sobre las Normas de Competencia*). Porém, no texto *Definiciones y Normas*, que assina conjuntamente com ALCHOURRÓN, fica claro que ambos os autores têm a mesma concepção sobre o que são as normas de competência, o que autoriza a atribuição, a ambos, dos juízos feitos por BULYGIN acerca da visão de outros teóricos do Direito sobre o assunto.

⁵ Na verdade, como observam os autores, KELSEN vai além, tratando inclusive as normas que definem a *imputabilidade* (*capacidade* para cometer delitos) como regras de natureza semelhante às de competência.

⁶ Para KELSEN, de fato, “*A terminologia tradicional encobre o parentesco essencial que existe entre todas as funções que exercitam este poder jurídico, em vez de o pôr claramente em evidência*”. Para ele, tanto no exercício da capacidade negocial e dos direitos subjetivos como na criação de leis ou prolação de decisões judiciais, “*o conteúdo da função é (...) o mesmo, a saber: a produção de normas jurídicas*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 105). Noutra obra, a mesma conclusão: (*Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 129/131).

Tal conclusão é compartilhada tanto por HART, que considera serem ambos os tipos de normas espécies do gênero das que “*conferem poderes jurídicos*”⁷, como por ROSS⁸, que, por vezes, chega mesmo a usar *competência* como sinônimo de capacidade.

Ainda que ambos apontem algumas distinções entre as duas categorias, relativas à identificação do destinatário das regras produzidas e às diferentes consequências aplicáveis no caso de sua inobservância (diferentes graus de nulidade), fica claro que, ao menos neste ponto, ROSS e HART não discordam de KELSEN.

A admissão da semelhança entre as duas categorias referidas revela que o ponto de partida adotado por todos esses autores⁹ para examinar a estrutura lógica das regras de competência é o mesmo. Num sentido amplo, todos a tomam como uma norma que confere poder a determinada pessoa para, mediante a prática de certos atos, produzir normas jurídicas, estas sim dirigidas a regular o comportamento de alguém (o próprio emissor da norma ou outrem)¹⁰.

Segundo Torben SPAAK¹¹, há ainda outros pontos de consenso entre KELSEN, HART e ROSS no que concerne à norma de competência. Todos concordam em que: 1) quem tem competência, tem a possibilidade de mudar posições jurídicas; 2) competência é uma condição necessária para a validade jurídica; e 3) o ente competente muda posições jurídicas sempre mediante a prática de um tipo especial de ato, previsto no ordenamento. E desse entendimento não destoam BULYGIN e ALCHOURRÓN.

Fixada, porém, as semelhanças, grandes passam a ser as discordâncias.

1.2. O desacordo: a natureza das normas de competência

A principal divergência entre esses autores clássicos está em que, enquanto alguns consideram que as normas de competência são genuínas normas de conduta, que prescrevem

⁷ HART, Herbert. *Ibid.*, p. 36.

⁸ Tanto que alude, sob o mesmo rótulo, às “*normas que regulam a competência dos indivíduos particulares e da administração (...)*”. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 76.

⁹ No mesmo sentido, aliás, é o pensamento de NINO, segundo quem “*Tanto la competencia, como la capacidad, pueden considerarse como autorizaciones para dictar ciertas normas. Se es capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas*”. (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 222).

¹⁰ Para além da visão aqui focalizada, das normas de competência como normas que regulam a produção de outras normas, há, também, uma concepção mais ampla, que trata como regras de competência, também, as que regulam a aplicação de regras e as que disciplinam a solução de conflitos normativos. Cada uma delas é examinada em CALSAMIGLIA, A. *Ibid.*, pp. 747/767.

¹¹ SPAAK, Torben. *Explicating the Concept of Legal Competence*. In *Concepts in Law*. Org.: Jaap C. Hage e Dietmar von der Pfordten. Springer: Londres, 2009, p. 71.

que algo *deve ser*, outros as veem como regras de definição (também ditas *regras determinativas* ou *constitutivas*), que não prescrevem conduta alguma, mas sim *definem* o próprio conceito daquela pessoa ou órgão a quem os poderes são conferidos. Nesta segunda perspectiva, as normas de competência são responsáveis por definir quem sejam *o contratante, o testador, o legislador, o administrador, o juiz* etc., assim fazendo possíveis, de um ponto de vista lógico, as atividades que os caracterizam, isto é as atividades de *contratar, testar, legislar, administrar e julgar*, que simplesmente não existiriam, fora do mundo do Direito, com o sentido que têm nesse mundo.

1.2.1. Competência como norma de conduta

KELSEN está, segundo os professores da Universidade de Buenos Aires, entre os que tomam as normas de competência como normas de conduta, dizendo, mais especificamente que se trataria de ordens, comandos, ou, nas palavras de BULYGIN, “*imperativos o mandatos indirectamente formulados*”¹². E para o autor austríaco, de fato, não é nada diferente da conduta humana o que está sendo regulado “*quando a um indivíduo é conferido (...) o poder ou competência (...) para produzir normas ou intervir na produção de normas*”¹³.

De acordo com BULYGIN, também Alf ROSS, no seu “*On Law and Justice*”¹⁴, considerava serem as normas de competência redutíveis a normas de conduta¹⁵, entendendo que tanto umas como outras deveriam ser interpretadas como *diretivas* dirigidas aos juízes e tribunais.

No texto “*Sobre las Normas de Competencia*”, BULYGIN desde o início se opõe veementemente a essa ideia, considerando difícil sustentar o caráter imperativo das normas que atribuem competência.

Ele não vê, por exemplo, como a norma que confere o poder de testar poderia ser entendida como uma ordem, se o testador não está compelido a exercer o poder que a lei lhe dá, nem pode ser punido caso não o faça. E, entendendo que esse argumento é suficiente para

¹² BULYGIN, E. *Sobre las Normas de Competencia*. (...). Ibid., p. 487

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura* (...), p. 10.

¹⁴ Que data de 1953, embora sua tradução mais conhecida, a inglesa, seja de 1958, exatamente a referida por BULYGIN no texto *Sobre las Normas de Competencia*, que é o texto-base do presente artigo. Tal informação consta da nota do tradutor para o português em ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 15.

¹⁵ Assim como KELSEN, ROSS, nesse primeiro momento, entende que “*Uma norma de competência é uma norma de conduta expressa indirectamente*”, e que, sendo redutíveis a normas de conduta, têm de ser “*também interpretadas como diretivas aos tribunais*”. (ROSS, Alf. *Direito e Justiça* (...), p. 57/58.

a rejeição da tese que vê as normas de competência como *ordens indiretamente formuladas*, chega mesmo a perguntar, de modo provocativo: afinal, se a norma que confere o poder de testar é uma ordem, “*a quem está dirigida?*”¹⁶

Passa a analisar, então, uma concepção alternativa, que igualmente vê as regras de competência como normas de conduta, mas não como prescritoras de obrigações, e sim de permissões.

O principal representante dessa corrente é VON WRIGHT, que toma as normas de competência como “*normas permissivas de ordem superior*”¹⁷, cuja função característica é a de permitir aos que são com elas contemplados ditar normas que obriguem as autoridades normativas de ordem inferior, ainda que se admite que tais permissões podem se combinar com obrigações ou proibições na definição dos limites do poder outorgado.

Entretanto, para BULYGIN, “*La idea de que las normas de competencia son normas permisivas es difícilmente conciliable con la práctica jurídica*”¹⁸, porque, se elas fossem mesmo permissões, a proibição de fazer uso da competência deveria gerar uma contradição (Pp v ~Pp) no sistema normativo e, no entanto, os juristas não diriam que há mesmo um conflito ou uma contradição entre normas nos casos em que se proíbe o uso da competência.

Para ilustrar esse entendimento, o autor se vale de um exemplo formulado a partir de uma previsão da lei argentina que impede o exercício da advocacia por aquele que é nomeado juiz, proibindo-o, conseqüentemente, de praticar os atos próprios dessa profissão, como o de exercer o patrocínio de alguém, mediante a assinatura das petições de uma demanda. Segundo BULYGIN, admitida a visão das normas de competência como normas permissivas de conduta, haveria uma contradição na situação acima narrada, porque, como advogado, a personagem do exemplo seria competente, isto é, estaria autorizada a assinar as petições de uma demanda, ao mesmo tempo em que, como juiz, estaria proibida de fazê-lo.

A seu ver, a prosperar tal visão, em todas as situações nas quais uma pessoa “*tiene la competencia para realizar cierto tipo de actos y al mismo tiempo le está prohibido hacer uso de esa competencia*”, estar-se-ia diante de situações de contradição, em que o mesmo ato “*estaría permitido y prohibido a la vez por el sistema jurídico*”.¹⁹

¹⁶ BULYGIN, E. *Sobre las Normas de Competencia (...)*, p. 488.

¹⁷ Nas palavras do próprio VON WRIGHT: “*Llamaré a las normas permisivas de orden superior, ‘normas de competencia’.* (...) *Los limites del poder delegado son a menudo fijados por determinadas prohibiciones*”. (VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y Acción: una investigación lógica*. Editorial Tecnos: Madri, 1970, pp. 198/199).

¹⁸ BULYGIN, E. *Sobre las normas (...)* Ibid., p. 489.

¹⁹ Tradução livre. BULYGIN, E. Ibid., p. 489.

A prova do erro dessa teoria estaria no fato de que, no seu entender, nenhum jurista encararia situações dessa natureza como exemplos de contradição ou incoerência do sistema normativo, até por serem bastante frequentes. Assim, a possibilidade de convivência de uma *competência* jurídica e da correspondente proibição de exercê-la evidenciaria não serem de mesma natureza a norma que define o que um advogado pode fazer, e a que o proíbe, em certos casos, de fazê-lo.

A partir disso, conclui BULYGIN que nenhuma das duas tentativas de reduzir as normas de competência a normas de conduta (obrigatórias ou permissivas) teria conseguido dar conta de explicá-las logicamente. Passa, então, a investigar as considerações dos autores que, no seu entender, veriam as normas de competência não como normas de conduta, mas como verdadeiras definições jurídicas.

1.2.2. Competência como norma de definição (constitutiva, determinativa)

Dentre aqueles que, na visão de BULYGIN, conceberiam as normas de competência como regras de definição, destaca-se, primeiro, HART, que faz um interessante paralelo entre as *normas que conferem poderes* e as regras do jogo de xadrez.

Diz HART que, no sistema normativo do referido jogo, há, por um lado, regras que proíbem, sob sanção, determinadas condutas, como as de tocar uma peça sem jogá-la ou de se exceder no tempo, regras essas que se assemelhariam às regras de conduta no Direito; por outro lado, são igualmente essenciais ao xadrez as regras que *definem* o que se há de entender por esse jogo, como as que definem o movimento das peças, a situação de xeque etc.

A semelhança entre estas últimas e as regras jurídicas de competência estaria na impossibilidade de serem obedecidas ou desobedecidas. Segundo BULYGIN, as normas de competência, exatamente como as regras que *definem* um jogo, não exigem determinadas condutas, mas sim *definem as formas* como se fazem os contratos, testamentos etc. Por isso é que, “*Se não cumprimos com estas normas, o resultado não é uma sanção ou castigo, mas nulidade, porque não se trata aqui de uma infração ou delito*”²⁰.

De acordo com BULYGIN, também ROSS, no *Directives and Norms*, de 1968, teria passado a compreender a questão de forma semelhante. Nesse momento já não consideraria as normas de competência como ordens dirigidas aos juízes (normas *reguladoras*

²⁰ Tradução livre. BULYGIN, E. *Sobre las Normas de Competencia (...)*, p. 490.

de condutas), mas como regras *constitutivas*²¹. No exemplo do jogo de xadrez, as regras *constitutivas* seriam aquelas que o *definem* como uma instituição e estabelecem as condições logicamente necessárias para fazer jogadas de xadrez. Tais regras não poderiam ser violadas, no sentido estrito da palavra, porque, a rigor, “*se um jogador realiza um movimento irregular, não está jogando xadrez*”²².

Da obra de ROSS, BULYGIN ainda destaca o argumento segundo o qual atos como *testar, legislar, julgar um caso* etc., não são atos naturais, mas atos jurídicos, somente concebíveis na forma em que constituídos pelas regras jurídicas, donde a impossibilidade de pensar que sirvam a *regular* o exercício de qualquer conduta, na medida em que servem, antes, a criar a própria possibilidade da conduta.

A posição de BULYGIN e ALCHOURRÓN é, fundamentalmente, a mesma que consideram ser defendida por HART e pelo segundo ROSS, isto é, a de que as normas de competência são *normas constitutivas* ou *de definição* – ou, na expressão que adotam, *regras conceituais* –, e não regras de conduta.

1.3. Diferenças entre as regras de conduta e as regras conceituais

Segundo os autores argentinos²³, as regras de conduta se diferenciam das regras conceituais, primeiro, porque não podem corresponder a proposições analíticas, ou seja, não podem corresponder àqueles enunciados em que o predicado está compreendido no próprio sujeito.

Ao contrário, as regras de conduta têm de ser sintéticas, justamente para poder cumprir o papel de guias das condutas sociais, para o que é essencial que possam ser obedecidas ou desobedecidas. Em outras palavras, para que se tenha efetivamente uma norma *reguladora* do comportamento humano, ambas as condutas, tanto a que atende quanto a que desatende ao seu preceito, têm de ser logicamente possíveis.

Diferentemente, as regras conceituais sempre criam uma impossibilidade: afinal, se *menor de idade* é quem tem menos de 18 anos, então é impossível que alguém que tenha 18 completos seja considerado menor de idade. Isso decorre do fato de que uma definição sempre

²¹ Há quem diga, porém, que a posição de ROSS quanto à questão, nessa segunda obra, é ambígua. Para CALSAMIGLIA, “*En Directives and Norms(...), Ross confirma su tesis principal cuando afirma que ‘cualquier norma de competencia puede ser convertida en una norma de conducta, mientras que a la inversa no funciona’*” (Ibid., p. 753).

²² Tradução livre. BULYGIN, E. *Sobre las Normas de Competencia (...)*, p. 491.

²³ BULYGIN, embora tenha nascido na União Soviética, no território da atual Ucrânia, está radicado na Argentina desde a juventude.

dá lugar a proposições analíticas, a proposições cuja verdade depende apenas do significado do termo definido. As regras conceituais, dizem os autores, sempre dão lugar a *enunciados necessários*, sendo “*inmunes frente a toda experiencia, en el sentido de que ninguna experiencia puede refutarlo*”, o que ocorre “*precisamente porque no dicen nada acerca de la realidad*”²⁴.

O segundo traço distintivo entre as normas de conduta e as definições jurídicas seria aquele relacionado com as diferenças entre as noções de sanção e nulidade.

Para BULYGIN e ALCHOURRÓN, “*todo intento de assimilar la nulidad a la sanción está destinado al fracaso*”²⁵, porque, se nas normas de conduta é possível distinguir claramente entre a regra que proíbe determinado comportamento e a que prescreve a sanção para a transgressão do preceito, podendo-se, inclusive, supor a existência da primeira sem a segunda, no caso das normas de competência essa distinção é simplesmente impossível.

Isso porque as regras que estabelecem o que é um testamento, ou o que é uma lei, só podem existir realmente se o descumprimento das condições essenciais para a elaboração dos atos jurídicos cuja criação regula implicar nulidade. Ou seja, a identificação dos casos em que a norma criada desrespeita a norma de competência e, por isso, é nula, é necessária para definir qual é exatamente o conteúdo da norma de competência. Assim, a regra constitutiva e a nulidade são inseparáveis.

BULYGIN e ALCHOURRÓN reconhecem, de todo modo, que nem sempre é fácil identificar quando se está frente a uma norma de competência e quando se está diante de uma norma de conduta.

Isso se dá porque nem todas as normas que estabelecem o que determinada pessoa ou órgão pode fazer são definidoras de sua função, de maneira que, para além das de competência, pode também haver normas de conduta que estabeleçam permissões, proibições e deveres ao *legislador*, ao *contratante*, ao *testador*, ao *juiz* e assim por diante.

Admitida a dificuldade, BULYGIN sugere um critério para fazer essa distinção, dizendo que, quando o “*poder jurídico*” subsistir a despeito da proibição de exercê-lo (como no caso do juiz que, sendo advogado, mantém latente o *poder* de firmar as petições de uma demanda), tratar-se-á de competência, ao passo que, quando a proibição fizer desaparecer o “*poder jurídico*”, estar-se-á diante de uma permissão, outorgada por norma de conduta.

²⁴ BULYGIN, Eugenio. ALCHOURRÓN, Carlos E. *Definiciones y normas*. In El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió. Bulygin, E.; Farrell, M.; Nino, C. y Rabossi, E. (compiladores). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 35.

²⁵ Tradução livre. BULYGIN, E. *Sobre las Normas de Competencia (...)*, p. 496.

2. Exame crítico da visão de BULYGIN e ALCHOURRÓN

Como visto, BULYGIN e ALCHOURRÓN, em razão dos argumentos acima sintetizados, consideram que as normas de competência são normas conceituais, que estabelecem *definições* jurídicas, e não normas de conduta.

Examinando, porém, as obras anteriores de ALCHOURRÓN e BULYGIN; voltando, também, os olhos às obras dos autores que lhes serviram de base; e, por fim, agregando lições de alguns teóricos do Direito contemporâneo e algumas considerações pessoais, parecem ser cabíveis algumas considerações críticas a respeito dos argumentos por eles invocados na defesa de sua tese, as quais se passa a elencar.

2.1. Mudança de posição

Antes de tudo, é importante anotar que, ao rechaçar a concepção das normas de competência como normas de conduta, BULYGIN e ALCHOURRÓN aparentemente mudaram de posição em relação àquilo que ele e haviam defendido na sua obra mais conhecida, o *Normative Systems*.

De fato, naquele texto, talvez como decorrência direta da profunda influência que sempre sofreram da obra de VON WRIGHT, chegaram a dizer, expressamente, que as normas de competência “*no son más que una subclase de las normas permisivas*”²⁶, constituindo “*normas de conducta que permiten crear otras normas*”²⁷.

CALSAMIGLIA, tendo chegado a essa constatação, critica o fato de que os autores, ao revisarem sua posição quanto a essa questão em seus artigos posteriores, fizeram-no sem fazer referência ao seu entendimento anterior e, ainda, sem explicar, “de maneira convincente”, as razões da mudança²⁸. Para ele, isso é um indício da insegurança que se observa quando se está diante do problema de passar das normas de competência como normas de conduta à concepção que as vê como regras conceituais.

É preciso ponderar, a despeito da procedência dessa crítica, que, já no *Normative Systems*, é possível divisar alguns traços da interpretação posteriormente defendida por ALCHOURRÓN e BULYGIN, na medida em que, embora atribuam às normas de

²⁶ ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo e BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea y Depalma, 1998, p. 106.

²⁷ ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo e BULYGIN, Eugenio. Introducción (...), p. 120.

²⁸ Segundo CALSAMIGLIA, BULYGIN, “*En su trabajo sobre las normas de competencia critica la tesis que sostuvo sin citarse y sin explicar el cambio*”. Ibid., p. 755, nota 22.

competência o caráter de normas de conduta, dizem, também, que elas, “*Al mismo tiempo, son constitutivas de la autoridad judicial*”, na medida em que “*nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que esa norma determine*”²⁹.

De qualquer forma, há na referida obra, no mínimo, uma ambiguidade, a autorizar a interpretação de que os próprios autores já defenderam a mesma posição que, posteriormente, passaram a rechaçar.

2.2. Competência como norma de conduta *indirectamente* formulada.

Como visto, em seus textos posteriores ao *Normative Systems*, defende BULYGIN que as normas de competência não poderiam ser consideradas imperativos ou ordens, primeiro, porque, em muitos casos, seria difícil até mesmo identificar a quem estão dirigidas. A norma que confere o poder de testar, por exemplo, não estaria destinada a regular o comportamento de ninguém, vez que o testador não está, afinal de contas, obrigado a nada, e tão-somente deve respeitar a norma que indica como formular um testamento validamente se quiser obter os efeitos que tal ato jurídico lhe confere.

A primeira objeção cabível a esse argumento diz respeito à inobservância, por BULYGIN, de um elemento fundamental no pensamento *kelseniano* sobre as normas de competência³⁰.

É que KELSEN considera, sim, que as normas de competência constituem imperativos, mas imperativos *indirectamente formulados*. Na sua visão, as normas que conferem competência são normas jurídicas, mas normas incompletas, já que estão “*em ligação essencial com normas estatuidoras de atos de coerção*”³¹, das quais constituem o fundamento de validade, por estarem situadas num plano superior da hierarquia normativa.

NINO confirma a conclusão de que, para KELSEN, enunciados como os que descrevem a atribuição de competências seriam apenas “*partes de normas genuínas*”, constituindo tão-somente parte do antecedente das autênticas normas jurídicas, em cujo

²⁹ ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo e BULYGIN, Eugenio. Introducción (...), p. 208.

³⁰ Elemento esse que, curiosamente, no *Normative Systems*, os autores não haviam olvidado, tanto que situam as normas de competência dentre os “*Enunciados que ordenan prohíben o permiten conductas, pero que no establecen sanciones*”, considerando que se trata de enunciados normativos, mas que “*tomados aisladamente no serían jurídicos, y sólo adquieren ese carácter cuando forman parte de un sistema jurídico*”. Participariam, pois, das “*normas no independientes mencionadas por Kelsen (...)*”. ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo e BULYGIN, Eugenio. Introducción (...), p. 106.

³¹ KELSEN, H. *Apud* GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, p. 21.

consequente deve figurar a prescrição de um comportamento que, uma vez descumprido, dá ensejo à sanção³².

É nesse sentido, pois, que KELSEN defende o caráter imperativo das normas de competência. Ele absolutamente não defende que a norma estatuidoras das condições para a validade de um contrato ou de uma lei, por exemplo, estabeleceria, diretamente, uma obrigação ao contratante ou legislador. Ao contrário, nota perfeitamente que uma regra dessa natureza apenas confere o poder para a edição de atos jurídicos que geram obrigações. A prova disso está nas seguintes passagens da *Teoria Geral do Direito e do Estado* e da *Teoria Geral das Normas*:

A elaboração de um contrato é um ato que não forma o conteúdo nem de um dever, nem de um direito das duas partes. Eles não estão juridicamente obrigados, nem têm um direito jurídico, de fazer o contrato; eles obtêm direitos e deveres jurídicos através do contrato, após o contrato ser feito. Mas eles são juridicamente capazes de fazer um contrato.³³

O ato autorizado por uma norma moral ou jurídica pode – mas não precisa – *também* ser imposto . Apenas se ele também é imposto, sua omissão é contrária à Moral ou ao Direito. Para o estabelecimento de normas jurídicas gerais, o órgão legislativo é autorizado pela Constituição; mas o estabelecimento de normas jurídicas gerais – em regra – não lhe é imposto. Se o órgão legislativo não faz uso da autorização a ele dada não comete nenhuma infringência ao Direito³⁴.

Esses excertos deixam claro que, ao definir as regras de competência como imperativos indiretamente formulados, KELSEN não está de modo algum a sustentar, como sugere BULYGIN, que o testador estaria obrigado pela norma a firmar um testamento.

Por outro lado, ao dizer que a norma de competência é um imperativo, embora incompleto, KELSEN não está a sustentar que ela não teria caráter permissivo³⁵. Afinal, para ele, a *permissão* é só o outro lado da moeda da *prescrição* (da obrigação), até porque “*Somente nos quadros de um ordenamento normativo que prescreve determinada conduta humana pode ser permitida uma determinada conduta humana*”³⁶. E de fato, numa relação

³² Um exemplo de norma completa, em sentido kelseniano, é também dado por NINO: “*Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice ‘el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; (...) si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión’*”. NINO, C. S., p. 86.

³³ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado* (...), p. 129.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. e rev. de José Florentino Duarte. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1986, p. 130.

³⁵ Confirma-o CALSAMIGLIA: “*Según Kelsen, las normas de competencia son normas que autorizan*”. (Ibid., p. 751).

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura* (...), p. 12.

jurídica, quando se estabelece que a determinado indivíduo A é permitida certa conduta, o que se está a prescrever, *mutatis mutandis*, é que outro indivíduo B tem o dever de suportar que A se comporte daquela maneira.

Desse modo, para o autor da *Teoria Pura*, é claro que o testador não está obrigado a usar de sua competência (ou capacidade); porém, se o fizer, os herdeiros estarão obrigatoriamente vinculados pela norma de conduta criada, devendo se comportar segundo seus preceitos, sob pena de sanção.

De se notar que a visão de KELSEN é coerente com a sua concepção do ordenamento como ordem coercitiva, que visa única e exclusivamente a disciplinar a conduta humana. Para ele, com efeito, as normas de um ordenamento regulam “*sempre uma conduta humana*”, e “*outros fatos que não são conduta humana somente podem constituir conteúdo de normas quando estejam em conexão com uma conduta humana*”³⁷. Daí o porquê de não vislumbrar a existência de uma distinção essencial entre os tipos de norma em questão.

Parece ser esta, também, a visão do primeiro ROSS, tanto que, no *Direito e Justiça*, exatamente como KELSEN, afirma com todas as letras que “*Uma norma de competência é (...) uma norma de conduta expressa indiretamente*”, justamente por dispor “*que as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta*”³⁸.

Há razões para considerar, de igual maneira, que esse também seja o entendimento de VON WRIGHT, na medida em que o filósofo finlandês define a estrutura lógica dessas normas ora como OOp (obrigatório obrigar que *p*), ora como PPp (permitido permitir que *p*) – apenas para ficar nos dois exemplos dados por ele³⁹ – e diz que, pelo que chama de *Princípio da Transmissão da Vontade*, a autoridade superior, ao facultar que se dite a norma inferior, deseja que essa norma seja obedecida.

Nesse sentido, argumenta que “*a norma OOp é satisfeita*⁴⁰ *se, e somente se, durante sua história existe uma norma (...) Op que, por sua vez, é satisfeita*”, e que, da mesma forma,

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura* (...), p. 10.

³⁸ ROSS, Alf. *Direito e Justiça* (...), p. 57.

³⁹ BOBBIO elenca nove possíveis modais das normas de competência (às quais chama normas de estrutura): “1. normas que comandam comandar (...); 2. normas que proíbem comandar (...); 3. normas que permitem comandar (...); 4. normas que comandam proibir (...); 5. normas que proíbem proibir (...); 6. normas que permitem proibir (...); 7. normas que comandam permitir (...); 8. normas que proíbem permitir (...); 9. normas que permitem permitir (...). BOBBIO, N. *Ibid.*, p. 198.

⁴⁰ Diz-se, segundo VON WRIGHT, que uma norma que prescreve a obrigatoriedade de certo estado de coisas é satisfazível apenas se é logicamente possível que tal estado de coisas se dê em todas as ocasiões durante a história dessa norma; já uma norma que prescreve a permissão de um estado de coisas é satisfazível apenas se é possível que este estado de coisas se dê em alguma ocasião durante a história dessa norma. Diz-se que o juízo de “satisfazibilidade”, no neologismo do autor finlandês, porque as normas, como pertencentes ao mundo do

“a norma Pp é satisfeita se, e somente se, durante algum tempo da história da permissão de ordem superior, existe uma permissão de que (...) p pode se dar e que esse estado de coisas se dá efetivamente em algum momento da história dessa permissão de ordem um”⁴¹.

É razoável concluir, pois, que para nenhum desses autores existe a necessidade de que, para que a norma de competência seja considerada uma norma de conduta, esteja a ela diretamente atrelada uma sanção; esse atrelamento pode ser apenas indireto. Também não há, conseqüentemente, a necessidade de interpretar a nulidade que está diretamente atrelada à inobservância da norma de competência como uma espécie de sanção.

Em suma, nenhum dos três autores referidos, ao interpretar as normas de competência como normas de conduta *indiretamente sancionadas*, defende aquilo que BULYGIN neles rejeita ao formular o seu argumento, de modo que essa sua primeira crítica não parece procedente.

2.3. Não é essencial, para conceber a norma de competência como *permissiva*, interpretar a vedação a seu exercício como geradora de contradição no sistema normativo

O segundo argumento de BULYGIN contra a redução das normas de competência a normas de conduta é aquele segundo o qual, se elas fossem mesmo permissões, a proibição de fazer uso da competência deveria gerar uma contradição no sistema normativo – o que, contudo, não ocorre.

Para ilustrar essa afirmação, lembremo-nos, o autor aponta para o caso do advogado que, tornando-se juiz, não pode mais firmar petições de uma demanda, embora conserve “latente” a competência/capacidade para fazê-lo, que lhe assiste enquanto advogado (que continua sendo). Segundo o autor, ninguém diria que há contradição na posição jurídica desse advogado/juiz, o que demonstraria o equívoco da tese de VON WRIGHT.

A exemplo do primeiro argumento, porém, este também não parece procedente. Para concluir nesse sentido, basta pensar que a norma que impede o uso de competência, na verdade, não faz mais do que derogar parcialmente esta última. Em outras palavras, a norma

dever-ser, e não do ser, não podem se sujeitar a juízo de verdade ou falsidade. A *satisfazibilidade*, pois, é um critério “*de racionalidade, não de verdade*” (VON WRIGHT, Georg Henrik. *Normas de Orden Superior*. In El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió. Bulygin, E.; Farrell, M.; Nino, C. y Rabossi, E. (compiladores). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 460 e 469.

⁴¹ Tradução livre. VON WRIGHT, Ibid., pp. 463/464.

que investe contra a regra de competência⁴², suprimindo parte do poder que havia sido outorgado a alguém, estabelece, na verdade, uma incompetência, uma imunidade, proibindo o que antes estava permitido.

O estabelecimento de um impedimento ao exercício de determinada competência, de fato, não gera incoerência no sistema normativo, mas isso ocorre não porque tal proibição é veiculada por norma de natureza diversa da que outorga a competência, e sim porque a norma que prevalece, dentre as duas, é justamente a que estabelece a incompetência, a imunidade, excepcionando, mediante derrogação, parte do poder conferido pela norma de competência.

Visto sob essa perspectiva, o caso do advogado que, tornando-se juiz, fica impedido de praticar atos próprios da advocacia, torna-se de explicação mais simples. Afinal, se se considerar que a norma impeditiva é uma norma de incompetência (imunidade), que derroga parcialmente a norma de competência, ao invés de se a tomar por uma regra que atua independentemente da norma de competência, deixando-a “latente”, como sugere BULYGIN fica claro que, ao se tornar juiz, o sujeito do exemplo tem efetivamente suprimida (ou suspensa) parte da capacidade que lhe assistiria na condição de simples advogado.

Nem faria sentido sustentar que o sujeito dessa norma seria ao mesmo tempo competente e incompetente para praticar atos próprios de advogado. É incompetente, e só, enquanto vigorar a norma que estabelece a imunidade. Daí a inexistência da alegada *contradição* que infirmaria a interpretação da competência como norma de conduta.

2.4. Sobre a impossibilidade de desobedecer à norma de competência

Outro argumento que embasa a tese de que as normas de competência não seriam redutíveis a regras de conduta é aquele segundo o qual, embora tais normas possam não ser observadas, ou ser mal observadas, não podem ser *desobedecidas* no mesmo sentido em que

⁴² A ideia aqui defendida é a mesma que, dentre outros, sustenta PAULO DE BARROS CARVALHO, ao tratar da natureza jurídica das normas de imunidade tributária, tratando-as como normas que estabelecem “*a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno (...) para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas*”. (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 196/197).

se *desobedece* a uma regra de conduta⁴³, justamente porque não têm elas caráter mandamental, não dizendo que algo *deva* ser feito⁴⁴, sob pena de sanção.

O argumento, porém, não serve a infirmar a tese atacada, na medida em que os próprios autores que defendem serem as normas de competência típicas normas de conduta estão prontos para reconhecer que os atos praticados fora da regra de competência, em rigor, “*não ‘transgridem’ uma norma jurídica válida*”⁴⁵, a menos que o ato autorizado pela norma de competência seja, além de permitido, também comandado, caso em que, aí sim, “*sua omissão é contrária à Moral ou ao Direito*”⁴⁶.

Ademais, para os que concebem as normas de competência como normas de conduta, suas peculiaridades seriam facilmente explicáveis a partir de sua equiparação às normas outorgam direitos potestativos⁴⁷, assim concebidos como aqueles poderes que alguém tem “*de influir na esfera jurídica de alguém, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar*”⁴⁸.

Como se sabe, nem o titular do direito potestativo tem um direito subjetivo, na acepção do termo, nem aquele que está sujeito a esse poder tem um dever jurídico propriamente dito, uma vez que contra o titular desse direito não pode fazer nada, senão se sujeitar, de modo que, também nesses casos é impensável falar em *descumprimento*.

Portanto, dizer que as normas de *competência* não podem ser *desobedecidas*, nesse sentido, não é o suficiente para afastar sua caracterização como normas de estrutura lógica igual à das normas de conduta, na medida em que há normas de comportamento cujos preceitos também não podem ser logicamente desobedecidos por seus destinatários.

Por outro lado, ainda que BULYGIN tenha feito uma consideração concessiva, afirmando que nem sempre é fácil identificar quando se está diante de genuína norma de competência ou de norma de conduta, parece também ter faltado esclarecer que é possível (e até frequente) que uma norma de conduta remeta diretamente ao conteúdo de uma norma de

⁴³ Essa interpretação do pensamento *bulyginiano* é confirmada por Bruno Periolo ODAHARA, segundo quem, em BULYGIN, a norma de competência, “*tal qual a regra de identificação (...) pode não ser observada ou mal observada – hipóteses nas quais se terá como resultado uma norma inválida –, mas não desobedecida*”. ODAHARA, Bruno Periolo. Das Normas aos Sistemas Normativos em Eugênio Bulygin. Curitiba, 2011, p. 87. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.

⁴⁴ Como visto acima, nem mesmo KELSEN, que é apontado como o maior defensor da visão das normas de competência como mandamentos (ordens) defende isso, tanto que acaba tendo de recorrer ao artifício da *incompletude* (ou do caráter *indireto*) para justificar o fato de que tais normas não obrigam ninguém a fazer ou deixar de fazer algo, mas apenas *permitem obrigar* (ou qualquer outro dos nove modais deonticos referidos por BOBBIO – vide nota 27, *supra*).

⁴⁵ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas. Ibid., p. 129

⁴⁶ KELSEN, H. Teoria Geral das Normas, Ibid., p. 130.

⁴⁷ Tácio Lacerda GAMA é quem faz essa interessante comparação. GAMA, T. L. Ibid., p. 82.

⁴⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 194/195.

competência, prescrevendo direitos e deveres que estão com ela diretamente relacionados, e inclusive cominando eventual sanção para a hipótese de sua inobservância.

Tal poderia ser o caso, por exemplo, de uma norma geral de conduta – que, aliás, usualmente está presente (explícita ou implicitamente) nos ordenamentos dos Estados democráticos – segundo a qual tudo o que não está permitido ao Estado, está vedado, de modo que não pode ele agir senão em conformidade com as regras de competência. Essa norma poderia muito bem prescrever uma sanção específica para a hipótese de se editar uma lei em desconformidade com a regra de competência, caso em que sujeitaria o seu editor a uma determinada consequência presumidamente desagradável. Nesse caso, é claro que, ao editar uma norma inválida, o Estado não estaria desobedecendo diretamente à norma de competência (que não obriga o seu titular ou seu destinatário a fazer nada), mas sim à norma de conduta que veda o comportamento de agir em desconformidade com a norma de competência⁴⁹.

Por outro lado, como nos sistemas jurídicos costuma haver também outra regra geral que diz que ao particular é possível fazer tudo aquilo que a lei não lhe proibir, o *contratante* que, por exemplo, deixar de observar uma regra que estabeleça o número de testemunhas exigidas para a validade do ato, não terá, a rigor, descumprido norma alguma, ainda que a inobservância das condições legais para a validade do ato implique a consequência de o *contratante* não lograr obter os efeitos jurídicos que pretendia alcançar quando firmou o contrato, em razão da nulidade.

É apenas nessa perspectiva que se pode entender a afirmação de BULYGIN segundo a qual não podemos dizer “que o parlamento obedeceu a Constituição ao votar uma lei”⁵⁰. Afinal, só haverá sentido em se falar em *obediência*, aqui, se houver uma norma (como normalmente há nos sistemas jurídicos modernos), que diga que o Parlamento não pode editar leis fora das hipóteses e dos procedimentos previstos na Constituição. Excluída essa hipótese, pode haver *inobservância*, pelo Parlamento, da norma de competência plasmada na Constituição, mas não *descumprimento*.

Seja como for, a figura do *direito potestativo* permite ver que, uma vez mais, os argumentos de BULYGIN e ALCHOURRÓN, ainda que verdadeiros no sentido de caracterizar as normas de competência, não conseguem refutar a possibilidade de ver nelas uma estrutura lógica semelhante à de qualquer norma de conduta.

⁴⁹ KELSEN dá outro exemplo. Diz que “O juiz é autorizado por leis para aplicar normas jurídicas gerais a casos concretos. É-lhe isto, em regra, também imposto. Ele viola seu dever de ofício quando se omite de fazer uso da autorização num caso concreto (...)”. KELSEN, H. Teoria das Normas (...). Ibid., p. 131.

⁵⁰ BULYGIN, E. *Sobre las Normas de Competencia*. Ibid., p. 490.

2.5. Sobre a visão da norma de competência como norma conceitual

À objeção apresentada no tópico anterior pode-se agregar outra, relacionada ao exagero contido na afirmação *bulyginiana* segundo a qual aquele que deixar de observar normas tais como as que *definem* o jogo de xadrez, isto é, as regras que descrevem os movimentos permitidos, a posição das peças no tabuleiro etc., não as estará *desobedecendo*, mas, simplesmente, *não estará jogando xadrez*.

O argumento de BULYGIN é o de que o xadrez é um jogo composto por movimentos que só fazem sentido dentro de um sistema normativo cujas regras *definem* como se deve jogá-lo, da mesma forma que atos não naturais como *contratar, testar, legislar, sentenciar etc.*, só são concebíveis tais como constituídos pelas regras jurídicas. A isso se seguiria, naturalmente, a conclusão de que, quem deixar de observar as normas que estabelecem como se deve *contratar, testar, legislar e sentenciar*, a rigor simplesmente não estará *contratando, testando, legislando e sentenciando*.

Em outras palavras, assim como um enxadrista que pretendesse mover um bispo descrevendo um “L” (movimento próprio do cavalo, naquele jogo) *não estaria jogando xadrez*, também o *legislador* que tentasse legislar sem observar a regra de competência não estaria, a rigor, *legislando*.

Não parece, porém, que as coisas se passem dessa forma. Existe uma grande diferença entre os enunciados que *definem* o que algo *é* e os preceitos que estabelecem *como* se fazer algo de maneira válida.

Talvez alguns exemplos do que se pretende dizer sejam mais ilustrativos do que a tentativa de traduzir a questão em termos mais abstratos.

Deve-se convir, por exemplo, que um testamento celebrado sem a presença das testemunhas instrumentárias eventualmente exigidas pela norma de competência *é*, ainda assim, um testamento, embora inválido. Da mesma forma, uma lei editada por um ente que não tenha a prerrogativa de legislar sobre determinada matéria *é*, ainda assim, uma lei, ainda que inválida. De idêntico modo, mover um bispo em “L” *é* um movimento inválido no jogo de xadrez, mas certamente não *é* uma conduta equiparável à de arremessar essa peça contra a face do oponente, pois, enquanto o primeiro ato *é* um movimento que deve provocar apenas o protesto do enxadrista adversário e a reposição das coisas no *statu quo ante*⁵¹, mediante o

⁵¹ Já que no xadrez, como sistema normativo simples que *é*, as jogadas inválidas são sempre absolutamente nulas, não se admitindo qualquer tipo de relativização.

desfazimento dos movimentos efetuados a partir da jogada inválida, o segundo ato (o de arremessar a peça contra o adversário) demarcará, muito provavelmente, o início de uma briga entre os dois oponentes, que, aí sim, certamente, não estarão mais a jogar xadrez (isto é, terão saído daquele sistema normativo). Antes disso, há um jogo certamente inválido, mas ainda assim um jogo de xadrez⁵²!

A partir desses exemplos parece já ser possível divisar uma diferença entre as normas conceituais – que estabelecem uma *definição* (do tipo “A é B”) – e as que outorgam um *poder* ou *competência* (do tipo “*se A é a pessoa competente, poderá B*”), e a impossibilidade de se equiparar as segundas às primeiras.

Voltando ao jogo de xadrez, não parece ser possível ver como dotadas da mesma estrutura lógica a regra que, de um lado, *define* o rei como aquela peça *representada pela aposição de uma cruz na extremidade superior* de sua figura, de um lado, e a que, de outro lado, *atribui-lhe* a capacidade *de se movimentar* dentro do jogo, estabelecendo que, para fazê-lo validamente, tal peça deverá se deslocar no máximo uma casa por vez, no sentido horizontal, diagonal ou vertical. A diferença é clara: uma regra conceitua e permite *identificar* o rei; a outra *lhe atribui* um poder ou capacidade e disciplina as condições do respectivo exercício, naquele jogo. Para constatar que o *rei* é definido pelo que *é*, e não por aquilo que pode fazer, basta observar que, se um enxadrista resolver movimentar o rei por mais de uma casa a cada jogada, não deixará a peça de ser um *rei*, ainda que, de modo inválido, comporte-se como só à *dama* é permitido se movimentar.

Da mesma forma, *uma coisa* é dizer que o Supremo Tribunal Federal *é* uma Corte formada por onze juízes, com sede em Brasília; *outra coisa* é dizer que ele **tem** competência para julgar recurso extraordinário ou ação direta de inconstitucionalidade, e prescrever **como deverá** proceder para fazê-lo de maneira válida.

Não é possível, por isso, concordar com a equiparação que os autores fazem entre as normas de competência e as definições jurídicas.

A propósito, ao se valerem do exemplo construído por HART a partir do jogo de xadrez, BULYGIN e ALCHOURRÓN parecem ter extraído daí conclusões que, possivelmente, o próprio HART não subscreveria.

⁵² Argumento semelhante já havia sido apresentado por CALSAMIGLIA, para quem “*las analogias entre el derecho y os juegos pueden conducir a confusiones. Si se juega con cinco alfiles se deja de jugar al ajedrez, pero si no se sigue una regla constitutiva, es posible que se continúe jugando al derecho – aunque sea ilegal. (...) En el juego jurídico, las trampas, muchas veces, no anulan el juego, sino que se continúa jugando al mismo juego*” (Ibid., p. 760).

De fato, levando em conta que HART estabelece uma diferenciação entre as regras que *definem* de que maneira o jogo deve ser jogado e aquelas normas que prescrevem direitos e cominam sanções, BULYGIN acaba equiparando as normas de competência a verdadeiras definições (com a estrutura lógica “*A é B*”). Ao fazê-lo, porém deixa de atentar para a circunstância de que HART, na verdade, concebe outra estrutura lógica para as normas de competência, nos seguintes termos: “*Se quiser fazer isto [A], é deste modo [B] que deve proceder*”⁵³. Dada a diferença entre os verbos que regem as proposições (*ser* e *dever-ser*), não parece ser possível reduzir uma à outra.

E dada essa diferença estrutural entre uma e outra espécie de norma, a mera circunstância de que por vezes HART se valha de derivados do verbo *definir* para tratar das normas de competência não parece autorizar a interpretação de que seriam, elas próprias, definições jurídicas, ao contrário do que consideraram os autores argentinos.

Nada autoriza a imaginar que HART diria, como BULYGIN, serem das mesma natureza, por exemplo, uma regra que define a maioria civil (“*maior de idade é aquele que tem mais de 18 anos completos*”) e outra que estabelece que *um maior de idade pode celebrar contratos e, para fazê-lo validamente, deve proceder segundo o modo previsto pela lei*.

Da mesma forma, não parece ser possível concluir que HART entenderia serem da mesma natureza uma norma do jogo de xadrez que *define* que o rei como “*uma peça representada com uma cruz, na extremidade superior*”, e outra que estabelece que “*o rei, para mover-se validamente pelo tabuleiro, deve deslocar-se no máximo uma casa por vez, no sentido horizontal, diagonal ou vertical*”.

A verdade é que há, de fato, várias dessemelhanças entre um e outro tipo de norma, e pelo menos duas delas são fortes o bastante para desestimular qualquer tentativa de equiparação.

Em primeiro lugar, uma norma de definição (como, por exemplo, a do art. 18, §1º, da CF, que diz que “*Brasília é a Capital Federal*”), não pode, em hipótese alguma, ser formulada nos termos de um juízo hipotético. Como diz REALE, “*Somente por um artifício verbal poder-se-á dizer que o citado art. 18, §1º, da Carta Magna quer dizer que, se uma cidade for Brasília, deverá ser considerada Capital Federal*”⁵⁴.

⁵³ HART, H. O conceito de direito. *Ibid.*, p. 36.

⁵⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 94/95.

Já a norma de competência pode, sem grande engenho, ser expressa em termos hipotéticos semelhantes aos aplicáveis a uma norma de conduta no sentido estrito do termo⁵⁵. Com efeito, não parece desprovida de lógica, nem necessariamente estabelecerá um juízo analítico (em que o predicado esteja no sujeito), a proposição que estabeleça, por exemplo, que, *sendo determinado ente um Município, e estando presentes determinadas condições de tempo e espaço, deve ser uma relação tal pela qual esse Município tem o direito potestativo de, observando os requisitos legais, instituir o imposto sobre serviços, ao mesmo tempo em que os destinatários dessa norma não têm outra coisa a fazer senão se sujeitar à edição da norma que define a incidência do imposto*. Num caso, é inimaginável falar em relação jurídica; noutro, pode-se, com algum esforço hermenêutico, descrevê-la.

Em segundo lugar, nas definições jurídicas não faz o menor sentido falar-se em nulidade, ao contrário das normas de competência, das quais a nulidade é elemento indissociável. Com efeito, não faz sentido dizer, por exemplo, que, se a Capital Federal não for Brasília, há nulidade; diferentemente, afirmar que uma norma é nula porque foi criada sem observância dos requisitos estabelecidos na regra de competência é algo até intuitivo.

Daí a conclusão de que, embora BULYGIN e ALCHOURRÓN defendam não serem as normas de competência redutíveis a normas de conduta, a alternativa que propõem a essa interpretação, no sentido de vê-las como normas constitutivas (isto é, determinativas ou de definição), parece ainda menos defensável.

2.6. A impossibilidade de se equiparar a nulidade à sanção

Tomadas as considerações anteriores, poder-se-ia imaginar que a conclusão do texto se encaminharia no sentido de afirmar, docilmente, que as normas de competência são, também, normas de conduta.

E essa previsão pode, realmente, ser confirmada, em alguma medida, mas não antes de se colocar aí um grão de sal.

Isso porque um bom argumento que os professores da Universidade de Buenos Aires opõem à visão que iguala as normas de competência às normas de conduta está alicerçado no diagnóstico de HART sobre a existência de uma diferença fundamental entre um e outro tipo de norma.

⁵⁵ Discordo, neste ponto, do próprio Miguel Reale, que considera que também as regras de competência não podem ser formulados em termos condicionais ou hipotéticos, mas apenas em termos categóricos.

Tal diferença residiria em que, enquanto nas normas de conduta é possível divisar com clareza a prescrição do comportamento desejado e a descrição do comportamento que a infringe (sujeitando o infrator a sanção), nas normas de competência a identificação dos casos em que se deixa de observá-la (e nos quais, portanto, é nula a norma criada) é indispensável para determinar o próprio conteúdo da norma de competência. Isso é consequência do fato de que *“La idea de competencia supone la limitación de la misma”*⁵⁶, e de que o limite da competência é a esfera abrangida pela nulidade.

Vale dizer, diferentemente do que ocorre com as regras que prescrevem o comportamento devido e (usualmente) cominam uma sanção para o caso de seu descumprimento, a regra que outorga a competência e a que prescreve a nulidade são faces de uma mesma moeda, inseparáveis.

Prova disso está em que, inegavelmente, há normas de conduta sem a correspondente cominação de sanção⁵⁷, mas não pode haver norma de competência sem que de sua inobservância derive nulidade. Ou, mais precisamente, a previsão de sanção para a hipótese de inobservância da norma de conduta é condição de eficácia, mas não de existência ou validade dessa norma; já a previsão de nulidade para a hipótese de inobservância da regra de competência é condição de existência desta última.

Pode-se tomar como exemplo de norma de conduta desprovida de sanção, v.g., aquele dado por BOBBIO ao citar o art. 315 do Código Civil italiano, segundo o qual *“O filho, seja qual for a idade, deve honrar e respeitar os pais”*⁵⁸. Ora, se o filho não honrar e respeitar os pais, nada lhe acontecerá, porque não há sanção prescrita no ordenamento italiano para as condutas de desonrar e desrespeitar os pais. O mesmo se poderia dizer das normas de conduta ditadas pela moral e por parte das regras ditadas pelo costume⁵⁹. Das normas de

⁵⁶ CALSAMIGLIA, A. *Ibid.*, p. 759. É importante ressaltar, porém, que, para CALSAMIGLIA, que analisa as normas de competência sob uma noção mais ampla que aquela com a qual se examina o instituto neste texto (na medida em que inclui entre as metarregras não só aquelas sobre a produção do direito, mas também sobre a aplicação de normas e sobre solução de conflito de normas), não é possível tratar as normas de competência, *ab initio*, nem como normas de conduta, nem como definições. Podem ser uma coisa ou outra, a depender do caso.

⁵⁷ Nesse sentido, diz TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ: *“(…) o problema é saber se toda norma ameaça de sanção. Ora, há normas que prescrevem comportamentos e estabelecem a meta-complementaridade autoridade-sujeito, sem fazer ameaça. Assim, a ameaça de sanção pode ou não estar presente, admitindo-se, então, que ela esteja em outra norma”* (FERRAZ, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Forense: Rio de Janeiro 1978, p. 72).

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 146.

⁵⁹ A propósito, segundo BOBBIO, uma saída comumente adotada para explicar o fato de que existem normas sem sanção é negar a elas *“o caráter de normas jurídicas”*. Mas o autor italiano considera essa uma *“solução radical e desnecessária”*. Para ele, basta ter em consideração que *“A sanção diz respeito não à validade, mas à eficácia”* da norma (BOBBIO, N. *Ibid.*, p. 147). Por outro lado, negar a natureza jurídica de uma norma de conduta sem sanção não parece ser uma boa solução para apontar suas semelhanças ou diferenças para com as normas de competência, pois não é apenas nos sistemas jurídicos, mas sim na maioria dos sistemas normativos,

competência, a seu turno, já não se pode dizer o mesmo; afinal, sempre que se pretender exercer os poderes por ela conferidos sem observar as condições prescritas para a validade desse exercício, o resultado será a nulidade.

Em outras palavras, dizer que a sanção é externa às normas de conduta equivale a afirmar que é possível saber qual é o conteúdo do dever atribuído ao sujeito passivo da norma primária independentemente da análise da sanção cominada na norma secundária. Isso não ocorre com a nulidade relativa às normas de competência, porquanto, exatamente conforme defendem os autores examinados, sem a observância da esfera onde há nulidade (e, pois, incompetência), não é possível nem mesmo saber qual é, efetivamente, o conteúdo da conduta autorizada pela norma de competência.

É por isso, e não pela circunstância de a nulidade ser ou não danosa⁶⁰ para o agente⁶¹ que desrespeita a regra de competência, que as normas de competência e de conduta não podem ser vistas como absolutamente idênticas, nem pode a nulidade ser igualada, sem grandes ressalvas, à sanção.

Realçar essa distinção, contudo, não implica dizer que tais normas não possam ser vistas como dotadas de estrutura sintática no mínimo muito semelhante⁶² às das normas de conduta.

Na norma primária, ambas podem ser expressas como a descrição de um fato ao qual se vincula uma relação jurídica. Na norma secundária, também é possível divisar uma semelhança, na medida em que, enquanto uma estabelece que *“se o agente não deseja a nulidade, deve observar os requisitos de validade estabelecidos na regra de competência”*, a outra estabelece que, *“se o agente não deseja a sanção, deve se comportar da maneira prescrita pela norma de conduta”*. Qualquer um desses enunciados pode ser também exposto da forma inversa, sem que isso infirme a respectiva homogeneidade sintática.

Reduzir, porém, em termos absolutos, uma espécie de normas à outra, desprezando o traço diferencial assinalado, não é uma providência imprescindível para o objetivo da classificação, que é o de, tomando as normas de competência como semelhantes às de

que aparecem normas estabelecendo deveres e normas conferindo poderes. O exemplo do jogo de xadrez, usado em todo o texto, é, nesse sentido, emblemático.

⁶⁰ O caráter “danoso”, aqui, é claro, é visto desde a perspectiva da sociedade que editou a norma, e não do agente. Afinal, o agente cuja conduta é regulada pela norma de competência pode tanto querer a sanção ou a nulidade como ser a elas indiferente.

⁶¹ Tácio Lacerda GAMA, para equiparar a nulidade à sanção, afirma, nesse sentido que não consegue *“pensar em uma reação mais danosa, mais punitiva, para um sujeito competente, que ver o produto da sua ação – a norma jurídica – sendo neutralizada pelo sistema de direito positivo por ser com ele incompatível”* (GAMA, T. L. Ibid., p. 25).

⁶² É essa homogeneidade sintática, aliás, que é bem defendida por Tácio Lacerda GAMA em sua já referida obra sobre a competência tributária, e a premissa da qual parte para a construção de sua teoria da nulidade.

conduta, poder, a exemplo do que se faz com estas, dissecar seus elementos estruturais de modo a melhor compreendê-las.

Como aponta HART, há que se tomar cuidado, de um lado, para não “*reduzir variedades aparentemente distintas de regras jurídicas a uma única forma que, alegadamente, é portadora da quintessência do direito*”⁶³. E não se está, mesmo, a defender, aqui, que as normas de competência e de conduta tenham um estatuto jurídico idêntico.

De outro lado, é igualmente importante ter presente, como aponta CARRIÓ, que uma disputa sobre uma classificação não pode ser vista como se correspondesse a uma questão ontológica, uma questão de fato. Afinal, uma vez que o Direito é uma linguagem estipulativa, que nunca consegue dar conta dos fenômenos reais, as classificações que versam sobre tal objeto não podem ser “*nem verdadeiras nem falsas, mas úteis ou inúteis*”.

Segue-se disso que o critério para decidir por uma determinada classificação não pode dizer respeito senão a “*considerações de conveniência científica, didática ou prática*”⁶⁴.

E é exatamente em vista de considerações dessa ordem – metodológicas e didáticas – que o presente texto defende a possibilidade de, para efeito analítico, tomar as normas de competência e as normas de conduta como dotadas de uma mesma estrutura lógico-sintática, procedimento que se justifica na medida em que repousa numa semelhança efetiva entre tais tipos de normas, sem autorizar, contudo, que se deixe de notar as distinções relevantes que há entre elas.

CONCLUSÃO

Num esforço de síntese do que foi consignado nos tópicos anteriores, e à guisa de encerramento do presente artigo, podem-se elencar as seguintes conclusões do texto acerca da concepção de BULYGIN e ALCHOURRÓN sobre as normas de competência:

1. Os autores deixaram de observar que, para KELSEN, VON WRIGHT e para o primeiro ROSS, as normas de competência regem a conduta apenas indiretamente; são normas incompletas, que só podem ser satisfeitas com o complemento da norma de conduta que é criada a partir delas;

⁶³ HART, H. *Ibid.*, p. 46.

⁶⁴ Tradução livre. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 99.

2. Consequentemente, para que a norma de competência seja considerada uma norma de conduta, na perspectiva de KELSEN, ROSS e VON WRIGHT, não é imprescindível que a ela esteja diretamente atrelada uma sanção; esse atrelamento pode ser apenas indireto;
3. Também não há a necessidade de se interpretar a nulidade – que está, essa sim, diretamente atrelada à inobservância da norma de competência – como uma espécie de sanção;
4. A proibição do exercício da competência nada mais é que uma imunidade, uma norma negativa de competência, que derroga parcialmente (para certos casos) a norma positiva, atribuidora do poder ou capacidade. É por isso que, mesmo na perspectiva que toma a norma de competência como norma permissiva de conduta, o estabelecimento de uma norma de imunidade não gera *contradição* no sistema normativo;
5. É certo dizer que as normas de competência não podem ser *desobedecidas* no mesmo sentido em que usualmente se fala em *descumprimento* das normas de conduta; isso, porém, não é suficiente para negar que sejam elas normas de conduta, na medida em que, também dentre estas, há espécies de normas que não podem ser logicamente descumpridas, como é o caso das que estabelecem direitos potestativos, gerando relação jurídica de sujeição.
6. É plenamente possível, a despeito disso, que uma norma de conduta remeta ao conteúdo de uma norma de competência, criando um dever a ela relacionado e, inclusive, estabelecendo uma sanção para o caso de sua inobservância;
7. Não é possível equiparar as normas de competência às que estabelecem definições jurídicas, porque há uma grande diferença entre os enunciados que *definem* o que algo é no mundo do direito e os preceitos que estabelecem *como* se fazer algo de maneira *válida*;
8. Ao contrário do que sugerem os autores, não parece que HART defenda, de fato, que as normas de competência seriam equiparáveis a definições jurídicas;
9. As definições jurídicas, enquanto juízos analíticos, não podem ser expressas em termos hipotéticos; as regras de competência, sim;
10. Nas definições jurídicas não faz o menor sentido falar em relação jurídica e em nulidade; nas normas de competência, sim;
11. A nulidade não pode ser equiparada à sanção, senão com grandes ressalvas, na medida em que há uma diferença essencial entre elas, consistente no fato de que, enquanto a

sanção é independente da norma de conduta (é possível pensar na existência de uma sem a outra, e a sanção não molda o conteúdo da conduta exigida), a nulidade é intrínseca à regra de competência, que, sem a delimitação da esfera abrangida pela nulidade, simplesmente não faz sentido;

12. Apontar essa distinção não implica dizer que tais normas (de conduta e de competência) não possam ser vistas como dotadas de estrutura sintática semelhante, a fim de poder dissecar seus elementos estruturais. Igualar a nulidade à sanção é uma providência desnecessária para esse fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo e BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea y Depalma, 1998.

_____. *Definiciones y normas. In El lenguaje del derecho: Homenaje a Genaro R. Carrió.* Bulygin, E.; Farrell, M.; Nino, C. y Rabossi, E. (compiladores). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 11/42.

_____. *Permisos y Normas Permisivas. In Análisis lógico y Derecho.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 215/238.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BULYGIN, Eugenio. *Sobre las Normas de Competencia. In Análisis lógico y Derecho.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 485/498.

CALSAMIGLIA, Albert. Geografía de las normas de competencia. *DOXA*, Alicante. v. 15/16. 1994, pp. 747/767. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/index.htm>. Acesso em 25 de março de 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Forense: Rio de Janeiro 1978.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009.

HART, Herbert. O Conceito de Direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Teoria Geral das Normas. Trad. e rev. de José Florentino Duarte. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1986.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

ODAHARA, Bruno Periolo. Das Normas aos Sistemas Normativos em Eugênio Bulygin. Curitiba, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25565/Bruno%20Periolo%20Odahara%20%20Das%20normas%20aos%20sistemas%20normativos%20em%20Eugenio%20Bulygin2.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 de fevereiro de 2012.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.

SPAACK, Torben. *Explicating the Concept of Legal Competence*. In Concepts in Law. Org.: Jaap C. Hage e Dietmar von der Pfordten. Springer: Londres, 2009, pp. 67/80.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Normas de Orden Superior*. In El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió. Bulygin, E.; Farrell, M.; Nino, C. y Rabossi, E. (compiladores). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983 pp. 457/470.

_____. Norma y Acción: una investigación lógica. Editorial
Tecnos: Madrid, 1970.