

POSITIVISMO INCLUSIVO E ÁRVORE VIVA: UM CASAMENTO TEÓRICO

Heitor Lurine Moreira Guimarães¹

Resumo: O artigo pretende sustentar a existência de uma relação de complementaridade entre a teoria do Direito, a saber, o positivismo jurídico inclusivo, e a teoria da jurisdição constitucional, a saber, a teoria da árvore viva, defendidas pelo autor canadense Wilfrid J. Waluchow. Primeiramente, faz-se um esboço geral de ambas as teorias, explicitando quais os objetivos e as teses centrais de cada uma, bem como as teorias adversárias às quais elas se contrapõem em seu respectivo âmbito de discussão. Uma vez estabelecida essa caracterização, propõe-se o exame de uma questão que pode ser colocada contra o positivismo inclusivo, no que diz respeito ao significado dos critérios morais de validade para o intérprete. A partir da discussão desse questionamento, o artigo desenvolve um argumento com o qual se pretende demonstrar que as duas propostas de Waluchow, uma na área da filosofia do Direito e outra na da teoria constitucional, se reforçam mutuamente e necessitam uma da outra. Assim, argumenta-se que a teoria da árvore viva não só seria uma resposta viável ao questionamento proposto, como também é a que melhor se adequa ao positivismo inclusivo.

Palavras-chave: Positivismo inclusivo; Árvore viva; Critério moral.

INCLUSIVE POSITIVISM AND THE LIVING TREE: A THEORETICAL MARRIAGE

Abstract: The article aims to defend the existence of a complementarity relation between the theory of law, that is inclusive legal positivism, and the theory of constitutional jurisdiction, that is the living tree, advanced by the Canadian author Wilfrid J. Waluchow. Firstly, a general sketch of both theories, making clear their central theses and goal, as well as the adversary theories, which they oppose in their own ambit of discussion, is made. Once fixed that characterization, it is proposed a scrutiny of a question, which can be put against inclusive legal positivism, regarding the meaning of moral criteria of validity to the interpreter. Departing from the discussion of such question, the article fashions an argument in order to demonstrate the both of Waluchow's proposals, one in the field of Jurisprudence and the other in the field of constitutional theory, reinforce themselves mutually and that one needs the other. Thus, it is argued that the living tree theory is not only a feasible answer to the question put, but it is also the answer that fits the best to inclusive positivism.

Key words: Inclusive Positivism. Living Tree. Moral Criterion.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da pouca atenção que lhe é dada no Brasil atualmente, a Teoria do Direito é um campo de investigação sobre a natureza do fenômenos jurídico altamente fértil e diversificada. Dentre os mais importantes autores contemporâneos, Wilfrid J. Waluchow certamente ocupa

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPa
Email: hguimaraes631@gmail.com

um lugar de destaque. Tendo sido orientado diretamente por H. L. A. Hart, Waluchow é um bastião na defesa de uma corrente normalmente conhecida como positivismo jurídico inclusivo ou positivismo jurídico includente, que na versão de Waluchow assume uma matriz fortemente hartiana.

Além de suas contribuições nessa área específica do conhecimento, o legado teórico de Waluchow se estende para o campo da teoria da constituição, no qual o autor despontou com a criação da chamada teoria da árvore viva, uma teoria sobre como é possível a compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional, assim como qual é a forma normativamente mais aceitável de decisão de casos constitucionais por parte de juízes.

O que se pretende fazer neste artigo é mostrar que, para além das diferenças de projeto entre as duas teoria de Waluchow, existe entre elas uma forte relação. Essa relação podemos chamar a princípio de uma complementaridade, no sentido de que uma é capaz de fornecer argumentos para proteger a outra contra críticas que, para cada uma das duas separadamente, seriam severas. A árvore viva complementa o positivismo jurídico inclusivo provando, sem assumir a hipótese estética dworkiniana, que a aplicação de critérios morais incorporados ao Direito não é arbitrariedade judicial. Em contrapartida, o positivismo inclusivo complementa a árvore viva sustentando o seu pressuposto de que há critérios morais que fazem parte do Direito, pelo menos no que concerne a decisões de casos constitucionais.

Assim, o artigo começa com um esboço geral do quadro das correntes das teorias do Direito contemporâneas. Em seguida, uma exposição geral das principais teses de Waluchow tanto no campo da Teoria do Direito em si como no campo da teoria da Constituição. Finalmente, o artigo lança mão de um argumento baseado em um exemplo de possível caso constitucional para apontar, primeiro, em que aspecto o positivismo inclusivo poderia ser deficiente e como a árvore viva poderia ajudar a sanar seu problema e, segundo, como a árvore viva pode se servir do positivismo inclusivo para se proteger contra uma possível objeção.

Em função dos propósitos deste trabalho, alguns conceitos de Waluchow, como a noção de força institucional e seu entendimento a respeito da aplicação de regras jurídicas, assumirão uma menor relevância, por não desempenharem um papel muito relevante na relação que se pretende fazer entre seus dois projetos. Por essa razão, esses conceitos, assim como outros que não merecem destaque para nossa discussão, serão apenas mencionados e não receberão aprofundamento.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO

O espectro das teorias do direito contemporâneas é altamente diversificado, tanto em propostas quanto em autores, assim como em pontos de desacordos entre todas elas. Para os propósitos deste artigo, pode-se dizer que haja atualmente três grandes alas ou vias em que uma teoria do direito no mundo da filosofia analítica pode se encaixar. Tem-se as teorias interpretativistas, cuja mais poderosa e famosa versão está na obra de Ronald Dworkin². Competindo pelo mesmo espaço, há o jusnaturalismo, cuja mais importante versão é a defendida pelo australiano John Finnis³. E, por último, há o grupo em de teorias entre as quais está o foco da presente análise: o positivismo jurídico.⁴

² Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³ Cf. FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁴ Para além destas mencionadas, há outras correntes menores em Teoria do Direito, que pretendem entender o fenômeno jurídico como algo que consiste principalmente nas práticas judiciais (realismo jurídico) ou na estratificação da sociedade em classes, juntamente aos processos de dominação e exploração que isso acarreta (Critical Legal Studies). Para uma explanação mais aprofundada dessas duas linhas de pensamento, ver LEITER,

No interpretativismo, a ideia central é do que o Direito não é um dado da realidade pré-existente, mas antes algo que depende da interpretação que se lhe dá. Para o jusnaturalismo, o sistema jurídico é um construto humano gerador de obrigações morais cuja finalidade é a realização dos fins intrínsecos humanos, que funcionam como parâmetro fundamental para a formulação de uma teoria descritiva do Direito minimamente adequada. Por último, o positivismo jurídico pode ser sinteticamente caracterizado como aquele grupo de teorias segundo as quais o Direito é (1) algo produzido pelo ser humano, (2) constituído por convenções sociais e (3) distinto, isto é, independente, da moralidade no que diz respeito à validade. Estas três afirmações podem ser nomeadas pelo que se convencionou chamar, respectivamente, de Tese dos Fatos, Tese da Convencionalidade e Tese da Separabilidade (HIMMA, 2002, p.1-2).

O motivo pelo qual existem variadas formas de positivismo jurídico se centra, basicamente, em divergência a respeito do significado mais preciso de cada uma dessas teses. Dentre as três, aquela que se destaca por ser ponto de disputa é a Tese da Separabilidade. Embora todos os positivistas concordem que a validade jurídica não depende da correção moral ou seja, que pode haver Direito válido mesmo que ele seja ao mesmo tempo moralmente perverso- o mesmo não pode ser dito sobre se é *possível* que um sistema jurídico incorpore um critério de natureza moral como critério de validade jurídica.

Os que advogam a impossibilidade (conceitual, não empírica) da existência de um critério moral de validade compõem o chamado positivismo jurídico exclusivo. Oposto a esse está o grupo em que se insere Waluchow, o positivismo jurídico inclusivo, que tem como ideia central a possibilidade contingente (portanto jamais necessária) de critérios morais. Há ainda o positivismo jurídico normativo, preocupado também com a prescrição de como o Direito deveria ser, assumindo formas que o fizessem sempre mais claro, objetivo, impessoal e preciso em suas determinações.⁵

No caso específico de Wil Waluchow, nosso autor principal, sua teoria, que é uma defesa de uma versão de positivismo inclusivo, é a culminância de um projeto pessoal seu desenvolvido ao longo de uma carreira de diversos artigos publicados, passando pela sua tese de doutorado, orientada por ninguém menos do que Herbert Hart. Em termos bibliográficos, o texto central de Waluchow em Teoria do Direito⁶ é o livro *“Inclusive Legal Positivism”*. Constituído pela reunião de alguns desses textos anteriores, inclusive a própria tese de doutoramento, a obra se apresenta com o propósito de defender uma visão sobre o Direito que se situa entre o pensamento de Raz (positivismo exclusivo) e o de Dworkin (interpretativismo), equilibradamente (WALUCHOW, 1994, p. 2-4).

Isso significa dizer, por outros termos, que a proposta de Waluchow pretende se colocar como um meio termo em relação às duas outras principais propostas no que se refere à relação entre Direito e moral. De um lado, rejeita-se, como pretende Dworkin, que o Direito só possa ser concebido como algo que se compreende a partir dos princípios morais que o fundamentam⁷. Do outro, rejeita-se, como pretende Raz, a impossibilidade de que um sistema jurídico jamais recorra a um critério de caráter moral para determinar qual o Direito válido.

Brian. American Legal Realism. In: EDMUNSON, W; GOLDING, M (Orgs). **The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2003 e UNGER, Ricardo Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Londres: Verso, 2015.

⁵ Sobre o positivismo normativo, cf. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart’s Postscript: Essays on The Postscript to ‘The Concept of Law’**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁶ Tradução do termo inglês “Jurisprudence”.

⁷ Não obstante, não se pode deixar de reconhecer que é de Dworkin que Waluchow herda o conceito de moralidade política, que desempenha um papel essencial em seu positivismo, mas também em sua teoria da constituição.

2.1 CONTRAPOSIÇÃO A DWORKIN

Contra Dworkin, Waluchow coloca duas frentes de ataque, por assim dizer. Uma é de natureza metodológica e metateórica. Graças ao desafio interpretativo que Dworkin interpôs ao positivismo, que ele próprio coloca na condição de teoria semântica, uma tese positivista pós-Dworkin só pode ser bem sucedida se for de capaz de provar como ainda é possível uma teoria do Direito se limitar a uma descrição. Waluchow faz isso por meio de um ataque direto à tese dworkiniana de que o Direito é um conceito interpretativo que precisa ser visto à sua melhor luz, no sentido que essa expressão tem dentro do interpretativismo (WALUCHOW, 1994, p.17-19). Nesse ponto do livro, o conceito introduzido por Waluchow para refutar a tese interpretativista é o de força institucional.

A outra frente de argumentação de Waluchow consiste na formulação de um arsenal de respostas a cada uma das críticas de Dworkin ao positivismo em pontos específicos. Trata-se das acusações clássicas ao pensamento positivista: a de que no positivismo não há lugar para princípios, já que o Direito é concebido como exclusivamente um conjunto de regras; a de que o positivismo admite discricionariedade em sentido forte; a de que a regra de reconhecimento, tal como formulada por Hart, seria um teste de pedigree incapaz de dar conta de todos os padrões normativos jurídicos existentes, etc.⁸

Contra isso, Waluchow tenta provar que a noção de dimensão de peso também está presente no que Dworkin chamaria de regra e que a regra de reconhecimento de modo algum se resume a um teste, muito menos pode ser adequadamente pensada como um teste de pedigree (WALUCHOW, 1994, p. 171; 178). No que se refere à questão da discricionariedade judicial em sentido forte, diz Waluchow, é apenas que Dworkin não explicitou bem o que quer dizer com essa expressão: se é a ausência de uma norma que controle a decisão do juiz ou que somente se proponha a controlá-la. Também falhou em fazer a distinção entre ter discricionariedade forte e exercer esse tipo de discricionariedade. Qualquer que fosse a situação, não seria viável encontrar o tipo de resposta correta que Dworkin diz existir, de modo que a discricionariedade em sentido forte seria uma realidade do Direito⁹ (WALUCHOW, 1994, p. 196).

2.2 CONTRAPOSIÇÃO A RAZ

No que concerne a Joseph Raz, a tarefa que Waluchow precisava cumprir para demonstrar a plausibilidade de sua própria teoria era colocar em questão as teses centrais do seu outro concorrente, o positivismo jurídico inclusivo. Se o interpretativismo é a teoria que extrapola a respeito do papel da moral no Direito, fazendo com que a avaliação moral se misture à própria concepção dos fenômenos jurídicos, o positivismo exclusivo é aquela que fecha os olhos para a importante função que ela pode desempenhar enquanto critério de validade jurídica, negando que tal seja sequer possível do ponto de vista conceitual.

No caso de Raz, especificamente, a tentativa de exclusão da possibilidade de critérios morais se dá principalmente pela via de um argumento apriorístico, conhecido como o argumento da autoridade. É um argumento a respeito de qual a natureza do Direito e como ele faz o que faz ao impor deveres e obrigações. Por isso se aplica a qualquer sistema jurídico, independentemente de qual seja o conteúdo das normas que o compõem.

⁸ Mais especificamente, essas são as críticas que fizeram parte da abertura do debate Hart-Dworkin e que foram objeto de consideração por parte de Hart em seu Pós-escrito ao Conceito de Direito. Para a formulação detalhada de cada uma delas, cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 23-73.

⁹ Para uma problematização das resposta de Waluchow a Dworkin, cf. HIMMA, Kenneth Einer. Waluchow's Defense of Inclusive Positivism. **Legal Theory**. Cambridge, vol.5, i.1, mar. 1999.

Há várias formas distintas de se explicitar o argumento da autoridade. Para os fins da presente explanação, não é necessário lançar mão de todos os conceitos que Raz emprega para formulá-lo. É o suficiente dizer que, para Raz, o Direito sempre reivindica autoridade. Ter autoridade, em Raz, é sempre quando aquilo que uma pessoa ou instituição determina é considerado por outra como um motivo para deixar de lado suas próprias considerações sobre aquele mérito e seguir o que lhe está sendo dito (RAZ, 1994, p. 299).

Ilustrativamente, podemos dizer que A tem autoridade sobre B se o fato de A dizer a B “faça X” for um motivo para que B faça X, independentemente do que B pense sobre isso. Ora, no campo da moral, é inconcebível a existência de autoridades. Isso porque o simples fato de alguém dizer “Y deve ser feito, pois é justo/bom/correto” não implica por si só que X de fato seja nada disso. Deste modo, um critério moral de validade seria um critério incapaz de reivindicar autoridade. Não podendo reivindicar autoridade, não poderia, portanto, ser um critério verdadeiramente jurídico.

A oposição feita por Waluchow neste aspecto passa por diversos pontos. Primeiro, chama atenção para distinção entre autoridades julgadoras (que resolvem problemas concretos) e autoridades legisladoras (que apenas fixam diretrizes a serem seguidas e não introduzem novas razões para agir. Isso sem falar nas autoridades teóricas, que emitem juízos sobre determinados assuntos que merecem credibilidade (como uma afirmação feita por Einstein a respeito de alguma questão da Física), mas que de todo modo não têm o caráter excludente descrito por Raz.

Além disso, aquilo que é determinado pelas autoridades não necessariamente acarreta que descartemos outros motivos que teríamos para agir ou decidir de forma diversa. Significa apenas que o fato de haver uma autoridade se posicionando em um sentido ou em outro faz com que este posicionamento da autoridade sobre uma questão prática ganhe um peso que ele não teria se não fosse por ela. Desse modo, o positivismo exclusivo só seria uma alternativa melhor ao positivismo inclusivo se a única função do Direito fosse a de nos dizer o que fazer em assuntos para os quais não somos capazes de chegar a uma solução por nós mesmos (WALUCHOW, 1994, p. 132-135).

Nesse sentido, o positivismo jurídico inclusivo, em Waluchow, assume uma forma que ao mesmo tempo parte de Hart e o reformula. Parte de Hart porque tem como um de seus pilares a ideia de que se pode descrever e explicar conceitualmente¹⁰ os fenômenos jurídicos sem fazer qualquer avaliação aprovando-os ou reprovando-os e admite a possibilidade de critérios morais de validade. Mas também revisita Hart na medida em que reestrutura parte das concepções hartianas sobre interpretação e aplicação do Direito.

Hart havia proposto que as regras jurídicas são dotadas do que ele chamou de textura aberta. Dizer que uma regra tem textura aberta significa que ela emprega conceitos os quais nós temos absoluta certeza que se aplicam a certas situações, outras não. O exemplo paradigmático lançado por Hart é do da regra hipotética que proíbe a entrada de veículos em um parque. Sem dúvida, ninguém discordaria que carros e motocicletas estão proibidos, mas o que dizer de alguém que desejasse entrar com uma bicicleta, um par de patins ou um skate?

O motivo pelo qual esses exemplos geram dúvida é que, em relação ao carro e à moto, eles apresentam semelhanças (possuem rodas e servem para locomoção), mas também diferenças (não são movidos a combustível nem exigem algum tipo de habilitação para serem

¹⁰ “Conceitualmente”, aqui, significa descrever por meio de esclarecimento dos conceitos. Por sua vez, o termo conceito, nesse contexto, é empregado no sentido que adquiriu dentro da filosofia analítica a partir da tradição da Escola de Oxford: uma entidade linguística que se manifesta em práticas sociais.

utilizados). Dadas essas circunstâncias, não conseguimos precisar de forma exaustiva que tipo de objeto conta como veículo para fins de aplicação da regra.

Toda regra tem, portanto, certos casos em que estamos de acordo quanto à sua aplicação, que podemos chamar de zona de foco. Mas também sempre aqueles cuja aplicação é nebulosa e incerta, não importando de que tipo de raciocínio ou metodologia queiramos lançar, que constituem a chama zona de penumbra. Assim sendo, em um caso no qual haja dúvida como naquele dos veículos no parque, segue-se que o juiz estaria juridicamente autorizado a decidir de uma forma ou de outra livremente. Eis então a discricionariedade judicial.

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta* (...) a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto (HART, 2011, p. 141, grifos do autor).

A inovação de Waluchow, a partir de uma expansão dos limites do pensamento de Hart, é dizer que, se a incerteza derivada da textura aberta permite que o juiz decida de forma discricionária, então, naqueles casos em que tivermos certeza de que regra se aplique, também deveria ser possível (normativamente falando) que o juiz deixasse de aplicá-la, caso isso resultasse em algo moralmente absurdo, como se observa em:

A possibilidade de resultados indesejados serve como razão suficiente para preservar a zona de penumbra ainda que fosse possível eliminá-la. Por que essa possibilidade não serve *também* como razão suficiente para a prática de não considerar uma regra aplicável quando, infelizmente, o significado claro dos termos por ela empregados exigirem um resultado não desejável- um resultado que poderíamos ter evitado se, por algum passe de sorte, o caso tivesse recaído na zona de penumbra? Em outras palavras, o argumento da desejabilidade de Hart não pode se estender ao que chamarei “casos de sentido claro” - casos que não caem na penumbra da textura aberta dos termos gerais da regra, mas sim no seu núcleo de sentido consensual? (WALUCHOW, 1985, p. 54, grifos do autor, tradução livre).

A introdução dos critérios morais como possíveis critérios de validade jurídica traz consigo também, como fica demonstrado, uma revisão dos horizontes da aplicação do Direito. Uma vez que valores morais façam parte das estruturas que determinam o que conta e o que não conta como parte do Direito, a aplicação de uma regra deixa de ser algo dependente apenas da adequação dos fatos ao seu conteúdo. Uma regra pode perfeitamente ter um certo caso dentro de seu escopo, mas ter sua aplicação afastada porque do contrário se estaria ferindo um daqueles critérios morais que, no sistema em questão, foram incorporados à regra de reconhecimento.

2.3A ÁRVORE VIVA

A outro giro, a segunda obra de Waluchow central para este artigo, “*A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*”, pertence a um outro campo de estudo em princípio altamente diferente da Teoria do Direito, a saber, a Teoria da Constituição. De fato, este outro livro, já pertencente ao século XXI, é o ponto alto de um outro percurso filosófico e acadêmico do autor, desta vez em um âmbito de discussão mais próximo de questões prática e do campo da política (WALUCHOW, 2006, p. 12).

A partir do que está colocado logo nas primeiras páginas o interesse pela discussão desse assunto adveio em parte do celeuma que resultou na promulgação da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, em 1982. A Carta consiste em uma condensação do conjunto dos direitos e garantias fundamentais que assistem aos cidadãos canadenses. A origem da controvérsia em relação a essa novidade política foi que o desenho institucional em torno dela trouxe consigo a jurisdição constitucional. Pela primeira vez questões concernentes aos direitos individuais estariam sob competência direta do Judiciário, que não é eleito e não responde ao povo.

O projeto construído através das páginas de *The Living Tree* é sustentar um argumento em favor da importância e da necessidade do controle de constitucionalidade (*judicial review*) em sociedades democráticas. É uma defesa do porquê é preciso que as instituições políticas confiem a juízes o poder de derrogar normas postas em vigor pelo Parlamento, ainda quando não seja essa a opinião popular.

Dentro do debate que se abre na obra, Waluchow divide o que ele compreende como duas categorias de posicionamentos. De um lado, temos os “defensores”, aqueles para quem ter um documento constitucional é não só positivo, mas muitas vezes indispensável para a manutenção de uma sociedade democrática. Entre esses, estão nomes como os de John Rawls, Ronald Dworkin e Samuel Freeman. Do lado oposto estão os que consideram a existência de uma constituição, qualquer que seja a sua natureza, sempre como um perda em vez de um ganho, um obstáculo em vez de um facilitador para o desenvolvimento da democracia. Aqui o principal teórico é o neozelandês Jeremy Waldron, com seu poderoso argumento dos desacordos (WALUCHOW, 2005, p. 207-208).

O subtítulo, em que se emprega a expressão árvore viva é uma alusão a uma doutrina constitucional canadense surgida a partir de um julgado da Suprema Corte do Canadá, qual seja, *Edwards v. A.G. of Canada*. Em síntese, trata-se de um processo em que se discutia a possibilidade mulheres conquistarem uma cadeira no parlamento canadense. Mais especificamente, a discussão era sobre se o termo “pessoas qualificadas” empregado na norma constitucional pertinente, poderia se referir também a mulheres, dado que ao longo da história do Canadá ele havia sido interpretado sempre como uma referência a homens para fins de participação política (MARSHALL, 2018).

Na ocasião, a Suprema Corte manteve a interpretação de pessoas qualificadas exclusivamente como significando pessoas do sexo masculino. Apenas quando se recorreu ao tribunal superior, o chamado Privy Council¹¹, que reverteu a decisão e estabeleceu como interpretação vinculante que homens e mulheres teriam direito a ocupar cargos legislativos de forma igual. Como justificativa desse entendimento, um dos juízes responsáveis pelo caso, Lord Sankey, cunhou pela primeira vez o termo “árvore viva” (*living tree*), para se referir à Constituição. Trata-se da ideia de que o conteúdo das normas constitucionais não é algo estático criado no momento de sua confecção, mas antes algo que se atualiza e se modifica ao longo do tempo, tal como os galhos de uma árvore vivente. Nesse sentido,

Por sua natureza, uma carta é “uma árvore viva capaz de crescer e de se expandir dentro de seus limites naturais”. É um instrumento que se deve,

¹¹ Nesse ponto, parece interessante ressaltar que o Canadá não apresenta um documento de ordem constitucional comparável com a Constituição Federal de 1988, isto é, um único documento que condense as principais normas e diretrizes do país. O que houve e há são os chamados atos constitucionais, redigidos em momentos distintos ao longo da história do país. A norma que contém a expressão colocada em questão no caso *Edwards* era parte do Ato Constitucional de 1867, instituído ainda pelo governo inglês. Embora o século XX tenha sido o período em que o país progressivamente adquiriu autonomia até atingir sua emancipação, permaneceu durante muito tempo sob o controle da Inglaterra em suas relações exteriores e outros assuntos de urgência. Isso explica porque a palavra final em *Edwards* foi dada pelo Privy Council, localizado na Grã-Bretanha.

dentro dos limites de seu papel constitucional, ser permitido crescer e se adaptar às novas circunstâncias contemporâneas e crenças normativas, incluindo as que dizem respeito ao tema de justiça (WALUCHOW, 2006, p. 183, tradução livre).

Waluchow acredita que haja um sério problema com a discussão constitucional entre defensores e críticos. O problema consiste no fato de que os partidários de ambos os lados, ao formularem suas respectivas ideias sobre o tema, têm como pressuposto comum uma certa ideia a respeito do que é uma constituição e de qual papel ela desempenha em um sistema jurídico. A ideia é de que constituições consistem em instrumentos que reúnem certos pontos de determinação que terão de ser aceitos por todo o processo político a partir de então. Uma outra forma de dizer isso é dizer que, nessa visão, o papel de uma constituição é fixar as regras do jogo, um mínimo de consenso que precisa ser admitido entre todos e funcionará como base estável da política.

Com efeito, considerando que assim seja, a argumentação que se poderia esperar de um defensor é que ele dissesse que, dada a extrema diversidade de formas de pensamento e vida que existem, precisamos de um mínimo de regras imparciais aceitas sem problematização para funcionarem como nossas diretrizes, de sorte que evitemos a instabilidade dúvida sobre quais direitos temos e até onde vão nossas liberdades. E, via de regra, é assim que os autores classificados como defensores se posicionam.

A seu turno, os críticos, representados na figura de Waldron, são exatamente aqueles que veem um tal pré-compromisso como inviável. Ou seja, são aqueles que, como Waldron, ou enxergam uma impossibilidade concordarmos sobre algo em definitivo ou, ainda que considerassem isso como factível, considerariam como ilegítimo. Nas palavras de Waldron:

(...) Juízes supostamente são especialistas nos assuntos sobre os quais discordam. Não estamos falando de sobre o uso da decisão majoritária para resolver desacordos entre amadores. Os juízes, tanto em sua maioria quanto em sua minoria, deveriam saber sobre o que estão falando. Nesse sentido, é preciso manter em mente outras características da decisão judicial. Juízes não inventam uma opinião sobre um assunto e votam em favor dele. Eles são treinados em Direito. Como profissionais, ouvem horas de argumentos para um lado e para outro e leem volumes de casos precedentes. Deliberam de caso pensado tanto coletivamente quanto individualmente, em seus gabinetes. Eles (ou seus assistentes) escrevem dissertações elaboradas para ilustrar as razões pelas quais adotam certa visão. Ainda assim, com grande frequência, discordam uns dos outros significativamente em nosso judiciário. Então a questão é por que (..) o simples procedimento de “contar cabeças” que a decisão majoritária envolve é o meio apropriado para, em última instância, resolver estes desacordos nestas circunstâncias (WALDRON, 2014, p. 18, tradução livre).

Como nessas visões a constituição representa a cristalização de aspectos fundamentais, Waluchow as chama todas de “visões fixas” (fixed views). Sua própria proposta nessa seara, contudo, não se enquadra nem em uma nem em outra. Pelo contrário, a inovação trazida pelo autor é sua rejeição das visões fixas desde o começo. A intuição fundamental em *The Living Tree* é que constituições não deveriam ser vistas como listas de cláusulas prontas e acabas a serem cumpridas, mas sim como uma coleção de conceitos e de valores que se transformam e se modificam à medida que a sociedade também muda (WALUCHOW, 2006, p. 204).

A ideia de uma constituição mutável à maneira de uma árvore viva advém da necessidade, que Waluchow chama para si, de resolver uma tensão entre dois aspectos do

Direito pensados por Hart em suas reflexões sobre textura aberta referidas anteriormente. De um lado, diz Hart, um sistema jurídico precisa ser tal que contenha respostas estáveis para pelo menos boa parte dos casos que surjam para serem resolvidos. No entanto, o mesmo sistema não pode ser excessivamente rígido naquilo que ele determina, porque do contrário seria incapaz de se adaptar às novas questões e demandas que surgem à medida que o tempo passa e a sociedade se transforma.

Nesse sentido, a ideia por trás da figura da *living tree* é justamente uma concepção que dê conta dessas duas demandas ao mesmo tempo. A constituição, assim entendida, continua a representar limites bem estabelecidos ao exercício do poder estatal. É apenas os conceitos nela contidos estão sujeitos a mudanças graduais. Essas mudanças se operam não por meio de processos legislativos, mas sim por meio da cumulação de diversas decisões judiciais, que aos poucos vão alterando o entendimento que se tinha a respeito daquele determinado conceito. Estabilidade com flexibilidade, segurança sem atravancamento.

Waluchow propõe que, em vez de se interpretar conceitos como liberdade, igualdade, personalidade e outras determinações criadas no momento da elaboração da constituição, eles sejam conhecidos e construídos caso por caso, ao longo da cadeia de decisões judiciais. E é essa a razão pelo qual trata-se de uma teoria “*common law*”, isto é, uma em que os precedentes não têm apenas poder vinculante, mas fazem parte da própria elaboração dos conceitos e ideias em jogo.

Ao lidar com a questão de como funcionaria a decisão judicial a partir dessa perspectiva, Waluchow (2006, p. 223-224) estabelece que ela precisa estar em consonância com a moralidade constitucional daquela sociedade, isto é, com os valores morais abraçados pela comunidade enraizados no Direito Constitucional. Com isso, ele propõe uma distinção entre opinião moral e compromisso moral. Opinião moral é todo tipo de posicionamento sobre o mérito moral de uma questão. As opiniões morais variam fortemente de pessoa para pessoa, sobretudo em sociedades altamente plurais como as contemporâneas. Compromissos morais, por sua vez, são aqueles tão caros que dificilmente a comunidade estaria disposta a abrir mão.

Com isso, Waluchow acredita ter logrado fixar uma tese constitucional que é capaz de resistir às críticas de Waldron e também legitimar a jurisdição constitucional. Sem a fixidez que Waldron tanto atacara nas cartas de direitos, a constituição vista como árvore viva é capaz de se renovar, e assim acompanhar as oscilações de ideias e as mudanças de paradigma. Da mesma forma, não sendo competência exclusiva de uma única corte, o crescimento da árvore nunca se coloca à mercê deste ou daquele juiz. Antes, ele se encontra vinculado àquilo que a sociedade, naquele momento, acredita a respeito do assunto em questão, de modo que não perde o seu caráter democrático.

3 ÁRVORE VIVA E POSITIVISMO INCLUSIVO: UM PAR PERFEITO

Uma vez feitas essas caracterizações propedêuticas dos dois ramos do pensamento de Waluchow, finalmente podemos adentrar no assunto central para este artigo, a saber, a existência de uma conexão entre as duas teorias.

A princípio, pode parecer que as duas teorias são totalmente independentes entre si. Uma é de natureza descritivo-explicativa; a outra, de natureza normativo-justificativa. Uma pretende abordar um objeto (o direito) em geral; a outra, legitimar uma instituição em particular (controle de constitucionalidade). Uma tem como adversários diretos o interpretativismo e o positivismo exclusivo; a outra, os críticos das cartas de direitos e da atuação exacerbada do Judiciário. Por último, uma almeja dizer o que o direito é e, particularmente, como pode se dar a relação entre direito e moral, ao passo que a outra tem como preocupação a reflexão sobre um

modelo institucional que respeite a divisão de poderes e realize os ideais de um regime democrático.

Não obstante, há boas razões para acreditar que essa visão das duas teorias como separadas uma da outra é precipitada. O presente trabalho sustenta a existência de uma relação entre elas por meio de um argumento com a seguinte estrutura. Em primeiro lugar, colocar-se-á um pequeno questionamento que problematiza o positivismo inclusivo. A partir da reflexão sobre tal questionamento, faz-se uma tentativa de expor, muito sucintamente, como o debate de Waluchow na teoria do direito escorrega para seu debate na teoria constitucional. Por fim, propõe-se que ambas as teorias se completam, de modo que o problema proposto é melhor respondido quando se tem em vista as teses do positivismo inclusivo conjugada com o desdobramento que Waluchow dá às teses sobre aplicação de normas constitucionais da teoria da árvore viva.

No que se refere ao tipo de relação entre direito e moral Waluchow defende ser possível conceitualmente e verificável empiricamente em sistemas jurídicos contemporâneos a existência de critérios morais de validade. Nas palavras do autor, sua versão do positivismo inclusivo é tal que “a moralidade política (...) está inclusa entre os possíveis fundamentos para se estabelecer a existência e o conteúdo do direito positivo válido” (WALUCHOW, 1994, p. 3, tradução livre).

Supondo verdadeiro que um sistema jurídico possa acolher critérios morais de validade, a questão que aqui se coloca é: nos casos em que o direito toca em um tema moralmente controvertido por meio de um desses critérios morais, o que, na visão inclusivista de Waluchow, tal critério exigiria do intérprete?

Tomemos um exemplo, frequente no debate analítico sobre o positivismo inclusivo, para ilustrar a questão: a (não) admissibilidade da pena de morte perante a norma constitucional americana que proíbe penas cruéis (HIMMA, 2002, p. 25). Em uma situação hipotética em que uma lei reguladora de pena de morte estivesse em julgamento, a teoria positivista de Waluchow não parece clara o bastante para determinar o que essa proibição de penas cruéis implicaria para sua aplicação. Seria (1) um caso em que se poderia optar por uma opinião ou por outra de forma discricionária? Ou (2) uma exigência de que o juiz aplicasse as suas próprias convicções morais pessoais a respeito do tema, fazendo valer aquilo em que ele acredita?

Nesse contexto, é visível que qualquer uma das duas possibilidades (a de que o juiz pode optar livremente e a de que o juiz deve aplicar a sua convicção) em última instância não resultam em uma resposta sobre se a uma lei regulando a pena de morte seria válida ou inválida. Vejamos o porquê.

Na primeira possibilidade de entendimento, em que o caso em mãos é tratado como um em que há discricionariedade judicial, não se pode dizer propriamente que a norma está estabelecendo qual decisão precisa ser tomada. Tampouco podemos dizer que elas está pelo menos apontando o caminho a ser adotado para encontrar essa decisão. Ao julgarmos a noção de “crueldade” que nela se faz presente como se fosse apenas uma noção de caráter indeterminado, a única coisa que a norma nos diz é quem é a autoridade competente para definir o desfecho do caso: o juiz.

Ora, se no fundo não se consegue encontrar aqui qualquer tipo de diretriz de como se deve decidir, aquela norma não faz jus a ser chamada de um critério moral de fato. É apenas, enfatize-se, que nela há uma linguagem de natureza moral. Se no final das contas o mérito pode ser decidido tanto de uma forma quanto de outra (ou seja, se se pode considerar a pena de morte

tanto cruel quanto não cruel), então o critério que governa essa decisão não é um de natureza moral incorporado ao Direito, mas antes o critério da própria vontade do juiz.

Em (2) parece ser igualmente difícil de justificar que a norma de nosso exemplo seja um exemplo de incorporação de critério moral genuíno. É fácil compreender a razão disso. Se, desta vez, a norma pede que o juiz decida segundo o que ele, enquanto indivíduo, pensa sobre a pena de morte ser ou não ser cruel, então ela novamente não está determinando ou guiando a decisão a ser tomada. Em vez disso, parece mais apropriado dizer que ela transforma o caso em uma loteria. Caso seja distribuído a um juiz que considere a pena de morte cruel, a lei será reputada inconstitucional. Caso seja distribuído a um que não considere a pena de morte cruel, será reputada compatível com a Constituição.

Entendida por uma ou por outra maneira, a norma tão somente delega ao juiz a responsabilidade de deliberar sobre o que conta ou não como cruel. Ora, sendo assim, então aquela norma não seria de fato um critério moral, mas antes um dispositivo que apenas emprega terminologias morais, de modo que o positivismo inclusivo estaria altamente ameaçado.

O que é interessante a respeito dessa objeção é que ela, uma vez ligeiramente modificada e acrescida de mais algumas proposições, torna-se uma versão aproximada do argumento de Waldron contra cartas de direitos, na e contra a jurisdição constitucional. A mesma linha de raciocínio que Waluchow precisa enfrentar para sustentar suas teses sobre a natureza das constituições.

Com efeito, se onde o positivista inclusivo, à maneira de Waluchow, identifica um critério moral de validade do direito na verdade houver um mecanismo pelo qual os juízes são capazes de estabelecer como direito suas próprias visões de mundo, então, o que se teria seria um estado de coisas em que o exercício da jurisdição assumiria a forma de um mecanismo institucional pelo qual a opinião de um funcionário não eleito valeria como definitiva nesses desacordos morais, em detrimento da opinião dos membros do parlamento ou da população em geral.

Seria, em outras palavras, uma situação em que o aparato institucional confere ao juiz a palavra final. E, posto que as constituições são os documentos que mais concentram pontos moralmente controversos e não consensuais, essa seria uma boa razão pela qual elas não deveriam existir. Um raciocínio semelhante poderia levar à mesma conclusão sobre o controle de constitucionalidade.

Com efeito, a proposta positivista de Waluchow é bem sucedida em apresentar argumentos que demonstrem sua plausibilidade tanto em comparação com a teoria de Dworkin quanto em comparação com a de Raz. Diante desse cenário, parece não haver outra saída para que o positivismo inclusivo de Waluchow se sustente como teoria a não ser que seja complementado por uma proposta de metodologia sobre como se obtém o conteúdo dos critérios morais que ele alega existir no direito.

Disso se segue que o positivismo de Waluchow, embora apresente argumentos plausíveis tanto em contraposição a Dworkin quanto em contraposição a Raz, precisa ser acompanhado de uma abordagem que explicasse como é possível que a validade jurídica possa ser determinada moralmente sem que isso significasse uma tirania judicial juridicamente autorizada. Em outras palavras, o problema acima formulado cria a necessidade de uma construção teórica adicional (e não um mera reformulação do positivismo inclusivo) sobre qual o sentido dos conceitos de natureza moral existentes no Direito e o que eles determinam que o intérprete responsável faça no caso concreto.

Estamos diante, portanto, de uma zona de confluência entre o nível descritivo e o nível normativo. Se as duas possibilidades de interpretação mencionadas anteriormente forem as únicas possíveis, parece ser incorreto, descritivamente, a tese inclusivista de que é possível a incorporação de critérios morais de validade no Direito. De tal modo que o positivismo inclusivo só poderia resistir se fosse provado que há uma teoria normativa suficientemente plausível, de acordo com a qual a decisão judicial pudesse ser um exercício racional e uniforme, em vez de disperso e discricionário.

E aqui chegamos ao ponto culminante da argumentação que queríamos desenvolver. Dentre todas as teorias normativas da decisão que existem, a mais compatível com o positivismo inclusivo e a que o torna mais defensável às críticas aqui colocadas é justamente a teoria de Waluchow: a teoria da árvore viva.

Uma vez que é com base nos compromissos morais que a jurisdição constitucional encontra seus fundamentos, afasta-se a possibilidade de um decisionismo aberto, o que protege esse tipo de prática contra críticas como a de Waldron. E também é neste ponto que se pode encontrar a peça que faltava no quebra cabeças do positivismo inclusivo. Voltando ao exemplo da norma sobre penas cruéis, à luz das ideias desenvolvidas em "*The Living Tree*", o que ela exige do intérprete certamente não é nem a escolha indiferente por uma das possibilidades disponíveis, muito menos uma decisão tomada com base no seu entendimento pessoal, já que ambos os casos se tratam de opiniões morais. Antes, seria um procedimento de identificação de qual a resposta correta sob a perspectiva do que é moral ou imoral no contexto do caso concreto.

Nesse sentido a proposta constitucional de Waluchow logra afastar aquelas duas hipóteses (da livre escolha e da escolha pela convicção pessoal. Com isso, afasta-se também o problema colocado ao positivismo inclusivo, de modo que o critério moral pode ser um critério moral propriamente dito. A árvore viva tem traços inclusivistas, já que se sustenta sobre a afirmação da existência de conteúdos morais reconhecidamente como parte do Direito Constitucional.

A seu turno, o positivismo inclusivo de Waluchow encontra em sua teoria da árvore viva uma opção de teoria da adjudicação não somente compatível, como também uma defesa viável contra algumas das objeções que lhe poderiam opor. Isso porque a árvore viva toma como um de seus pressupostos mais basilares algo que para o positivismo inclusivo é a conclusão mais relevante: o fato de que é possível, apesar de não necessário, que critérios morais de validade sejam incorporados à regra de reconhecimento, para usar a terminologia hartiana emprestada por Waluchow.

Defender a árvore viva só é plausível, é verdade, quando já se admite que critérios morais de validade já existem no Direito, estando eles presentes nos conceitos a serem definidos (e constantemente redefinidos sempre que necessário, de forma gradual e racional) pela jurisdição constitucional na forma common law. Sendo assim, fica fácil perceber como a árvore viva estaria aberta a sérias críticas, do ponto de vista descritivo, a partir do positivismo exclusivo, por exemplo.

A árvore tem como um de seus pilares a ideia de que existe uma moralidade constitucional, ou seja, um arcabouço de valores morais incorporados ao Direito constitucional daquela dada comunidade. Diante disso, seria possível argumentar, com base em Raz, que essa suposta moralidade constitucional da comunidade não é nunca foi uma forma de moralidade que integra o Direito constitucional, pelo simples fato de que o conceito de Direito, por envolver a reivindicação de autoridade como um de seus esteios, por si só é incompatível com a possibilidade de incorporação de critérios morais. Com efeito,

O papel mediador da autoridade implica que o conteúdo de qualquer diretiva sua está restrita ao que se pode dizer que autoridade, que conferiu à diretiva o seu poder vinculante, estabeleceu ou aparenta estar estabelecendo. Não se estende ao que ela poderia ter estabelecido, se houvesse ocasião para tal, tampouco para tudo que está relacionado ao que foi estabelecido. Agora deverá estar claro por que a tese da incorporação precisa ser rejeitada se o Direito necessariamente reivindica autoridade (RAZ, 1994, p. 313, tradução livre).

Diante do que foi exposto, parece evidente que nenhuma das estratégias expostas por Waluchow em “*A Common Law Theory of Judicial Review*” seria o bastante para responder a uma crítica dessa natureza. Muito menos a sua argumentação sobre a Defesa Padrão (Standard Case) da elaboração de uma Constituição escrita. Isso porque a discussão de Waluchow acerca da teoria da árvore viva não se move no mesmo plano teórico que essa crítica a partir do positivismo exclusivo.

Mesmo que uma concepção como a de Raz, no campo da Teoria do Direito estritamente, pouco tenha a nos dizer sobre interpretação constitucional ou legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, essa possibilidade de crítica a Waluchow mostra, uma vez mais, como pode haver múltiplos pontos de contato entre a Teoria da Constituição e a Teoria do Direito. Waluchow só seria capaz de enfrentar esse desafio se decidisse retomar aquilo que já havia colocado contra Raz em “*Inclusive Legal Positivism*”, explorando as falhas do argumento da autoridade que havia explorado naquela obra, quando seu propósito era o de sustentar a plausibilidade de uma teoria hartiana do Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dados os argumentos expostos no artigo, a ideia de que os dois projetos teóricos de Waluchow, apesar de diferentes em seus objetivos e escopo de debate, estão relacionados entre si, parece promissora. O positivismo jurídico inclusivo, na versão de Waluchow, é incompleto no sentido de não explicitar de forma suficiente qual a forma juridicamente adequada de se compreender os critérios morais que ele defende serem conceitualmente passíveis de incorporação ao Direito. Nesse aspecto, a teoria da árvore viva complementa o positivismo jurídico inclusivo na medida em que é capaz de cobrir suas frestas provar que aplicação de critérios morais não necessariamente precisa ser reduzida a arbitrariedade judicial.

A seu turno, a árvore viva parece bem sucedida em termos de estabelecer argumentos capazes de rivalizar com os de Waldron e os outros Críticos, tornando plausível a aceitabilidade normativa de um sistema de jurisdição constitucional. Mas essa teoria abre a possibilidade de uma crítica no nível descritivo, posto que pressupõe, ao menos implicitamente, a possibilidade de incorporação de critérios morais ao Direito, critérios estes que participam da formação da chamada moralidade constitucional da comunidade. Para que a árvore viva se tornasse defensável contra essa possibilidade de crítica, ela precisaria recorrer a argumentos centrais para o positivismo jurídico, argumentos que fogem ao domínio normativo porque dizem respeito, isso sim, a possibilidade conceituais concernentes ao conceito de Direito.

O que está em jogo, portanto, é a ideia de que uma proposta no plano descritivo pode suscitar questões no plano normativo. Mas não quaisquer questões. Como vimos, no caso das teorias de Waluchow, essas questões normativas suscitadas são tão relevantes que sua teoria descritiva só pode ser manter sustentável caso seja capaz de solucioná-las. Assim como, do outro lado, uma teoria normativa (sobre interpretação constitucional) depende diretamente de pressupostos de natureza descritiva, pressupostos sobre aquilo que o Direito é. Uma vez que isso esteja claro, o fato de que uma teoria é capaz de suprir precisamente aquilo de que a outra

necessita é, paradoxalmente, uma feliz coincidência e uma realidade inevitável ao mesmo tempo.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HART, Herbert Lionel Aldouphus. **O Conceito de Direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, Herbert Lionel Aldouphus. Positivism and the Separation between Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1985. Disponível em: <http://users.umi.acs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>. Acesso em: 27/12/18.

HIMMA, Kenneth Einer. Inclusive legal positivism In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Org.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HIMMA, Kenneth Einer. Waluchow's Defense of Inclusive Positivism. **Legal Theory**. Cambridge, vol. 5, n. 1, p. 101-116, mar. 1999. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/waluchows-defense-of-inclusive-positivism/C957BEDDCC1FCE08CE02E38609C947A2>. Acesso em 10/01/19.

KAVANAGH, Aileen. The Idea of a Living Constitution. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Ontario, vol. 16, n. 1, p. 55-89, jan., 2003. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/idea-of-a-living-constitution/3A30C1543A34DD66F5BE9FD967E5EBBF>. Acesso em 05/01/19.

LEITER, Brian. American Legal Realism. In: EDMUNSON, W; GOLDING, M (Org). **The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2003.

MARSHALL, Tabitha. **Persons Case**. Encyclopedia Britannica, 2018. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Persons-Case>. Acesso em 03/01/19.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**. Oxford: vol. 68, n.3, p. 295-324 jul. 1985. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27902922>. Acesso em: 25/02/19.

UNGER, Ricardo Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**: another time, a greater task. Londres: Verso, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript**: Essays on The Postscript to 'The Concept of Law'. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WALUCHOW, Wilfrid J. **A Common Law Theory of Judicial Review**: the living tree. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WALUCHOW, Wilfrid J. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. Ontario, v. 18, n. 2, p. 207-247, jul. 2005. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/constitutions-as-living-trees-an-idiot-defends/2153E73C5CA1B6BCB1645B06AD2C179D>. Acesso em 27/12/18.

WALUCHOW, Wilfrid J. Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice. **Law and Philosophy**. Nova York, vol. 4, n. 1, p. 41-70, abr. 1985. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF00208261>. Acesso em 14/12/18.