

## O RECONHECIMENTO AOS CHIMPANZÉS DO DIREITO DE UTILIZAR OS WRITS DO HABEAS CORPUS E DO DE HOMINE REPLEGIANDO\*

("The recognition to the chimpanzees of the right to use the *writs of habeas corpus and homine replegiando*")

Steven M. Wise\*\*

"Acreditamos que mesmo com a morte de Suíça (a chimpanzé) o tema continuará sendo discutido, especialmente nas salas das faculdades de direito, visto que muitos colegas, procuradores, estudantes e entidades manifestaram suas opiniões, buscando fazê-las prevalecer. O assunto não morrerá com esse writ, certamente continuará por permanecer controverso".<sup>1</sup>

---

\* Tradução de Edvaldo Pereira e Eledison Sampaio, graduandos em Direito da Universidade Federal da Bahia.

\*\* Presidente do Centro de Expansão de Direitos Fundamentais em Coral Springs, Florida, atualmente professor adjunto da disciplina "Direito Animal", nas faculdades de Direito de Vermont e Thomas. Eu agradeço a Christopher Green por assumir o pesado fardo de avaliar cada linha das muitas desse artigo. Suas sugestões contribuíram decisivamente para uma melhora da versão final. Eu agradeço ao professor Laurence H. Tribe por suas profundas críticas. Eu agradeço à estudante de direito Kristin Lupoli por sua diligente pesquisa e a Ann Jones, por passar meses pesquisando antebellum leis escravocratas sulistas. Eu agradeço também ao professor Daniel Coquillette, ao professor David Favre, a Bonita Meyersfield, a Katrina Sharman, ao professor Joseph Vining, e a David Wolfson por suas revisões das primeiras versões, e ao Animal Welfare Trust, a Brad Goldberg, e a Jana Kohl pelo seu apoio durante os vinte meses necessários à realização da pesquisa e à redação desse artigo.

RESUMO: Os chimpanzés, e demais animais não-humanos, apesar de ainda serem considerados por muitos como meras coisas jurídicas, vêm sendo cada vez mais considerados pelo *common law* como sujeitos de direitos básicos, vez que a moralidade social e as políticas sociais mudam, e a experiência humana avança. Até um passado relativamente recente, um escravo africano era considerado uma coisa sem direitos; no dia anterior, um vassalo inglês; hoje, essa coisa pode ser um feto humano, amanhã, um chimpanzé. É inegável que os humanos escravizam os chimpanzés e os privam de sua liberdade, e de terem reconhecido o uso dos *writs* do *habeas corpus* e do de *homine replegiando*. A flexibilidade é uma característica típica da estrutura do *common law* e os chimpanzés, como indivíduos, estão juridicamente autorizados a usar o *habeas corpus* para levar aos tribunais seu pedido de reconhecimento de liberdade de ir e vir.

PALAVRAS-CHAVE: *common law*, sujeitos de direitos básicos, *habeas corpus*.

ABSTRACT: Chimpanzees and other nonhuman animals, although still regarded by many as mere object, are increasingly seen by the *common law* as subjects of basic rights, because social morality and social policy change, and experience human advances. Until a relatively recent past, an African slave was considered a thing without rights, the day before, an English vassal; today, this thing can be a human fetus, tomorrow, perhaps, a chimpanzee. It is undeniable that humans slave chimpanzees and deprive them of their liberty, and don't recognize the use of the writs of *habeas corpus* and the *homine replegiando* in benefit of animals. Flexibility is a feature of the structure of common law and chimpanzees as individuals are legally allowed to use the *habeas corpus* to bring to justice its application for recognition of freedom of movement.

KEYWORDS: *common law*, subjects of basic rights, *habeas corpus*.

SUMÁRIO: Introdução; 1.Chimpanzés; 1.1. Chimpanzés são escravizados e privados de sua liberdade de ir e vir; 1.2. Chimpanzés são seres complexos que estão fortemente relacionados e lembram os humanos; 2. Por que a estrutura do *common law* confere aos chimpanzés o direito de ajuizar ações para contestar seu *Status Jurídico* de coisa; 2.1. Flexibilidade é inerente à estrutura do *common law*; 2.2. Personalidade jurídica é central para o *common law*; 2.3 A coisificação legal dos chimpanzés deve ser sempre sujeito de reavaliação do *common law*; 3. Escravidão e condição de servo na legislação anglo-

americana; 4. O mandado de *homine replegiando* no *common law*; 4.1. O desenvolvimento do mandado de *homine replegiando* no *common law* da Inglaterra; 4.2. A decisão de *homine replegiando* e a escravidão humana na América (EUA); 4.3. Um chimpanzé é recolhido para utilizar o precedente do *common law* de *homine replegiando* a fim de confrontar sua condição de coisa; 5. O mecanismo do *habeas corpus* no *common law*; 5.1. O desenvolvimento do Habeas Corpus na Inglaterra; 5.2. SOMERSET V. STEWART – O uso paradigmático do *writ de Habeas Corpus* em nome de um escravo negro; 5.3. O *Writ* do *habeas corpus* e a escravidão dos negros na América (EUA); 5.4. Um chimpanzé pode usar o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* para questionar seu condição legal de coisa; Conclusão

## Introdução

Chimpanzés, como qualquer outro animal não-humano, são hodiernamente considerados como “coisas” jurídicas.<sup>2</sup> Classificados como objeto de propriedade, a eles são negados todos os direitos legais. Tal quadro permite aos humanos escravizá-los. Entretanto, a assertiva de que aos chimpanzés, e talvez outros animais não-humanos cognitivamente complexos, devem ser reconhecidos os direitos legais básicos têm deflagrado vastamente discussões acadêmicas por parte de membros de faculdades de direito altamente respeitadas.<sup>3</sup>

Algumas “coisas” jurídicas necessitam do reconhecimento de personalidade jurídica no sistema do *common law* por uma razão importante: as coisas são invisíveis para o *civil law* e não possuem qualquer tipo de direito, incluindo a capacidade de ser parte e a capacidade processual. Aqueles que podem sofrer por sua invisibilidade o fazem. Mas a moralidade social muda, as políticas sociais evoluem, e a experiência humana avança. Ontem, um escravo africano era consensualmente considerado uma coisa sem direitos; no dia anterior, um vassalo inglês; hoje, essa coisa pode ser um feto humano, amanhã, talvez, um chimpanzé.

Empregando princípios jurídicos comumente aceitos, oferecemos argumentos extensivamente durante anos, sobre o porquê de no mínimo alguns chimpanzés e membros de certas outras espécies, devem ter reconhecidos os direitos materiais fundamentais de integridade física e liberdade de ir e vir.<sup>4</sup> O reconhecimento desses direitos materiais do *common law* qualificaria seus titulares como pessoas jurídicas, e não como meras “coisas”. Reiteramos esses argumentos neste artigo, embora resumissem, sucintamente, algumas das descobertas científicas que sustentam os respectivos argumentos materiais. Esse artigo tem seu foco nas questões procedimentais.

Pode ser que as cortes acabem por rejeitar os argumentos substantivos que um bem jurídico oferece em suporte de sua postulação por personalidade. A separação entre coisa e pessoa não é facilmente superável a qualquer postulação inicial por parte de um bem jurídico, será como observou o professor Christopher Stone, “fadado a soar esdrúxulo ou assustador ou risível (...) porque até que a coisa sem direito receba seus direitos, nós não conseguiremos vê-la como nada diferente de uma coisa submetida ao uso ‘nosso’ - aqueles que titularizam direitos até o momento”.<sup>5</sup> Mas, tendo êxito ou não as postulações substantivas, o bem jurídico precisa de uma causa de pedir procedimental para afirmar em primeira instância a sua postulação de que não deve mais ser considerada uma coisa, mas sim uma pessoa, seja por uma razão de fato - porque preenche as definições existentes de personalidade - seja por uma razão de direito - porque a definição de personalidade jurídica deve ser modificada para englobá-lo.

Neste artigo, defendemos que os humanos escravizam os chimpanzés e, conseqüentemente, os privam de sua liberdade de ir e vir, bem como que aos chimpanzés deve ser reconhecido o uso dos *writs* do *common law* do *habeas corpus* e do de *homine replegiando*, de forma a levar aos tribunais suas postulações a respeito da liberdade de ir e vir. Na Parte I, demonstraremos que os chimpanzés são geneticamente semelhantes, em alto grau,

aos humanos e deveras complexos cognitiva e socialmente.<sup>6</sup> Na Parte II, argumentaremos que a flexibilidade é uma característica típica da estrutura básica do *common law* e que a personalidade jurídica é uma dos valores básicos do *common law*. E que a estrutura do *common law* exige que se reconheça uma causa de pedir idônea, a permitir que se vá em busca de tais direitos judicialmente, e que a postulação dos chimpanzés em terem reconhecida sua personalidade jurídica deve sempre estar sujeita à reavaliação do *common Law*.<sup>7</sup> Na Parte III, demonstraremos que os vassalos da Inglaterra, pós-conquista, usavam *writs* que os permitiam, sob certas circunstâncias, serem declarados livres.<sup>8</sup> Na Parte IV, traçaremos a história do *writ* do *common law de homine replegiando* na Inglaterra e na América (EUA) e defenderemos que os chimpanzés, como indivíduos, estão juridicamente autorizados a usar tal *writ* para levar aos tribunais seu pedido de reconhecimento de liberdade de ir e vir.<sup>9</sup> Na Parte V, delinearemos a história do *writ* do *habeas corpus* no *common law* inglês e norte-americano e defenderemos que os chimpanzés, como indivíduos, estão autorizados juridicamente a utilizar tal *writ* para levar aos tribunais sua postulação pela liberdade de ir e vir.<sup>10</sup>

## 1. Chimpanzés

### 1.1. Chimpanzés são escravizados e privados de sua liberdade de ir e vir

Chimpanzés e outros grandes primatas estão sendo levados à extinção.<sup>11</sup> Até 2001, o número de chimpanzés livres tinha caído, por estimativa, para menos de 150.000, e por volta de setembro de 2005, de acordo com outra estimativa, para 100.000.<sup>12</sup> Em 2003, o Projeto Grande Primata (“The Great Ape Project”) tentou realizar o primeiro censo realmente abrangente de grandes primatas escravizados nos Estados Unidos.<sup>13</sup> Reconhecidamente incompleto, o censo, ainda assim, conseguiu identificar mais de

3.100 grandes primatas em cativeiro. Aproximadamente dois terços eram chimpanzés, e quase 1.300 estavam escravizados para fins de pesquisas biomédicas.<sup>14</sup> O resto estava escravizado para entretenimento público em zoológicos de beira de estrada, parques zoológicos, santuários de diversas espécies e propósitos, e para divertimento privado em coleções de animais raros dispostas em jardins.

Pelo fato de chimpanzés e humanos apresentarem o mesmo impulso pela liberdade de ir e vir, que origina a mais profundo, mais ancestral, parte reptiliana de nossos cérebros triádicos, ambos podem ser escravizados.<sup>15</sup> Justiniano, em suas Institutas e em seu Digesto, presumiu que a maior parte dos animais selvagens viviam em um “estado natural de liberdade”<sup>16</sup>. O historiador do direito do século dezessete John Selden ressaltou que o Digesto apresenta uma definição de liberdade como:

[...] a facultas natural [ou poder] de fazer o que se quer, (...) a qual pode ser pensada igualmente a respeito de animais e homens se não houver lei relevante que, em qualquer sentido, restrinja o desejo de um homem ou o instinto de um animal [o qual pode ser considerado de natureza semelhante à de um desejo].<sup>18</sup>

Blackstone considerou que a liberdade pessoal a cuja proteção se prestaria o *writ* do *habeas corpus* seria “o poder de locomoção, de modificar situações, ou mover-se (...) pra qualquer lugar que o desejo de alguém pudesse vir a se direcionar; sem aprisionamento ou restrições, a não ser com base em devido processo legal”.<sup>19</sup> Rollin C. Hurd iniciou seu clássico tratado de 1858 sobre a liberdade pessoal e o *habeas corpus* declarando ser a liberdade pessoal:

[...] o poder de locomoção irrestrita. Tal direito tem origem nas leis fundamentais de nosso ser. Os desejos recorrentes do corpo, o qual requer trabalho continuado para sua provisão, e a necessidade de exercício para ação saudável de todos os processos vitais, tornam a locomoção indispensável à existência animal. O homem tem esses desejos em comum com animais inferiores (...) o direito de liberdade pessoal é inerente ao homem como ser senciente independente (...).<sup>20</sup>

Aquele privado da liberdade de ir e vir e forçado a servir a outrem é um escravo. Para o *antebellum* apologista da escravidão dos negros Thomas R. Cobb:

[...] o escravo, embora tenha o poder de locomoção, move-se não de acordo com sua própria inclinação, mas sim de acordo com os desejos de seu mestre, o qual pode aprisioná-lo ao cerceá-lo (...) então é totalmente oposta a posição do escravo em relação à do homem livre no tocante a esse direito, de forma que não poderíamos definir melhor sua condição senão dizendo que ele é o inverso do homem livre.<sup>21</sup>

O professor Laurence Tribe afirmou que Jerom, um chimpanzé adolescente que morreu uma década após cientistas do Centro Regional de Pesquisas com Primatas de Yerkes (“Yerkes Regional Primate Research Center”) injetarem HIV nele, estava “claramente (...) escravizado”.<sup>22</sup> Membros do Comitê Nacional Norte-americano de Pesquisas com Chimpanzés (“United States National Chimpanzee Resource Committee”), em respeito ao próprio nome da instituição, referem-se aos chimpanzés como um “recurso natural”, um “recurso global”, um “recurso de pesquisas com chimpanzés”, “recursos de chimpanzés”, e até como um “renovável e robusto recurso nacional”, afirmações que demonstram claramente que eles vêem os chimpanzés como escravos.<sup>23</sup> A punição costumeiramente imposta aos humanos condenados por sérias ofensas criminais é a privação da liberdade de ir e vir. O aprisionamento dos criminosos lembra tão intensamente a escravidão que a décima terceira emenda da Constituição Norte-americana excepcionou-a expressamente: “nem a escravidão nem a servidão involuntária, à exceção da punição por crime em qualquer lugar que a parte tenha sido devidamente condenada, existirá dentro dos Estados Unidos (...)” (“Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States”).<sup>24</sup>

## 1.2. Chimpanzés são seres complexos que estão fortemente relacionados e lembram os humanos

Durante a segunda metade do século XX nós aprendemos bastante sobre os chimpanzés. Como bem apontou o professor Andrew Whiten, nós progredimos da posição de completa ignorância sobre chimpanzés selvagens em que nos encontrávamos há poucas décadas em direção a uma detalhada gama de conhecimentos adquiridos mediante centenas de pesquisas de campo e laboratoriais.<sup>25</sup> O que nós aprendemos foi que os chimpanzés lembram os humanos de formas altamente significativas. Sem dúvida, a razão pela qual 1.300 chimpanzés estão escravizados para fins de pesquisas biomédicas nos Estados Unidos deve-se em grande parte a sua similaridade genética com os humanos.<sup>26</sup> Consequentemente, o Comitê de Proteção aos Chimpanzés a Longo Prazo (“Committee on Long-Term Care of Chimpanzees”), uma parte do Conselho de Pesquisas Naturais (“Natural Research Council”), concluiu em 1997 que estes dois fatores: usos científicos e parentesco genético próximo, não podem ser dissociados; não se pode fundar-se em um deles e ignorar o outro.<sup>27</sup>

Há apenas seis milhões de anos atrás, chimpanzés e humanos tinham um ancestral em comum. A seqüência do genoma dos chimpanzés aferida em 2005 revelou que os humanos e os chimpanzés têm mais de 98% de nosso DNA e quase todos os nossos genes.<sup>28</sup> “No final das contas, os genes dos chimpanzés e dos humanos são extremamente similares”.<sup>29</sup> A divergência causada por substituições de nucleotídeos entre os genomas do homem e do chimpanzé de apenas 1.06 por cento, enquanto as diferenças de genoma devidas a inserções e deleções de material genético, chamadas de “indels”, de aproximadamente 2.7 por cento.<sup>30</sup> Até esta pequena variação pode não ser tão significativa como pode aparentar à primeira vista. Atualmente é praticamente impossível determinar se uma seqüência de DNA humano ausente



nos chimpanzés foi adicionada durante o curso da evolução humana ou perdida pelos chimpanzés durante sua evolução.<sup>31</sup> De tudo um pouco, “dado o pequeno período desde a cisão entre homens e chimpanzés, é provável que algumas pequenas mutações de grande efeito tenham sido responsáveis por parte das diferenças - fenotípicas - atuais que separam os humanos dos chimpanzés e dos demais grandes primatas.<sup>32</sup>

Tão poucas diferenças separam chimpanzés e outros primatas dos seres humanos que um grupo de trabalho de vinte e dois cientistas e filósofos, formado para discutir os problemas éticos que possam advir do transplante de células-tronco de humanos para não-humanos, escreveu em 2005 que:

[ ] muitos dos critérios mais plausíveis e amplamente aceitos para determinar o status moral envolvem capacidades mentais, tais como capacidade de sentir prazer e dor, linguagem, racionalidade e grau de parentesco. Na medida em que um [primata não-humano] atinge essas capacidades, tal criatura deve ser alçada ao correspondentemente alto estatuto moral.<sup>33</sup>

Chimpanzés possuem esses atributos. Eles demonstram possuir mentes complexas, autoconsciência e autoconhecimento, exibem alguns ou todos os elementos de uma teoria da mente (eles sabem o que outros chimpanzés veem ou sabem o que outros chimpanzés sabem), compreendem símbolos, constroem sociedades complexas, transmitem cultura, utilizam como sistema de comunicação uma linguagem humana ou uma linguagem sofisticada e envolvem-se em complicadas operações mentais, tais como decepção, dissimulação, imitação e resolução perspicaz de problemas difíceis.<sup>34</sup> Seres humanos (atualmente, da espécie *Homo sapiens*) e chimpanzés (atualmente, das espécies *Pan troglodytes* e *Pan paniscus*) são tão próximos, genética e evolutivamente, que proeminentes cientistas argumentam que os homens e os chimpanzés comuns devem ser incluídos na mesma raça, *Hominina*, e no mesmo gênero, *Homo*, para formar *Homo sapiens*, *Homo troglodytes* e *Homo paniscus*.<sup>35</sup>

## 2. Por que a estrutura do common law confere aos chimpanzés o direito de ajuizar ações para contestar seu *status* jurídico de coisa

### 2.1 Flexibilidade é inerente à estrutura do *common law*

Como todos os animais não-humanos, chimpanzés atualmente são considerados coisas, não pessoas. Para demonstrar que o *common law* permite-lhes ajuizar demandas para contestar seu *status* legal, devemos primeiramente demonstrar que o sistema do *common law* é suficientemente flexível para admitir esse tipo de reivindicação. Eu sustento, aqui, que tal flexibilidade é inerente à própria estrutura do *common law*.

Que significa a “estrutura” do *common law*? “Estrutura”, numa interpretação constitucional, refere-se à maneira pela qual uma constituição é organizada, o que ela pressupõe e dá a entender, o que seu texto sugere sem afirmar, qual a lógica de seu esquema e substância e que ações ajudam a tornar todo o tema coerente e operacional.<sup>36</sup> O Professor Laurence Tribe aponta para uma das divergências entre o *Justice William Rehnquist* e a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos, como uma clássica exposição do argumento constitucional da estrutura.<sup>37</sup> Uma constituição, escreveu Rehnquist, é “construída sobre certos postulados e hipóteses [traçados] na experiência compartilhada e no entendimento comum”<sup>38</sup>. A Justiça explicou que a Suprema Corte, frequentemente, baseava-se:

[...] em noções de um plano constitucional – a ordenação implícita das relações dentro do sistema federal, necessárias para tornar a Constituição uma carta governamental exequível (...) Os postulados tácitos produzidos por aquela ordenação estão tão enraizados na elaboração do documento quanto suas disposições expressas, porque, sem eles, nega-se à Constituição força e, muitas vezes, significado... [cuja] derrogação minaria a lógica do esquema constitucional.<sup>39</sup>

O *common law* não é um texto escrito, como é a Constituição dos Estados Unidos.<sup>40</sup> O mais respeitado juiz americano do *common law* do século XIX foi Lemuel Shawn. O *common law*, escreveu Shawn, “consiste em alguns princípios gerais e abrangentes, fundados na razão, justiça natural e política pública esclarecida, modificados e adaptados às circunstâncias de todos os casos particulares que se inserem nele”.<sup>41</sup> Assim como a Constituição dos Estados Unidos, o *common law* tem uma estrutura que se origina de seus pressupostos, o que seu funcionamento indica, o que a lógica de seu sistema e substância representa, e quais ações ajudam a tornar todo o sistema coerente e operacional.

O *common law*, entretanto, não é dedutivo. O juiz Richard Posner escreveu que “[um] conjunto de casos pode compor um padrão. Mas, quando advogados ou juízes divergem sobre qual padrão se compõe, sua desavença não pode ser resolvida nem por um apelo a um sentido intuitivo do padrão, nem pelos métodos de indução científica”.<sup>42</sup> Pela personalidade ou filosofia, os juízes tendem a enfatizar uma visão legal sobre os outros, de forma geral, ou em determinadas searas jurídicas. Essas visões são frequentemente incomensuráveis e uma visão geralmente não pode ser objetivamente provada como superior.<sup>43</sup>

Juízes detentores de uma “visão formal” maturam suas decisões no passado. Juízes formalistas acreditam que devem decidir do mesmo modo que outros magistrados, porque outros juízes decidiram daquela maneira. Eles acreditam que não deva haver “jurisprudência da dúvida”.<sup>44</sup> O mais formalista desses juízes – que chamamos de juízes de precedentes (ou de normas) – preferem veementemente a segurança jurídica à correção legal. Eles compreendem o direito como sendo um sistema de estreitas, embora consistentes normas, que eles podem aplicar de maneira mais ou menos mecânica. E que eles valorizam ou acreditam que o sistema legal deveria prezar pela estabilidade, certeza e previsibilidade.

Por exemplo, em 1995, os juízes formalistas da Suprema Corte de Justiça de Massachusetts ponderaram se aquela Corte

deveria continuar fiel à antiga regra segundo a qual um que-relante cujo carro não tenha sido devidamente registrado não teria o direito de abrir uma queixa por danos causados por um motorista negligente. Os juízes reconheceram que:

[...] A doutrina tem chamado-a de “cínica.” (...) essa norma tem sido amplamente criticada. Na proposição original, ela muito dificilmente poderia nos ser de alguma utilidade hoje. A regra, no entanto, tem perdurado por mais de quarenta e seis anos sem ser cassada pelo legislativo. Alguns de nós preferiríamos anular a (...) questão, mas a maioria da Corte considerou que a invalidação dessa norma deveria ser da competência do Legislativo e não do Judiciário.<sup>45</sup>

Lorde Halsbury da Inglaterra, no século XIX, e Lorde Farwell, no século XII, foram tão longe quanto um juiz formalista poderia ir. Halsbury denunciou “a inconveniência – a desastrosa inconveniência – de cada decisão judicial poder ser questionada novamente e de os comportamentos da humanidade *ser tidos como duvidosos em razão de decisões diferentes*”.<sup>46</sup> Farwell mais tarde anunciou que era “impossível para [os Juízes da Corte] criarem qualquer doutrina nova no *common law*”, uma regra que vigora desde 1966.<sup>47</sup> Pela extremada importância dada à segurança e à estabilidade como valores supremos, Farwell e Halsbury mal poderiam ser considerados juízes do *common law*. Eles seriam mais assemelhados a juízes europeus continentais do sistema de *civil law*, para quem esses são os valores jurídicos mais importantes.<sup>48</sup>

Uma segunda categoria de juízes togados é o “Juiz de Precedentes (Princípios)”. Esses juízes também olham para o passado, mas eles honram precedentes que estejam amplamente fundamentados em princípios legais, não normas restritivas. Eles não acreditam que juízes deveriam se limitar aos procedimentos específicos através dos quais seus antecessores formularam regras inflexíveis a partir de tais princípios. Quando a justiça exige mudança, esses juízes manuseiam princípios estabelecidos para *reconstruir a lei, algumas vezes profundamente*, e utilizando procedimentos que poderiam ter estarecido os juízes mais antigos.

Por exemplo, em 1916, a Corte de Apelação de Nova Iorque subverteu a duradoura regra segundo a qual o fabricante de um produto defeituoso era responsável apenas em relação a seu comprador imediato, a não ser que o produto fosse inerentemente perigoso.<sup>49</sup> O Presidente da Corte, Benjamin Cardozo, defendeu que o proprietário de um veículo Buick novo, acidentado em decorrência do colapso de uma roda poderia processar a companhia Buick Motors mesmo que a Buick tenha comprado a roda defeituosa de outro fabricante.

Precedentes formulados nos dias das viagens de carruagem não se adequam às condições de viagem hoje. O princípio (...) não muda, mas as coisas sujeitas ao princípio, essas sim, mudam. Tais princípios serão aquilo que as necessidades da vida em uma civilização em desenvolvimento exijam que eles sejam.<sup>50</sup>

Isso reflete o que o professor Melvin Aron Eisenberg chama de uma “transformação” do *common law*, quando os juízes, utilizando-se de “aproximações minimalistas ou de resultado centrados (...) reconstroem radicalmente os precedentes e subvertem a regra dos precedentes então estabelecida (...)”.<sup>51</sup> Eles seguem o precedente, mas com um alto nível de abstração.

Por outro lado, os “juízes substantivos” rejeitam o passado como uma algema. Eles concordam com o Justice Oliver Wendell Holmes Jr. (da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos) que diz que “é revoltante não haver razão melhor para se regular uma lei do que o fato desta ter sido baixada nos tempos de Henrique IV”.<sup>52</sup> Eles acreditam que o *common law* deveria estar em fluxo permanente e que suas regras deveriam mudar. Um dos mais puristas juízes substantivos foi Lord Denning, da Inglaterra.<sup>53</sup> Por ocasião de sua morte, um juiz substantivo disse, admirado, que Denning havia “guiado o direito no caminho da efetivação da justiça ao invés de direcioná-lo no sentido do que diz a lei”, enquanto um juiz formal, Lorde Chancellor, resmungou, “o problema com Tom Denning (...) é que ele está sempre refazendo o direito, e nós nunca sabemos onde estamos”.<sup>54</sup>

As concepções jurídicas dos juízes substantivos estão carregadas de considerações morais, econômicas e políticas. Eles acreditam que o direito deveria expressar um senso de justiça presente na comunidade, e não o de outra era, e que as cortes deveriam manter o direito identificado com os valores da sociedade, prevalecendo as concepções de justiça e moralidade, assim como as novas descobertas científicas. Juízes substantivos pretendem indagar por que juízes certa vez decidiram um caso de determinada maneira e se essas razões ainda fazem sentido. Eles não buscam simplesmente a resolução dos problemas, mas querem que essas questões sejam decididas corretamente, e eles mudarão a lei, às vezes, de novo e de novo, até acertarem. A subversão que eles promovem de uma regra jurídica, quando essa mudança inspira-se no clamor social, é simplesmente um outro método de julgar casos no *common Law*.<sup>55</sup> Eles compreendem essas novas regras não como sendo um “novo direito, mas, uma aplicação do que ele é, e conseqüentemente tem sido a verdadeira lei”.<sup>56</sup> É por isso que as decisões judiciais do *common law* são “presumivelmente retrospectivas”.<sup>57</sup> As mudanças do Tribunal não “pretendem criar uma nova lei, mas justificar as velhas da deturpação (...) Declarou-se não que tal sentença era *lei* ruim, mas que *não era lei*”.<sup>58</sup>

O professor Leonard Levy revela ser o Chefe de Justiça Shaw o paradigma de um juiz substantivo:

[seu] uso esporádico de citações – muitas vezes absolutamente ausentes – era habitual. Embora ele tenha sido devidamente respeitador do valor das antigas fórmulas, ele foi mais freqüentemente obrigado a repará-los. Por conseguinte, suas opiniões dão a impressão de um arrogante desprezo pelo precedente. Mas foi sua concepção do direito como uma ciência em crescimento que o fez impaciente com a mera autoridade para seu próprio bem. Ele não podia contentar-se com o precedente, muito embora ele pudesse recrutá-lo a seu serviço quando quisesse. Seu espírito inventivo não permitiria que ele fosse o prisioneiro do parecer de alguém. Portanto, ele sempre procurou maneiras de adaptar o antigo ao novo, conciliar as doutrinas em conflito, e assim restaura a lei a fim de torná-la prática e plástica.<sup>59</sup>

Juízes substantivos que tentam alcançar metas sociais importantes como o crescimento econômico, a unidade nacional, ou a saúde ou bem-estar de uma comunidade são conhecidos como “juízes políticos”. Eles valorizam o que é bom. Por outro lado, “juízes de princípio” valorizam o que é certo. Eles podem tomar emprestados os princípios da religião, ética, economia, política, ou em quase qualquer lugar, e estes princípios podem ir da democracia representativa para a maximização da riqueza, para a liberdade e para a igualdade. Independentemente de serem ou não motivados principalmente pela política ou pelo princípio, é claro aos juízes substantivos do *common law* que a flexibilidade e a incerteza são ambas inerentes e centrais ao *common Law*.<sup>60</sup>

Professor Eisenberg alegou que “o que é o *common law* não pode ser determinado sem a consideração do que o *common law* deve ser”.<sup>61</sup> Isso porque existe uma “conexão necessária entre o conteúdo do *common law* e [certas] normas morais, políticas e posições experimentais (...)”.<sup>62</sup> Em outras palavras, o *common law*:

[...] deve ser, e é em grande parte, enraizado na moralidade social, política social e na experiência humana. Portanto, a melhor norma jurídica para reger qualquer questão é a regra que melhor reflete estes três elementos, com balanceamento e ajuste adequados, quando eles não apontam exatamente na mesma direção. Embora nem todas as regras de *common law* devam ser a melhor regra a qualquer momento, ao longo do tempo as normas jurídicas tendem a se tornar o melhor.<sup>63</sup>

Isto remete a Lord Mansfield, que, como procurador-geral, argumentou que “o *common law* (...) trabalha puramente através de regras retiradas da fonte da justiça”.<sup>64</sup> Esta visão é realizada por juízes do *common law* que não se consideram limitados pelas regras legais existentes, um grupo que provavelmente inclui a maioria dos juízes estaduais de apelação americanos.<sup>65</sup> Estes juízes acreditam que a estrutura do *common law* exige que tragam qualquer regra jurídica que condensa a moralidade social da política pública, ou a experiência humana em harmonia com o entendimento moderno.

## 2.2 Personalidade jurídica é central para o *common law*

A razão pela qual a personalidade é central para o *common law* é que determina quem ou o que conta, e se o valor de uma entidade é inerente, ou meramente instrumental. “Coisas” existem para pessoas, enquanto “pessoas” existem para si mesmas.<sup>66</sup> Personalidade, entretanto, é um conceito multifacetado. Um século atrás, John Chipman Gray observou que “o significado técnico-jurídico de pessoa é um sujeito de direitos e deveres legais”.<sup>67</sup> Em 1997, a Suprema Corte de Louisiana, observando que o legislador estadual tinha caracterizado o feto que nasce morto “como se nunca tivesse existido como pessoa, exceto para fins de ações resultantes da sua morte ilegal”, corretamente afirmou que essa “classificação de ‘pessoa’ é feita exclusivamente para a finalidade de facilitar determinações sobre a conexão de direitos e deveres legais. ‘Pessoa’ é um termo de arte (...)”.<sup>68</sup>

Importante ressaltar que “pessoa” não é apenas um conceito biológico, isso é, independe da qualidade de ser humano.<sup>69</sup> Escravos humanos já foram coisas, um ídolo hindu já foi designado uma pessoa, enquanto fetos humanos,<sup>70</sup> empresas<sup>71</sup> e entidades governamentais podem ser pessoas protegidas pelo estado ou por disposições constitucionais federais, estatutos e *common law*.<sup>72</sup>

Por outro lado, “pessoa” é comumente entendida como sendo sinônimo de “humano”, o que pode se tornar crítico quando uma corte interpreta um estatuto. A Suprema Corte Judicial de Massachusetts invocou este sinônimo quando interpretou o estatuto do homicídio veicular daquele Estado, que proibia o funcionamento de um veículo a motor que poderia causar “a morte de outra pessoa”.<sup>73</sup> O Tribunal declarou que “na interpretação de um Estatuto, palavras devem estar de acordo com seu significado ordinário e seu uso aprovado”.<sup>74</sup> Portanto, “em conformidade com o uso aprovado, e dando aos seus termos sentido ordinário, a palavra ‘pessoa’ é sinônimo do termo ‘ser humano’”.<sup>75</sup>



Este caso de Massachusetts ilustra porque a palavra “pessoa” nos estatutos, os quais são ordinariamente construídos de acordo com definições comuns, podem facilmente ter um significado diferente do que o que possuem no *common law*, onde ele geralmente designa uma entidade como sujeito de direitos e deveres legais.<sup>76</sup> O longo e amargo conflito sobre a personalidade dos fetos humanos, escravos negros, e corporações não tem sido debatido sobre se essas entidades são consideradas humanas. Essa é uma questão da Biologia. Ao invés disso, se preocupam se essas entidades devem ter direitos legais e, por conseguinte, valor inerente para o *civil law* e, se assim o for, que direitos eles deveriam ter.<sup>77</sup>

Precisamente porque isso determina quem vive e quem morre, quem pode ser escravizado e quem não pode, quem conta e quem não, a personalidade legal é a questão individual mais importante que pode ser levada perante uma corte do *common law*. Qualquer juiz do *common law* que negasse a uma coisa legal o poder de argumentar que mudanças nas normas morais, política, e proposições experienciais requerem a reavaliação sobre o *status* de coisa legal dele ou dela contraditoriamente, injustamente, e fora da estrutura do *common law*. O juiz faria da mais importante regra do *common law* a única permanentemente inacessível a reexame judicial.

Essa não é a maneira que o *common law* opera nos Estados Unidos. Se assim fosse, fetos humanos não seriam pessoas no *common law* no que diz respeito aos danos sofridos no útero em cada estado americano.<sup>78</sup> Em 1884, Oliver Wendell Holmes Jr., ocupando a cadeira da Suprema Corte de Justiça de Massachusetts, privou fetos de personalidade no *common law* ao decidir que eles eram uma mera parte de suas mães.<sup>79</sup> Virtualmente, todas as altas cortes americanas seguiram sua decisão, mas a ciência do século vinte provaria que todos estavam errados e cada uma das cortes reverteram suas decisões posteriormente.<sup>80</sup> Quando chegou sua vez, a corte de apelações de Nova Iorque questionou: “deveríamos fazer com que o *common law* esteja em concordân-

cia com a Justiça? (...) Sendo a corte de última instância do estado de Nova Iorque, deveríamos ajustar a lei ao direito”.<sup>81</sup>

Apropriando-se de uma decisão de uma corte britânica, disse o Tribunal de Apelação: “quando os fantasmas do passado se colocam no caminho da justiça chacoalhando suas correntes medievais, o curso apropriado para um juiz é passar através deles sem se deter”.<sup>82</sup> Esses juízes acreditavam que eles tinham “não somente o direito, mas o dever de reexaminar uma questão em que a Justiça o exija” e para “fazer a lei concordar com os padrões atuais de sabedoria e justiça ao invés de com ‘alguma norma antiquada e esquecida do passado.’”.<sup>83</sup> Os juízes, eles diziam, agiam “na mais pura tradição do *common law*”, quando eles adaptavam e alteravam casos anteriores “para produzir justiça do senso-comum”.<sup>84</sup> Qualquer outro resultado seria “grossoeiro” e iria apenas “fazer referência a uma ficção antiquada e obsoleta”.<sup>85</sup>

### 2.3 A coisificação legal dos chimpanzés deve ser sempre sujeito de reavaliação do *common law*

Os chimpanzés têm uma plausível, não obstante, poderosa alegação de tratamento como pessoas jurídicas, cujo interesse fundamental em liberdade corporal deveria ser protegido pelos direitos legais básicos.<sup>86</sup> Mudanças aceleradas na moralidade e política sociais, juntamente com o aumento da experiência humana e, especialmente, da investigação científica, estão fortalecendo o argumento para a personalidade jurídica dos chimpanzés.<sup>87</sup> Uma pesquisa de opinião pública em 2001 revelou que a maioria dos americanos (oitenta e cinco por cento) acredita, e corretamente a propósito, que os chimpanzés tem “um complexo social, intelectual e vida emocional”.<sup>88</sup> A maioria (cinquenta e um por cento) acredita que os chimpanzés deveriam ser “tratados de forma semelhante às crianças, com um tutor para cuidar de seus interesses”, ao contrário de serem tratados como humanos adultos (nove por cento) ou propriedade (vinte e três por cento).<sup>89</sup>

Havia um comentário acompanhando a publicação de 2005 do genoma natural do chimpanzé, o qual pediu “responsabilidades éticas especiais para com os grandes macacos em cativeiro”, que sugeriu que “o estudo dos grandes símios deveria seguir princípios éticos semelhantes aos atualmente utilizados em seres humanos que não podem manifestar consentimento”.<sup>90</sup> Este comentário foi fortemente apoiado pelo *Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium*. Estes foram os cientistas que sequenciaram o genoma do chimpanzé. Eles claramente escolheram ignorar um comentário feito pelos membros do *United States National Chimpanzee Resource Committee* (“Comitê Nacional de Pesquisas dos Estados Unidos sobre Chimpanzés”) que perversamente interpretava a rescisão da pesquisa biomédica sobre chimpanzé em todo o mundo, muitas vezes por motivos éticos, como a principal razão para o aumento das pesquisas acerca de chimpanzés nos Estados Unidos.<sup>91</sup>

A política pública está mudando. As 1.985 emendas ao Ato de Bem-Estar Animal dos Estados Unidos requeridas pela Secretaria de Agricultura para promulgar requisitos mínimos a um “ambiente físico adequado para promover o bem-estar psicológico dos primatas”, reconheceram implicitamente que primatas não-humanos têm psicologias merecedoras de proteção.<sup>92</sup> O Congresso aprovou o *Chimpanzee Health Improvement, Maintenance, and Protection Act* (“Ato de Melhoria da Saúde, Manutenção e Proteção do Chimpanzé”), em 2000, o qual disponibilizou até trinta milhões de dólares por ano para apoiar um sistema de santuário nos Estados Unidos, no qual centenas de “chimpanzés excedentes” poderiam se aposentar.<sup>93</sup> O Congresso também promulgou legislação para apoiar a conservação dos chimpanzés selvagens.<sup>94</sup>

Procuramos de longe provar que existe uma flexibilidade inerente na estrutura do *common law* que permite a seus juízes reavaliem cada norma jurídica por completo. Também, tenhamos demonstrado como o conferido estatuto jurídico de “pessoa” é um pré-requisito obrigatório para que tenham seus inte-

resses considerados na civil law. Nossa posição é, portanto, a de que juízes de direito têm o dever de pelo menos considerar as reivindicações de uma “coisa” que deveria ser considerada uma “pessoa”.

Na próxima seção, examinaremos que as causas acionadas no *common law* deveriam ser mais apropriadas quando um chimpanzé pretende estabelecer seus direitos fundamentais no *common law* para atos de liberdade corporal. Escolhemos dois antigos, porém poderosos, mandados do *common law*: o mandado de *habeas corpus* e de *homine replegiando*. Cada um tem uma longa história de proteção aos interesses humanos de liberdade corporal. Eles têm protegido, mesmo os interesses dos seres humanos não livres que foram classificados como coisas legais, tais como os vilões ingleses e os escravos negros. Defendemos que estes dois mandados devem concomitantemente estar à disposição dos chimpanzés para contestar a sua “coisidade” jurídica como tentativa de justificar os seus interesses fundamentais nas normas do *common law* para adquirir liberdade corporal.<sup>95</sup>

### **3. Escravidão e condição de servo na legislação anglo-americana**

William Blackstone escreveu: “sob o governo saxão, havia uma espécie de pessoas em condição de absoluta servidão, utilizadas e empregadas nos trabalhos mais servis e pertencendo, tanto elas como seus filhos, ao senhor da propriedade, assim como o resto do gado ou do material sobre ela”.<sup>96</sup> Os escravos saxões, os vilões da pós-conquista, e os escravos negros, no período da Rainha Elizabeth I, eram tratados como bens móveis pessoais ou imóveis sob a lei inglesa e, mais tarde, lei americana.<sup>97</sup> Não existia situação jurídica entre os escravos e os homens livres: ou era livre ou era escravo.<sup>98</sup> “*Civiliter mortuus*” (“civilmente morto”), esses escravos eram “coisas” que não tinham qualquer direito de personalidade, incluindo o direito instituir

litígio.<sup>99</sup> Mas, eventualmente, procedimentos mais evoluídos permitiram que através deles os escravos pudessem requerer seu status jurídico perante a Corte.

Ninguém sabe ao certo onde a escravidão humana inglesa teve origem ou quando apareceu, mas nós sabemos que os cristãos ingleses foram escravizando uns aos outros desde os mais remotos períodos anglo-saxões. Os escravos podiam ser comprados, vendidos e exportados sem que esta prática fosse questionada.<sup>100</sup> Sob uma lei saxônica inspirada no Direito Romano, os escravizados, devido à guerra, convicção criminal, ou acidente de nascimento, eram considerados bens móveis: qualquer atitude errada deles era perpetrada legalmente contra os seus proprietários. Por volta do século X, a lei saxônica concedeu aos escravos humanos alguns privilégios legais, enquanto continuava a tratá-los normalmente como coisas. Sua coisificação legal se refletiu em um acordo entre saxões e celtas que estabelecia uma substituição de valores em caso de perda de animais não-humanos. Ambos, o escravo humano e a égua, foram avaliados na quantia de vinte centavos de libra.

Já em 1086, Domesday Book constatou que, entre dez e vinte e cinco por cento dos anglo-saxões foram escravos. O colonizador Normando não tinha tradição de considerar os escravos como bens móveis e acreditava que os homens livres poderiam desenvolver de forma mais eficiente as terras recém-conquistadas e aumentar a renda dos proprietários normandos. Assim, puseram-se a libertar os escravos ingleses. No início do século XII, restava apenas um punhado de escravos, de propriedade da Igreja Católica. Em 1102, o *Council of Westminster* (“Conselho da Catedral Ocidental”) formalmente proibiu o comércio de escravos humanos, declarando: “[ninguém] de agora em diante, passará a ter a pretensão de continuar com o comércio vergonhoso exercido até então, em que os homens eram utilizados na Inglaterra para serem vendidos como animais irracionais”.<sup>101</sup>

Embora a escravidão saxônica tenha desaparecido após sessenta anos da conquista normanda, muitos vilões ingleses per-

maneceram “vilões, a maior parte constituída pela população inglesa, como registrado no Domesday Book”.<sup>102</sup> Havia dois tipos de vilões: os vilões saudosos, vinculados à terra, e vilões brutos, associados aos seus senhores. Desacordos existem sobre até que ponto os vilões foram escravos pessoais.<sup>103</sup>

Em meados do século XIII, um parecer judicial relatou que “condes, barões e os inquilinos livres deveriam legalmente (...) vender seus [vilões] como bois ou vacas”, e o rol de apelos contém evidência de muitas vendas de vilões.<sup>104</sup> Lorde Holt, Chefe de Justiça da Corte do Rei de Bench, na virada do século XVIII, não gostava da escravidão negra, no entanto, não achava que vilões eram escravos: “alguém pode ser um vilão, na Inglaterra, mas não um escravo”.<sup>105</sup> A “slaveophilic” Suprema Corte da Geórgia concordou, afirmando que “qualquer analogia equiparável com a atividade dos vilões do período feudal é totalmente falaciosa”.<sup>106</sup> Os vilões podem ter sido possuídos por seus senhores, mas eles ainda tinham privilégios que os escravos negros nunca tiveram, como o direito de se casar. Para piorar, eles eram propriedade definitiva dos seus senhores, mas tinham direitos legais contra qualquer outra pessoa no mundo.<sup>107</sup>

Enquanto um escravo saxão esperava por uma liberdade que estava limitada a alforria voluntária ou a fuga, um vilão poderia melhorar o seu status legal de forma indisponível para escravos. Ele poderia fazê-lo através da conduta do seu senhor, residir em determinadas cidades ou bairros por um ano e um dia sem reivindicação do senhor ou por ordenação, cavalaria, casamento e outros meios. Blackstone observou que os vilões “não podiam deixar seu senhor sem sua permissão, mas se eles fugissem ou fossem roubados do senhor, poderiam ser reclamados ou recuperados via Ação, como animais ou outros bens móveis”.<sup>108</sup>

Como a presunção do direito costumeiro em favor da liberdade evoluiu, tornou-se cada vez mais difícil provar que alguém era um vilão. A menos que alguém confessasse, no Tribunal, ser um vilão, tinha que ser provado que era descendente de um vilão de ações, ininterrupta por ilegitimidade, desde que saísse da

sua mente. Alguns têm sugerido que um vilão poderia, uma vez tendo iniciado diretamente uma ação para estabelecer seu *status* de liberdade; outros afirmam que este direito, se existiu, desapareceu em 1302, talvez por 1230.<sup>109</sup> Mais tarde, o mandado de *homine replegiando* permitiu aos vilões testar o seu *status* legal.

Mandados do *common law* evoluíram para o uso por um senhor que poderia conduzir a atribuição do *status* legal de um vilão. O mandado de *naifty* foi usado por senhores tão previamente quanto o mais antigo processo do século XII impetrado para determinar se um vilão em alegação era ou não era livre.<sup>110</sup> Durante o século XIII, um senhor que reivindicava que um vilão poderia impetrar um processo perante um tribunal de uma comarca, em seguida, entregava um mandado de “naifty” para o delegado. Se o vilão alegado, em seguida, pedisse que fosse livre, o delegado e tribunal da comarca perdia a jurisdição e o caso ia para um Tribunal Real. Para continuar o litígio, o senhor tinha de obter uma quantia de nativos ou o vilão em alegação, obter um mandado de liberdade probanda, também chamado de mandado “monstravit”.

Até 1351, quando o Parlamento severamente o enfraqueceu, o mandado “monstravit” permitiu que o vilão alegado permanecesse livre durante a pendência de um processo que poderia durar vários anos.<sup>111</sup> Em seu célebre argumento para o Tribunal do Rei de Bench, no caso de *Somerset v. Stewart* de 1772, o advogado Francis Hargrave observou que os tribunais do *common law* atribuíam o ônus da prova ao senhor, sempre que a liberdade de um vilão estivesse em causa. Este foi o caso, tanto com o mandado de *homine replegiando*, em que o vilão foi o autor, e o mandado de *nativo habendo*, em que o vilão foi o réu.<sup>112</sup>

Durante centenas de anos, cada vez mais perplexos com o espetáculo do poder despótico que homens ingleses exerciam sobre outros homens ingleses, os jurados começaram a hesitar em considerar alguém como vilão. Assim, a condição de servo feudal foi extinta no final do século XVI, não porque tenha sido formalmente abolida, pois nunca foi, mas porque a oferta de vi-

lões diminuiu e nenhum foi criado. O último caso envolvendo um vilão foi decidido em 1618 com um veredicto do júri favorável ao vilão.<sup>113</sup>

## 4. O mandado de *homine replegiando* no *common law*

### 4.1. O desenvolvimento do mandado de *homine replegiando* no *common law* da Inglaterra

O mandado de *homine replegiando* no *common law* é o mais antigo “mandado de liberdade” do direito inglês; ele apareceu no “Pipe Rolls” na metade do século XII.<sup>114</sup> O mandado “era o remédio popular mais usual para obter a liberação de simples custódias”, e ordenava um delegado ou uma pessoa particular a transformar a privação da sua liberdade em outra pena, tendo o prisioneiro que pagar fiança.<sup>115</sup> Isto evoluiu dentro do método do *common law* para tentar atribuir título aos vilões apreendidos por um senhor através do mandado de “nativo habendo”.<sup>116</sup>

O *homine replegiando* é uma espécie de reivindicação. É o direito de posse, que geralmente toca aos corações dos reivindicados.<sup>117</sup> Em certo momento, o Chefe de Justiça Holt escreveu: “não há diversidade entre um *homine replegiando* e uma reivindicação comum para o gado”.<sup>118</sup> O *homine replegiando* empresta tudo o que pertence a uma das reivindicações de bens.<sup>119</sup> Blackstone escreveu: “o mandado de *homine replegiando* existe para reivindicar um homem fora da prisão, ou fora da guarda de qualquer pessoa privada (da mesma forma que bens móveis tomados em sofrimento pode ser reivindicados...)”.<sup>120</sup>

A distinção conceitual entre os dois tipos de reivindicação não é a de que a reivindicação comum se aplica aos não-humanos e o *homine replegiando* se aplica aos seres humanos. Geralmente reivindicação comum se aplica a coisas jurídicas, enquanto o *homine replegiando* se aplica às pessoas jurídicas. Os seres humanos ocasionalmente se incluem em ambas as categorias.<sup>121</sup> Juntas,



reivindicação comum e *homine replegiando* foram destinados a ocupar todo o domínio da Reivindicação, para incluir todas as coisas e todas as pessoas injustamente detidas. É certo que houve uma perversidade ocasional e teoricamente a tabela de “unsuppoi” usa o mandado de *homine replegiando*, interpondo os casos existentes antes da Guerra e os mestres americanos que procuram recuperar os escravos desobedientes. Mas os juízes, ao invés disso, devem ter exigido dos mestres que fizessem valer a alegação de interesse comum da reivindicação.

Com um pequeno número de exceções irrelevantes, a reivindicação comum foi concebida para abranger “todas as espécies de propriedade, animadas, inanimadas, tangíveis e móveis possíveis”.<sup>122</sup> Primariamente dirigiu-se ao direito de posse, que era muitas vezes uma parte do direito de propriedade, uma coisa jurídica de uma pessoa jurídica, um direito que era inerente a tais relações, como entre o homem e o arado, o homem e o boi, e homem e o escravo.<sup>123</sup> Por outro lado, o *homine replegiando*, geralmente era aplicado à auto-propriedade, que era um direito da pessoa jurídica de exigir a liberdade de restrição corporal.

O historiador jurídico Frederick Maitland observou que “a conexão (...) entre Reivindicação e Liberdade é óbvia”, e ainda declarou que “quando um homem é injustamente privado da sua liberdade, ela deve ser reivindicada”.<sup>124</sup> Isto se harmoniza bem com a afirmação de John Locke feita no século XVII de que cada ser humano “tinha uma propriedade em sua própria pessoa”.<sup>125</sup> Junto com Thomas Hobbes, Locke apregoada o “individualismo possessivo”, a idéia que o ser humano poderia possuir um atributo como a liberdade individual, da mesma forma que poderia ter sua própria propriedade.<sup>126</sup>

O mandado de *homine replegiando* geralmente permitia a libertação imediata de alguém que estava procurando reivindicar a si mesmo para liberdade.<sup>127</sup> No entanto, em meados do século de “Blackstone”, numerosas exceções e procedimentos se adicionaram aos mandados. Isto fez que o habeas corpus se tornasse o mais eficiente mandado de escolha da maioria das pessoas

detidas ilegalmente.<sup>128</sup> Mas o mandado de *homine replegiando* continuava a ser viável. Em 1758, John Wilmot Eardley, um jurista do Tribunal do Rei de Bench, e o futuro Chefe de Justiça do Tribunal de Fundamentos Comuns, escreveram que uma vez que uma boa declaração fosse prevista antes do Tribunal, se um mandado de habeas corpus fosse inadequado, “o caso não era irremediável: pelo Common Law, o mandado de *homine replegiando* iria liberá-lo claramente”, como um mandado de direito.<sup>129</sup> Um mandado de *homine replegiando* possuía uma grande vantagem sobre o recurso de habeas corpus.<sup>130</sup> Diferentemente do habeas corpus, o *homine replegiando* permitia julgamentos.<sup>131</sup>

Em 1786, o Chefe de Justiça McKean, do Supremo Tribunal da Pennsylvania, recomendou que um termo de liberdade interposto a favor de um escravo negro originalmente como um mandado de habeas corpus fosse transformado em mandado de *homine replegiando* de modo que o júri pudesse decidir a questão da liberdade.<sup>132</sup> Antes da Guerra, abolicionistas do Norte entendiam esta vantagem “de um julgamento de júri direcionado a pessoas que estavam em significativa desvantagem nos termos da legislação vigente, mas que poderiam contar com a simpatia e o apoio de uma porção predominante da comunidade (...)”.<sup>133</sup> Os escravos poderiam preferir um mandado, como habeas corpus, que prometia simplesmente libertar. Mas eles se contentariam com um, como de *homine replegiando*, que estendia a possibilidade de uma liberação mais lenta, mas certamente mais perceptora da servidão.

## 4.2 A decisão de *homine replegiando* e a escravidão humana na América (EUA)

O precedente de *homine replegiando* foi incorporado na legislação das colônias americanas e depois dos estados americanos que adotavam o mesmo sistema do *common law* inglês.<sup>134</sup> A utilização da decisão parece ter sido relativamente difundida<sup>135</sup> na

América com “a maioria dos estados reconhecendo seu poder para relacionar a decisão ao *common law*”.<sup>136</sup> Em sua forma pura de *common law*, a decisão de *homine replegiando* foi utilizada na colônia de Massachusetes por negros buscando liberdade; seu estatuto pós-Revolução ajudou a superar procedimentos decisórios arcaicos.<sup>137</sup> Em 1837, um relatório da casa de representantes de Massachusetes estabeleceu que “se um feitor/capitão recapturar alguém que não é seu escravo, ele estará sujeito a conceder sua custódia a qualquer pessoa no processo de *habeas corpus* ou conforme a decisão /precedente de *homine replegiando*”.<sup>138</sup>

Nos últimos anos, na República Norte Americana, o precedente de *homine replegiando* foi utilizado em pelo menos seis outros estados: Maine, Pensilvânia, Maryland, Carolina do Sul, Mississipi, e Virginia. Da mesma forma, “em Massachusetes, Nova Iorque, Pensilvânia e especialmente em Maine, o precedente era aparentemente muito familiar aos advogados e “parecia ter sido utilizado para praticamente todos os propósitos para os quais se impetrou um *habeas corpus*” incluindo processos criminais, prisão civil, serviço militar, questões relacionadas ao poder familiar e à guarda de criança e disputas de feitores/capatazes.<sup>139</sup>

Em 1823, uma corte federal na Carolina do Sul, respondendo à manifestação de que o precedente de *homine replegiando* “não é para ser retirado das cinzas do *common law* para ser usado agora contra o estado da Carolina do Sul”, observou que “ele estava inculpido como lei na jurisprudência da Carolina do Sul, embora desconhecido na prática atual dos casos para os quais é aplicável. No estado de Nova Iorque é popularmente utilizado.<sup>140</sup> Em 1834, o Chanceler Halworth, na Corte de Nova Iorque na Corregedoria expôs que quando a Lei de 1793 sobre escravos fugitivos foi sancionada:

[...] o precedente do *common law* do *homine replegiando*, com o propósito de definir o direito do feitor para os serviços do escravo, se tornou bastante conhecido pelas leis de diversos estados, e foi constantemente

utilizado com este propósito, exceto quando isto foi deslocado para outros procedimentos de *habeas corpus*, ou pela legislação local.<sup>141</sup>

No ano seguinte, uma Corte Federal em Nova Iorque adotando o precedente de *homine replegiando* preenchido por uma lei federal de escravos fugitivos, concedeu que “o precedente é hábil a definir a questão da escravidão, e embora rapidamente obsoleto, esta corte não poderia negar à parte seu direito de apresentá-lo (...)”.<sup>142</sup>

Maine complementou este precedente do *common law* com uma lei substancialmente copiada de Massachusetts e voltado para aqueles “privados de liberdade, ou detidos”.<sup>143</sup> Uma versão posterior foi usada em favor de uma pessoa privada de sua liberdade sem motivos legais e em favor de seu benefício.<sup>144</sup>

Relatórios da Pensilvânia contêm numerosos exemplos do uso do precedente.<sup>145</sup> Em 1817, a Suprema Corte da Pensilvânia recusou o precedente de *habeas corpus* no caso de um negro que pedia por sua liberdade, visto que o caso foi ouvido por outra corte. Mas, parafraseando a Justiça Wilmot inglesa, a corte declarou que “a parte não está sem remédio, como ele utilizou o *homine replegiando*”.<sup>146</sup> Em 1847, uma corte suprema na Pensilvânia adotou o precedente na situação de um xerife detendo um suspeito negro fugitivo em obediência da Quarta seção da Corte da Filadélfia.<sup>147</sup>

A maioria das cortes do sudoeste, entretanto, não ficaram muito entusiasmadas com relação à utilização do precedente nos casos de escravos negros. O poder do precedente em restaurar imediatamente a liberdade de um peticionário, causou ao mesmo tempo um julgamento antecipado dos juízes do sudoeste e legislaturas em seu desfavor, restrição ou até mesmo abolição.<sup>148</sup> Alguns juízes evocavam a decadência do precedente por haver caído em desuso, permanentemente substituído pelo precedente do *habeas corpus* e outras causas de ação.<sup>149</sup> A Suprema Corte da Carolina do Sul, acreditando que o precedente foi “calculado para ser extremamente prejudicial para aqueles que realmente

se transformam em fatores” entendeu sua substituição pela Lei de Liberdade.<sup>150</sup> A corte de apelação da Virgínia observou que:

[...] antes da Lei da Virgínia de Liberdade de 1795, o *habeas corpus* e o de *homine replegiando* foram evocados por escravos em busca de liberdade, mas tais remédios se mostraram vexatórios e inseguros, em outras palavras, eles trabalharam um novo procedimento foi previsto pela Lei (...) o *homine replegiando* foi repellido e o *habeas corpus* foi considerado não mais apropriado.<sup>151</sup>

### 4.3 Um chimpanzé é recolhido para utilizar o precedente do *common law* de homine replegiando, a fim de confrontar sua condição de coisa

Nós vimos que os frutos do precedente da liberdade de *homine replegiando* foram amplamente utilizados por vassalos e escravos negros a fim de confrontar detenções ilegais. Enquanto outros afirmavam ser o precedente obsoleto, ele não era. Foi temporariamente encoberto por outros remédios, especialmente o *habeas corpus* mais eficiente. Mas o precedente de *homine replegiando* continua existindo, e é adequado quando os demais remédios usuais não o são.<sup>152</sup>

Um argumento similar de caducidade foi rejeitado pela Corte Distrital dos Estados Unidos em 1879, quando índios americanos pensaram em usar o precedente federal do *habeas corpus* pela primeira vez. O Governo solicitou que:

[...] Esta é a primeira instância na qual os Índios têm permissão para impetrar e manter o *habeas corpus* em uma corte federal e não ficar sem jurisdição (...) Este não é seguro. Não pode ser justo que por conta de nenhum Índio antes haver evocado o precedente numa corte federal, a autoridade legal não exista. Poder e autoridades legais conferidas não deixam de existir em consequência de sua pouca utilização. Embora, muito tempo tenha se passado, há várias gerações desde a lei original do *habeas corpus act* (...) o que não significa que aqueles indígenas não possam se proteger através de suas prescrições, simplesmente porque seus ancestrais não fizeram o mesmo.<sup>153</sup>

Mesmo que uma corte tenha determinado o precedente de homem como obsoleto, seria verdade somente em relação aos seres humanos que possuem diversos mecanismos poderosos para escolher. Mas o *common law* somente está alcançando as situações nas quais é plausível de acordo com a moralidade, a política e níveis de experimentação, para um chimpanzé peticionário com sucesso evocar o precedente nas apelações com os mesmos argumentos dados em casos de humanos cativos que usaram o precedente por não haver outro remédio.

O precedente está disponível para ser evocado por um chimpanzé peticionário que tenha sido ilegalmente detido em qualquer jurisdição que originalmente incorporou o *common law* da Inglaterra e não tenha revogado o precedente por legislação ou ação judicial. Mesmo quando a corte determina que um chimpanzé seja coisa legalmente detida, isto não pode ser argumento para negar a capacidade do chimpanzé como peticionário de utilizar precedente de homem pela primeira vez.

Um chimpanzé, como qualquer outro peticionário que apresenta o precedente, será titular do mérito de ter seu caso decidido por um júri. Assim, como no caso dos escravos, foi mais vantajoso usar o precedente de *homine replegiando* e demandar por um julgamento através do júri, do que através do *habeas corpus*. Também parece mais prudente, para quem representa um chimpanzé, lançar mão do precedente do que do *habeas corpus*. Ambos, o escravo negro e o chimpanzé, estão e estarão da mesma forma em desvantagem “significativa perante a lei”, sendo que ambos terão de contar com a simpatia e o apoio de parcela da comunidade.<sup>154</sup>

Este caminho foi real em estados do nordeste antes da Guerra Civil Americana. O que provavelmente seria irreal nos Estados Unidos quando entramos no século vinte e um, quando a consciência dos americanos parece estar acima da média. Em 2001, uma pesquisa revelou que cinquenta e um por cento dos americanos acreditam que os chimpanzés deveriam ser tratados “de forma semelhante às crianças, com um tutor para lhes garantir

seus interesses”, com somente vinte e um por cento reportando que chimpanzés deveriam ser tratados como propriedade.<sup>155</sup> Portanto, o precedente de *homine replegiando* poderia se converter em extremamente prejudicial, vexatório e inseguro para os adestradores de chimpanzés escravos como ocorreu no caso dos feitores de negros na Carolina do Sul e Virginia. Como em setembro de 2005, uma decisão brasileira demonstrou a simpatia dos juízes.<sup>156</sup>

## 5. O mecanismo do *Habeas Corpus* no *common law*

### 5.1 O desenvolvimento do *Habeas Corpus* na Inglaterra

“É o mais celebrado na lei inglesa” disse Blackstone, e o direito mais fundamental na legislação anglo-americana.<sup>157</sup> Bastante disseminado e imune a desafios técnicos e adequado para ambos os sistemas legais, do *common* e *civil law*, o remédio do *habeas corpus* nos casos de restrição ilegal, pública ou privada e sempre que ocorrer. Começou modestamente como um precedente do *common law* voltado a conferir a aparência de segurança que ignoraram repetidas assembleias de um tribunal. Seus antecedentes podem ser encontrados no século dezoito, quando tribunais anglo-saxônicos requereram a um acusado comparecer para pagar indenização, o preço de uma vida ou injúria. Se o acusado ignorasse esta audiência, então desconhecia o conteúdo da decisão, o revel poderia ter sua propriedade apreendida, possivelmente ser preso ou até morto caso resistisse.<sup>158</sup> Próximo do final do século XI, William, o Conquistador, introduziu um precedente que determinada que os xerifes fossem parte nas audiências. Um século depois, Henry II expandiu o precedente, ordenando que os xerifes fossem considerados como acusados antes perante um tribunal.<sup>159</sup>

De acordo com a mentalidade da metade do século trezes, juizes usavam o precedente de *habeas corpus ad respondendum* (“dar ao corpo a resposta”) a fim de alcançar defesa<sup>160</sup>. Naquele tempo, Bracton redigiu que um xerife deveria ser obrigado a apresentar aquele que falhou três vezes a comparecer nas audiências<sup>161</sup>. As cortes daquele período também requeriam o comparecimento nos casos de terras controladas “quod distringat eum per omnes terras... Et quod habeat corpus... (para desapropriar a terra, deste modo tinha-se o corpo),” e eventualmente eram aconselhados a usar o *capias*<sup>162</sup>. As Cortes começaram a usar *habeas corpus ad respondendum* de outras formas, inclusive para obrigar um xerife ao juri<sup>163</sup>. Naquele tempo, o *habeas corpus* não tinha nada que ver com a justificação de uma detenção ilegal. Ao contrário, era voltado a “pessoas que não estavam custodiadas, mas soltas” ou iniciando um procedimento, foi essencialmente uma técnica para conseguir “que se fizesse algo que o processo ordinário das cortes não estava adaptado a fazer”.<sup>164</sup>

No início do século XIV, prisioneiros começaram a utilizar o *habeas corpus* para casos de *certiorari* ou *audita querela*, e posteriormente o desenvolvimento do precedente de prerrogativa.<sup>165</sup> O precedente de *certiorari* abrangeu casos de prisioneiros nos tribunais inferiores para um superior, e mais frequentemente, da aplicação do *common law court* para Cortes de equidade. O *habeas corpus* alcançou o corpo do prisioneiro perante a Corte. Esta combinação desenvolveu o *habeas corpus cum causa*, para aqueles prisioneiros que detidos por pessoas públicas ou particulares pudessem ser ouvidos por uma instância superior a respeito de sua detenção ilegal.<sup>166</sup> Isto se tornaria uma arma formidável nas mãos de cortes competindo por poder, por exemplo, as Canônicas, Eclesiásticas, de Alto Comissariado, Cortes superiores em relação às instâncias inferiores, etc.<sup>167</sup>.

O *habeas corpus cum causa* foi incorporado por juizes de cortes inferiores, nos casos de detenção. Da combinação de ambos os precedentes, no início do século XVI, o *habeas corpus* começou a obter uma aparência mais moderna e a funcionar com



independência. Rapidamente, começou a produzir efeitos mais rápidos no sentido de “fazer cessar o comando e devolver o corpo para a causa”.<sup>168</sup> Isto foi em parte resultado do grande poder disputado entre as cortes do *common law* e as estrangeiras com seu Corpo de Conselho.<sup>169</sup> Também em 1587, a Corte das Petições Comuns poderia ordenar a soltura de um prisioneiro, quando o precedente de *habeas corpus* cum causa estabelecesse que o prisioneiro estivesse sendo detido “per mandatum Francisci Walsingham” Elizabeth’s Fs chief spymaster.<sup>170</sup>

No entanto, há limites em relação ao poder do *Habeas Corpus* da Corte contra o soberano. No famoso caso dos cinco cavalheiros de 1627, o mais proeminente advogado inglês argüiu sem sucesso que certos cavalheiros ordenados prisioneiros, pelo conselho do rei, por se recusarem a pagar taxas, tinham que ser soltos ou então as causas de suas detenções deveriam ser especificadas.<sup>171</sup> A casa dos comuns respondeu com as cláusulas 5 e 8 da Petição de Direitos, as quais dispõem que sujeitos presos sem causa aparente (explícitas), e que forem trazidos à Corte pelo *writ* de *habeas corpus* “para sofrer e receber” o que a Corte irá ordenar, “nenhuma causa foi certificada, mas eles foram detidos pelo comando especial de sua Magestade (...)”<sup>172</sup>, os comuns pediam humildemente (...) que nenhum homem livre, de nenhuma maneira (...) seja preso ou detido (...)”<sup>173</sup>, a petição de direitos recebeu o assentimento real.

No ano seguinte, o Conselho privativo, então na Câmara Star, prendeu um mercador inglês por falar insolentemente com o Conselho. Por duas vezes a corte de magistratura do rei ordenou sua soltura com *writ* de *habeas corpus*. O caso da Câmara confirmou que o *writ* de *habeas corpus* assumiu um grande papel na proteção da jurisdição das cortes do direito comum. De fato, questionando a validade do compromisso, previamente o efeito incidental do *writ*, começa a se tornar seu objeto mais importante. No julgamento do professor Duker, “isto foi neste ponto (...) o que *writ* de *habeas corpus* embarcou nessa jornada como “o

mais alto remédio do direito, para qualquer homem que esteja preso”.<sup>174</sup>

O Parlamento continuou a executar o Ato de *Habeas Corpus* de 1641. Este instituto declarava que qualquer preso pela Corte, rei ou pelo conselho privativo, poderia propor o *writ* de *habeas corpus* perante as cortes de magistratura do rei ou de pedidos comuns. Este não era somente um instituto, mas a declaração do direito existente.

A custódia do prisioneiro pode ser ordenada para “trazer (...) o corpo da (...) grupo que cometeu (...) e (...) assim como certificar a verdadeira causa do tão (...) aprisionamento, e por isso a corte (...) terá procedido para examinar e determinar qual foi a causa do compromisso (...) ser justo ou legal (...)”.<sup>175</sup> Em 1670, exatamente com o *writ* do *habeas corpus*, o chefe de justiça Vaughan, da corte de pedidos comuns, ordenou a soltura, na torre de Londres, dos bravos jurados que insistiram na absolvição de William Penn depois do julgamento do juiz alertar expressamente contra isso. Vaughn proclamou que “o *writ* de *habeas corpus* é agora o remédio mais usual com o qual o homem tem sua liberdade restaurada de novo, se ele foi privado desta ilegalmente”.<sup>176</sup> É claro que alguns juízes ainda têm meios de evitar ou de atrasar os processos de presos detidos, ordenando eles amarrados em navios para terras distantes, se recusando a receber *writs* propostos quando a corte estava em suas frequentes férias, e impondo altas fianças.<sup>177</sup> Este, e outros abusos, levaram à passagem ao Ato de *habeas corpus* de 1679, o mais renomado estatuto inglês, dito Blackstone para ser “outra magna carta”.<sup>178</sup>

Este ato foi determinado para remediar esses defeitos, e até para permitir que terceiras pessoas pudessem propor *writs* de *habeas corpus* em nome dos detidos.<sup>179</sup> No entanto, ele não foi determinado para prisões ordenadas pela casa dos comuns ou detenções não criminais. Nem foi determinado para suplantar o direito comum, para o *writ habeas corpus* “tem o escopo mais amplo que (...) o Ato de *habeas corpus*; pois pode ser utilizado em toda a sorte de casos (...)”.<sup>180</sup> Mas até mesmo em certas circuns-

tâncias não cobertas pelo Ato de *habeas corpus*, “quando o *writ* era utilizado no direito comum, (a corte) adotava, na prática, as previsões do ato de 1679<sup>181</sup>, do mesmo modo que o mesmo era aplicado. Os *writs* de *habeas corpus* agora começam regularmente a tratar de assegurar a soltura de “prisões de pessoas privadas, ou de prisões de outros não responsáveis pelo crime”.<sup>182</sup>

Por que muitos continuaram percebendo deficiências no *writ* de *habeas corpus*, especialmente em encarceramentos navais, em 1758 a casa dos comuns votou para emendar o Ato de *habeas corpus* de 1679.<sup>183</sup> Mas o projeto de lei encontrou uma implacável oposição do Lorde Mansfield, chefe de justiça da corte de magistratura do rei Hardwicke, Lorde chanceler. O que Horace Walpole descreveu como “a única voz, a qual, no último caso, teve um efeito real: a qual convenceu muitas pessoas”.<sup>184</sup> Lorde Mansfield argumentou:

[...] que as pessoas apoiaram isso da infundada imaginação de que a liberdade estava preocupada nisso, enquanto isso tinha pouco a fazer com a liberdade nas leis de navegação a não ser o ato de encorajar o cultivo de furiosos; a ignorância nos assuntos dessa natureza era extremamente perdoável, desde que o conhecimento de leis particulares requeria um estudo particular delas; que o grande gênio sem estudo não pode se tornar senhor de si assim como da literatura japonesa sem entender a língua do país; por isso, o *writ* de *habeas corpus* no direito comum era um remédio suficiente contra todos os abusos os quais o projeto supostamente retificasse.<sup>185</sup>

Enquanto o projeto estava pendente na casa dos Lordes, ele enviou dez questões sobre o direito corrente do *habeas corpus* para todos os juízes reais. O juiz Wilmot deu uma longa resposta, em que forneceu a mais compreensiva descrição da lei de *habeas corpus ad subjiciendum* na existência desde o tempo da revolução americana. Wilmot manteve que a lei comum do *habeas corpus* alcançou detenções privadas, mas que o ato de 1679 deveria ser aplicado somente para cometimentos criminais e não para urgências ilegais no serviço militar.<sup>186</sup> O *habeas corpus* não era uma ação civil, ele insistia, mas o “*writ* de remédio mandatório” com

o qual o juiz comanda a produção de um pedido daquele que foi preso ilegalmente. Ele estatui ainda: “este é um *writ* de uma soberana e transcendente autoridade, e que nenhum privilégio de pessoa ou lugar pode se colocar contra isso. Isso corre, no direito comum, por todos os domínios da coroa. Isso está acomodado a todas as pessoas e lugares”.<sup>187</sup>

O *writ* não era uma questão como uma matéria de curso, Wilmot escreveu, porque muitas prisões eram legais. Isso inclui detenções em prisões religiosas abaixo da Yoke de villeinage; agora, restrições podem legalmente serem impostas por maridos a mulheres, pais a filhos, guardiães a protegidos e senhores a aprendizes. Outros podem ser legalmente detidos como resultado de fiança, enquanto os pobres podem ser legalmente confinados em hospitais e casa de trabalho, e loucos podem ser levados para comissões de loucura.<sup>188</sup> Mas qualquer peticionante que pudesse demonstrar a provável causa que verificou a declaração juramentada, de que a detenção dele foi ilegal, estava intitulado para o *writ* de *habeas corpus* como matéria de direito, e nenhuma corte podia legalmente denegar isto.<sup>189</sup>

## 5.2 Somerset v. Stewart – o uso paradigmático do *writ* de *Habeas Corpus* em nome de um escravo negro.

Em 28 de novembro de 1771, uma das mais significantes petições do *writ* de *habeas corpus* chegou às câmaras do chefe de justiça, rei de Bench Mansfield.<sup>190</sup> Dentro de suas atribuições como um membro da casa dos lordes, 13 anos antes, Lorde Mansfield desempenhou um importante papel em impedir a casa dos comuns de estender o alcance do Ato de *habeas corpus* de 1679. Como ele atracou com a demanda de amigos de James Somerset para sua liberdade, relembra um marco na luta pela liberdade humana e não humana.<sup>191</sup>

Duzentos e trinta e três anos após, em 2004, a Corte Suprema dos Estados Unidos caracteriza o julgamento do lorde Mansfield como “a soltura por *habeas corpus* de um escravo africano comprado na Virgínia e detido num navio ancorado na Inglaterra e amarrado na Jamaica”; a Corte anotou no rodapé esta caracterização para a seguinte sentença: “No direito comum, as cortes exercem a jurisdição do HC para os clamores de estrangeiros detidos em territórios soberanos”.<sup>192</sup> Mas James Somerset, de 33 anos, não foi seu estrangeiro. Seqüestrado com sete anos, vendido para um escocês, Charles Steuart, na Virgínia, Somerset foi possivelmente propriedade de Steuart na Inglaterra, capaz de ser comprado, vendido, emprestado, hipotecado e herdado como qualquer outra coisa. Ele era inquestionavelmente propriedade de Steuart sob a lei da Virgínia.<sup>193</sup>

A ação de Somerset provavelmente foi proposta por seus avôs, pois naquele momento o africano foi atacado a bordo do “Ann and Mary”, que se preparava para ancorar na Jamaica, aonde ele iria ser vendido para trabalhar arduamente na cana de açúcar como punição por insultar e escapar de Stuart em Londres. O Lorde Mansfield não estava ansioso para ordenar este HC. Trancado por longos anos em muitos conflitos públicos com o determinado abolicionista Granville Sharp, acerca da legalidade da escravidão humana na Inglaterra, finalmente se livrou do último caso de escravidão de Sharp, Lewis v. Staphylton, o qual empestiu ele por muitos meses.<sup>194</sup> Lorde Mansfield pôde claramente se livrar da petição de Somerset.

Mansfield questionou se a própria pessoa havia proposto o *writ* de Somerset. Este problema se apresentava a ele toda vez que um senhor demandava o retorno de um aprendiz ou escravo negro colocado no serviço militar, pois o aprendiz ou escravo não podia propor se ele quisesse fazer. Como no caso de Somerset, uma terceira pessoa peticionou para o detido, um agente, ou talvez um amigo, a petição refletiu o que a pessoa detida queria. Esposa e marido podem peticionar uns para os outros, pais para seus filhos, filhos para parentes de idade, guardiães para

guardiados, irmãos para irmãs. Mas, exceto em circunstâncias não usuais, os juízes usualmente se recusam a considerar ações propostas por estranhos.<sup>195</sup> Ele esteve tão inclinado, que Lorde Mansfield poderia ter achado que os avós, se tivessem peticionado para Somerset, seriam meros estranhos.

Significativamente, o Lorde Mansfield declarou o *writ* de HC e eventualmente libertou James Somerset, apesar do adverso retorno para o navio do capitão John Knowless. Knowless estatuiu que, como Somersetera escravo na África, ele tinha sido pego na África como escravo, que nas colônias americanas e na Jamaica escravos como Somerset eram “vendidos e liquidados como coisas e que os escravos eram propriedade dos senhores”, que Somerset tinha sido vendido para Steuart, e (quatro vezes) descreveu Somerset como um negro de propriedade de Steuart.<sup>196</sup>

Na maneira pela qual o Lorde Mansfield descreveu seu recente uso do HC para retirar escravos negros dos navios reais, no recente despachado caso Lewis apareceram premissas, se ambíguas, ainda problemáticas, para James Somerset. Na abertura da corte, o Lorde Mansfield estatuiu que “eu tenho garantido vários *writs* de HC em declarações de senhores para seus negros, dois ou três eu acredito, entre declarações de senhores argüindo a compra e a propriedade de seus negros pressionados. Eu tenho garantido HC para devolver eles para seus senhores (...)”.<sup>197</sup>

Lorde Mansfield estava aqui simultaneamente repudiando uma forma de detenção forçada, o aprisionamento naval, enquanto reforça outra, a escravidão. Granville Sharp pensava que o uso do *writ* por Mansfield para libertar os negros do aprisionamento era inteiramente admirável, “um claro conhecimento da ilegalidade da prisão (...) e um alívio para a opressão ilegal”.<sup>198</sup> Este aparentemente significava que o Lorde Mansfield acreditava que os escravos negros possuíam a liberdade que o HC foi feito para proteger e tentou com grande alívio contra aquele aprisionamento errado.

Ainda, a sentença do Lorde Mansfield foi internamente inconsciente. Em um suspiro, ele clamou o emprego do *writ* para o

retorno dos escravos negros pressionados no navio para algum senhor que pudesse provar sua compra e propriedade.<sup>199</sup> Mas o *writ* do HC não foi e não é hoje feito para permitir um juiz ordenar o retorno da propriedade; a corte só permitiu isso para remediar a privação da liberdade.<sup>200</sup> Granville Sharp acreditava que esse uso do HC “para devolver um pobre miserável, contra sua vontade, para as mãos de um tirano senhor, o qual odiava e o tratava meramente como uma coisa, ou propriedade e não como um homem”, fez do chefe de justiça ser culpado por injúria.<sup>201</sup> Toda conduta que possa privar o país de um usual marinheiro, injúria cruel do pobre negro a ele mesmo, que foi arrastado para o serviço do rei, para devolvê-lo, contra a sua vontade, para as mãos do cruel tirano, e injuriou a lei inglesa “pervertendo o *writ* constitucional com o propósito inteiramente oposto do uso original, significado e intenção”.<sup>202</sup> O uso do *writ* pelo Lorde Mansfield para assistir o senhor para ter de volta seus escravos foi uma impropriedade, como clamou Sharp. Isso também pressagiou o ocasional abuso do *writ* de *homine replegiando* por senhores em antebellum América para recuperar seus escravos. O Lorde Mansfield devia ter determinado que os senhores usassem outro *writ*, ao invés de tornar o *writ* de HC um instrumento de liberdade para uma opressão.<sup>203</sup>

O retorno dos escravos para seus senhores determinado por Lorde Mansfield, por outro lado, foi estranho. *Writs* de HC usualmente colocavam aprendizes presos livres; eles não retornavam para seus senhores.<sup>204</sup> Blackstone igualou os aprendizes a escravos negros. A escravidão se tornou “não mais que o mesmo estado de subjeção da vida, no qual cada aprendiz se submete, pelo espaço de sete anos, ou às vezes, por um longo período.”<sup>205</sup> O Lorde Mansfield tratou escravos e aprendizes diferentemente. Mas se um negro preso era propriedade do senhor, o Lorde Mansfield nunca deveria ter usado o *writ* de HC. Se o *writ* aplicado para a liberdade de escravos negros, e o retorno do negro para seu senhor determinou tudo o que o *writ* de HC veio para representar.

O retorno do capitão Knowles para o *writ* representou um problema maior para James Somerset. Não há muitos anos antes, o juiz Wilmot clamou que na petição de HC, os juízes estavam amarrados aos fatos dados e a sua volta, a menos que ele “manifestamente apareça (...) pela clareza e prova indubitável, o que coloca o preso em liberdade com a maior significado das garantias, devido a uma violação direta da lei e da justiça.”<sup>206</sup> “Os juízes vão construir a lei como liberalidade como seja possível a favor da liberdade”, ele explana, “mas eles não podem fazer leis”.<sup>207</sup> “Um juiz pode demandar que o captor diga a razão porque confinou ele, e depois determinar se isso é uma boa ou má razão; mas não se isso é verdadeiro ou falso”.<sup>208</sup> De acordo com o retorno do capitão Knowless, James Somerset era indubitavelmente escravo de Charles Stuart.

A corte de apelação de justiça de Ontário e o estudioso em HC, Robert J. Sharpe, notaram que o juiz Wilmot foi um dos dez juízes que respondeu para a casa dos lordes, em 1758, sobre o HC.

Que dos nove outros juízes que deram opiniões (...) cinco pensavam que o retorno podia ser controvertido. O sexto juiz, inábil para a atualidade, deu a sua opinião também com a sua visão mais liberal. Ademais, o Lorde Mansfield extenuantemente se opôs ao indubitável, o que coloca o preso em liberdade com a maior significado das garantias, devido a uma violação direta da lei e da justiça.

“Os juízes vão construir a lei como liberalidade como seja possível a favor da liberdade”, ele explana, “mas eles não podem fazer leis”. “Um juiz pode demandar que o captor diga a razão porque confinou ele, e depois determinar se isso é uma boa ou má razão; mas não se isso é verdadeiro ou falso”. De acordo com o retorno do capitão Knowless, James Somerset era indubitavelmente escravo de Charles Stuart.<sup>209</sup>

Ademais, “Mesmo na época de Willmot (...) existiam diversas situações nas quais as cortes consideravam questões de fato em *habeas corpus*.”<sup>210</sup> Juízes não raramente examinavam os fatos envol-



vendo convocações compulsórias ilegais para servir na Marinha e Lord Mansfield chegou, no caso de um requerente que alegava ter sido ilegalmente mantido em um manicômio, a determinar o exame desta por médicos e parentes.<sup>211</sup> Em 1810, abolicionistas ajuizaram *habeas corpus* junto à Corte de King's Bench em favor da sul-africana, Sartjie Baartman, alegando que esta havia sido trazida, contra sua vontade, para a Inglaterra para ser exibida.<sup>212</sup> A referida corte determinou sua oitiva por um magistrado e um advogado, na ausência daqueles que a mantinham, para saber se de fato havia seu consentimento.<sup>213</sup>

De acordo com o Juiz Sharpe, a regra de *common law* contrária ao recurso de decisão denegatória de *habeas corpus*, em decorrência de exame de fatos, não era motivada por uma preocupação com a violação do julgamento pelo júri.

[...] A regra de direito comum pode ser entendida como uma assertiva de que o *habeas corpus* não deve substituir o lugar do julgamento pelo júri na determinação última da culpa ou inocência. Isso, entretanto, não evitou que as cortes decidissem certas questões de fato levantadas.<sup>214</sup>

Juízes poderiam evitar qualquer regra contrária a recurso de decisão denegatória através de várias maneiras. Primeiro, eles poderiam examinar fatos consistentes com a denegação que tornariam insubsistentes as razões dadas para a prisão, o que era conhecido como "Confessando e Evitando".<sup>215</sup> As cortes poderiam também determinar que o requerido demonstrasse porque um prisioneiro não poderia ser solto após a interposição do recurso.<sup>216</sup> Outra opção era decidir acerca de "fatos jurisdicionais", como por exemplo, "se a pessoa ou coisa em questão estava inserida na classe sobre a qual seus poderes poderiam ser exercidos", ou fatos que são "logicamente precedentes com relação à apreciação da questão principal, e de determinadas questões que sejam colaterais à questão que o tribunal deve decidir definitivamente".<sup>217</sup> As cortes poderiam mesmo determinar que um litígio acerca dos fatos fosse tentado.<sup>218</sup> Em resumo, Sharpe con-

clui que existiam “muitas maneiras envolvendo a regra que vinham sendo utilizadas desde a época de Wilmot e antes (...)”.<sup>219</sup>

Vista nesse contexto jurisprudencial, fica claro que, enquanto a decisão de Lord Mansfield de libertar James Somerset através de *habeas corpus* foi corajosa e inovadora, não foi um capricho de um juiz atirado agindo unilateralmente. Nem foi uma decisão caída do céu. Ao invés, foi uma aplicação lógica de entendimentos existentes acerca do *habeas corpus*, enraizados em peculiaridades históricas do *common law*, e aplicados precisamente da mesma maneira em que muitos outros juízes asseguraram a garantia de liberdade em outras circunstâncias.

A moldura estrutural do *common law* e precedentes apontaram o caminho; tudo o que Lord Mansfield fez foi conectar os pontos da forma com que ele acreditava que a justiça requeria. A decisão *Somerset* é, sobretudo, importante em razão do conservadorismo geral de Lord Mansfield e sua hostilidade anterior à idéia de liberdade para escravos negros. Apesar de agudamente consciente dos potencialmente enormes interesses econômicos envolvidos na preservação da escravidão humana na Inglaterra, ele não poderia mais negar a esses seres sem direitos a mais importante ferramenta judicial necessária ao questionamento de seu aprisionamento. Daí, a famosa afirmação de Lord Mansfield em corte aberta no dia de depoimentos anterior àquele em que prolatou sua decisão, “Fiat justitia, mat coelumi” (“Faça-se a justiça, ainda que caiam os céus”).<sup>220</sup>

Ao garantir o direito de *habeas corpus* a James Somerset, considerado então por lei como coisa, Lord Mansfield catalisou a luta contra a escravidão na Bretanha. Por fim, ele, pela primeira vez, fez com que o ilegalmente invisível se tornasse visível, assegurou aos escravos negros individualmente considerados sua longamente buscada habilidade de desafiar a legitimidade de sua servidão, e finalmente ajudou a mover uma classe inteira de seres da categoria de *coisas sem direito* para *sujeito jurídico*.

### 5.3 O Writ do *Habeas Corpus* e a escravidão dos negros na América (EUA)

Depois da II Guerra Mundial, um estudioso reputou a proibição da suspensão do direito de *habeas corpus* como “a mais importante previsão acerca de direitos humanos na Constituição dos Estados Unidos”.<sup>221</sup> Em 2004, a Suprema Corte dos Estados Unidos estendeu o *writ* a estrangeiros detidos na baía de Guantánamo, em Cuba, reafirmando que o *habeas corpus* era “um *writ* antecedente à lei, (...) lançando suas raízes profundamente na engenhosidade do *common law*”.<sup>222</sup> De acordo com a Corte, o *writ* apareceu no Direito inglês vários séculos atrás, e tornou-se “uma parte integral da nossa herança do *common law* já na época que as Colônias tornaram-se independentes, e recebeu reconhecimento explícito na Constituição”.<sup>223</sup>

Com exceção da Carolina do Sul, o *Habeas Corpus* de 1779 nunca foi explicitamente estendido para as demais colônias norte-americanas, diferentemente do *habeas corpus* fundamentado no *common law*, o qual era aplicável a todas as colônias.<sup>224</sup> De fato, o *common law* inglês geralmente era aplicado em todas as Colônias norte-americanas, enquanto que todas as cartas reais, com exceção daquela da Pensilvânia, expressamente protegiam direitos fundamentados no *common Law*.<sup>225</sup> Assim:

[...] por volta de 1680 [o *writ* do *habeas corpus*] era um instrumento legal familiar em todas as colônias... [e] profundamente enraizado nos interstícios do pensamento colonial, tanto quanto o próprio *common law* (...) O *habeas corpus* era o único processo do *common law* explicitamente escrito na Constituição, o que é a mais completa medida de sua recepção pelos colonos e a alta posição em que era considerado (...) De fato, o voto dos delegados constitucionais (...) foi unânime no sentido de que ‘o privilégio do *writ* do *Habeas corpus* não deve ser suspenso’.<sup>226</sup>

Os juízes do norte e do sul discordaram quanto à possibilidade de os escravos poderem buscar sua liberdade através dos

*writs* do *habeas corpus* ou do *homine replegiando*. As cortes do norte regularmente permitiam aos negros questionar sua escravidão através do *writ* do *habeas corpus*.<sup>227</sup> Isso não ocorria no Sul dos Estados Unidos. Na véspera da Guerra Civil Americana, a Suprema Corte da Flórida negou o *writ* a um escravo, afirmando que:

[...] não houve uma decisão das Cortes de um estado do sul citada para nós, nem fomos capazes de identificar tal coisa, envolvendo uma disputa real acerca do direito de liberdade por parte de uma pessoa alegada como escravo na qual o remédio do *habeas corpus* tenha sido considerado como o apropriado para resolver a questão (...) Se, nas circunstâncias do presente caso [o pedido do escravo pela liberdade] pode ser corretamente concretizado através...do *writ* do *habeas corpus* é a questão a ser decidida. Sendo assim, felizmente para nós, decisões tomadas pelas Cortes adotando as mesmas posições que nós sobre esse assunto delicado, assentadas e tendo a sanção e aprovação do pensamento judicial sulista e do povo, nos liberou da necessidade de investigação para afirmar a inteira veracidade das conclusões as quais eles chegaram.<sup>228</sup>

Na direção oposta do raciocínio implícito de Lord Mansfield em *Somerset*, os juízes do sul rotineiramente rejeitavam a utilização por escravos do *writ* do *habeas corpus* com fundamento de que este foi criado para proteger e restaurar o direito de liberdade pessoal, do qual os escravos eram completamente destituídos<sup>229</sup>, já que o *writ* não permitia a um júri que determinasse a titularidade da propriedade<sup>230</sup> ou porque não poderia ser usado com a finalidade de apropriação de coisa móvel.<sup>231</sup> Em uma clara demonstração da natureza da lei de ser orientada por valores, os juízes sulistas favoreciam a escravidão de forma não menos fervorosa que os juízes do norte, pois estes se orientavam pela sutileza das ações tendo por objeto a liberdade dos escravos.

Juízes sulistas, entretanto, não eram a única força contrária ao uso pelos escravos negros nos estados sulistas dos *writs de homine replegiando* e do *habeas corpus* para tentar o direito à liberdade. Muitas legislações sulistas, antes e depois da Revolução

norte-americana, editaram os chamados *Freedom Acto Statutes*. Hoje, vistos universalmente como atos legislativos vergonhosos, essas leis intencionavam a diminuição ou extirpação do poder dos escravos negros de desafiar sua escravidão. Essas leis foram editadas para suplantam o *common law*, para destruir a possibilidade de os escravos empregarem *writs* de liberdade do *common law*, e para limitar as ações de liberdade a procedimentos estritos previstos nessas leis.<sup>232</sup> Tais leis de forma alguma intencionavam facilitar a libertação dos escravos; seu propósito era proteger os escravocratas da adoção pelos escravos de outras medidas legais mais eficazes para sua libertação.<sup>233</sup> Essas leis eram geralmente reconhecidas pelas cortes sulistas como o meio exclusivo para alguém questionar o *status* de escravo.<sup>234</sup>

A Corte de Apelações da Virgínia manifestou-se sobre o *Freedom Suit Act* da Virgínia no sentido de que:

[...] até a aprovação desse ato, o remédio detido por uma pessoa mantida na escravidão para o resgate da sua liberdade, não estava regulamentado. Os *writs* do *habeas corpus* e do *de homine replegiando* eram, invocados. Eles eram inadequados pela sua natureza, e o último foi repellido, enquanto que as decisões relativas ao primeiro resultaram em um remédio objetável e impróprio para o julgamento do direito do escravo à liberdade. Dessa forma, pelo ato de 1775, capítulo 11, um remédio direto e simples foi providenciado. O preâmbulo distintamente evidencia que tal remédio foi sugerido, menos pela ansiedade de facilitar os remédios a serem utilizados pelos escravos, do que pelos 'grandes e alarmantes equívocos, que surgiram em outros estados da União, e que provavelmente surgiriam neste, por associações voluntárias de indivíduos' (comumente conhecidas como sociedades de emancipação) 'que, em muitas instâncias, foram os meios de retirar dos senhores sua propriedade sobre escravos, e que em outras resultou a estes despesas pesadas em ações tediosas e infundadas'.<sup>235</sup>

As ações de liberdade na Virgínia eram algumas vezes apresentadas como ações de indenização, ameaça, agressão e cárcere-

re privado. Seu objeto era a remoção “do requerente do *status* de escravidão para o de liberdade; (...) a forma era inteiramente ficcional”.<sup>236</sup> De acordo com a Suprema Corte de Apelações da Virgínia:

[escravos] não tinham direitos pessoais (...) A única ação que eles podem apresentar é para o resgate da liberdade; e mesmo durante a pendência de tal ação, eles ainda eram escravos... Uma ação para libertação era fundamentada na alegação de que o *status* do requerente era o de escravidão; de outra forma, o remédio seria inapropriado.<sup>237</sup>

#### 5.4 Um chimpanzé pode usar o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* para questionar seu condição legal de coisa

Desde seu surgimento no século XIII, como um *writ* usado pelos juízes para trazer partes insubordinadas à sua presença, o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* tornou-se no fim do século XVII no procedimento usual pelo qual um sujeito de direito, ou uma entidade alegando ser um, poderia questionar a legalidade de sua detenção por uma entidade pública ou privada, em qualquer lugar, em quaisquer circunstâncias. Extremamente amplo e refratário a tecnicidades, o *writ* do *habeas corpus*, tanto na forma do *common law*, como na forma da lei, continua a servir para remediar todo aprisionamento ilegal.<sup>238</sup> É “um remédio desembaraçado de quaisquer reservas. O juiz, conhecendo do *writ*, pode, *ex parte*, determinar a imediata soltura. Essa é a arma nuclear do direito público”.<sup>239</sup> Assim como o *writ* do *homine replegiando* fundamentado no *common law*, o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* pode ser invocado por qualquer requerente que alegue estar sendo ilegalmente detido em qualquer estado que incorporasse o *common law* da Inglaterra.<sup>240</sup>

O *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law* nunca foi limitado a requerentes já reconhecidos como sujeitos de

direito. Ao contrário, foi usado por requerentes que eram considerados por lei como sendo coisas, mas que alegaram que o Grande *Writ* deveria protegê-los. Mais proeminentemente, o *writ* foi utilizado por escravos negros que eram considerados pela lei como coisas. Como discutido, a utilização mais famosa e efetiva do *writ* foi feita por Lord Mansfield, em 1772, em favor de James Somerset, declarando que este não era, por lei, um escravo. Posteriormente, outros escravos negros utilizariam o *writ* tanto na Inglaterra, como nos Estados Unidos, especialmente no norte, para desafiar a legalidade de sua escravidão.<sup>241</sup> Hoje *Somerset* é lei em quase todos os estados.<sup>242</sup>

A ciência claramente demonstrou que os chimpanzés possuem as qualidades que fazem deles candidatos plausíveis para o uso do *habeas corpus* para estabelecer que eles não possam ser considerados legalmente como coisas. Geneticamente tão similares aos seres humanos que alguns cientistas afirmam que ambos devem ser colocados no mesmo *genus*, chimpanzés são seres extremamente complexos – cognitivamente, emocionalmente e socialmente. Eles sofrem a perda da liberdade corpórea, para cuja proteção o *writ* do *habeas corpus* foi criado, de uma maneira similar àquela sofrida pelos seres humanos. Talvez eles sofram esta perda de uma maneira ainda mais aguda, já que não podem entender porque os aprisionamos, que o mundo no qual os aprisionamos é genética, física, emocional e culturalmente mal adaptada para estes, e que suas acomodações são piores que quaisquer condições de detenção humana que atendam as normas legais internacionais.

O mérito do *writ* de *habeas corpus* em favor de um chimpanzé terá de ser decidido por um juiz, não por um júri, tendo em vista que o *writ* do *habeas corpus* foi criado como um procedimento mais simples que aquele do *writ* do *de homine replegiando*. Entretanto, fatos acerca da genética, taxonomia, fisiologia, neurologia, psicologia, antropologia, etologia cognitiva, linguística e habilidades matemáticas do chimpanzé e outros atributos biológicos, antropológicos, genéticos ou psicológicos podem ser

argüidos em favor da concessão do *writ*. Esses fatos necessitarão ser esclarecidos antes de o juiz proceder à análise da questão jurídica relativa a um chimpanzé ter direito, assegurado em lei, à libertação de sua alegada detenção.

Quaisquer destes fatos, entretanto, podem ser apropriadamente resolvidos. A explicação do juiz Sharpe acerca de como os juízes podem evitar a regra do *common law* contrária ao recurso de decisão denegatória de *writ* de *habeas corpus* ajuda a explicar como Lord Mansfield pôde deferir seu famoso *writ* em favor de James Somerset, e determinar sua libertação da escravidão, contrariamente à denegação do *writ* pelo Capitão Kanowle's sob o fundamento de que Somerset seria legalmente escravo de Charles Stuart.<sup>243</sup> Os vários métodos que o Juiz Sharpe descreveu seriam similarmente aplicáveis a qualquer *habeas corpus* de *common law* apresentado por um chimpanzé requerente.

Como foi ressaltado no início deste artigo, uma corte recentemente iniciou este caminho. Em 10 de abril de 2005, promotores do Departamento de Meio Ambiente e outros ajuizaram *habeas corpus* perante uma corte na Bahia, Brasil, em favor de uma chimpanzé chamada Suíça, que estava enjaulada em um zoológico.<sup>244</sup> Os peticionantes alegaram que “em uma sociedade livre, compromissada em assegurar a liberdade e igualdade, as leis evoluem de acordo com o pensamento e comportamento da população e, quando o comportamento público muda, também muda o Direito, e diversos autores acreditam que o Judiciário pode ser um poderoso agente de mudanças sociais”.<sup>245</sup> Antes de o caso ser finalmente julgado, Suíça morreu. Consequentemente, em 28 de setembro de 2005, o juiz extinguiu o processo. Ele explicou, entretanto, que conheceu o caso:

[porque] o tema é merecedor de discussão enquanto matéria de extrema complexidade, requerendo um exame profundo dos prós e contras, assim, não deferi o *habeas corpus*, optando, ao invés, por obter informações da autoridade requerida (...) dentro de 72 horas (...) Alguém poderia, pelo próprio teor da petição, ter fundamento suficiente para rejeitá-la, liminarmente, argüindo a impossibilidade



jurídica do pedido, ou a absoluta inaplicabilidade do instrumento legal utilizado pelos requerentes, qual seja, o *habeas corpus* para transferir o animal para o ambiente em que vivia para outro. Entretanto, de forma a estimular o debate da questão (...) eu admiti o argumento (...) Entre outros fatores que influenciaram meu conhecimento da matéria para discussão foi o fato de que entre os requerentes estarem pessoas com conhecimento jurídico presumidamente amplo, tais como promotores e professores de Direito (...). O Direito Processual Penal não é estático, mas antes sujeito a mudanças constantes, e novas decisões devem adaptar-se aos novos tempos.<sup>246</sup>

## Conclusão

Oferecemos argumentos substanciais em outras ocasiões de que os chimpanzés não devem mais ser tratados como coisas pelo *common law*, mas como pessoas, pelo menos na extensão de serem titulares do direito fundamental à liberdade corpórea. A estrutura do *common law* requer aos juízes reavaliar todas as regras deste sistema, quando apropriado. Para que os juízes desempenhem suas funções, uma ação deve estar disponível. Argumentamos que pelo menos dois antigos *writs* existentes no *common law* estão disponíveis, o *writ* do *de homine replegiando* e o *writ* do *habeas corpus*, em quase todos os estados norte-americanos e que ambos os *writs* foram frequentemente utilizados por vassalos e escravos negros durante os séculos em que eles foram considerados legalmente como coisas.<sup>247</sup> Concluimos que os chimpanzés podem utilizar esses dois *writs* do *common law* para trazer seus argumentos substanciais à atenção das cortes para decisão do respectivo mérito.

Uma corte não precisa se preocupar onde traçar uma linha a partir da qual requerentes não humanos possam apresentar ações tendo por objeto assegurar seu direito fundamental no *common law* de liberdade corpórea. Todo ser aprisionado que, à luz dos avanços do conhecimento científico, da evolução da moralidade pública e das políticas públicas, bem como do desenvolvimento da experiência humana, tenha um pedido fortemente

substantial a este direito fundamental está intitulado a apresentar o pedido perante uma corte, a qual decidirá pela procedência ou improcedência do mérito. Chimpanzés detestam estar aprisionados. Um chimpanzé selvagem percorre uma média diária de vários quilômetros e uma média anual de aproximadamente dez quilômetros quadrados.<sup>248</sup> Um chimpanzé chamado Booe, que aprendeu a linguagem de sinais antes de ser aprisionado em uma jaula de um setor de pesquisa médica por seis anos, tornou seus desejos inequivocamente conhecidos a um visitante que era representante do setor em que havia aprendido tal linguagem. “Abrir”, ele assinalou.<sup>249</sup> Qualquer que seja a força do pedido com relação a qualquer outro animal não humano, um chimpanzé é um requerente certo.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Ver GORDILHO, Heron J. S. ; SANTANA Luciano Rocha; SILVA, Tago-re Trajano de A. (coord). In *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 01. Salvador: Instituto Abolicionista Animal, 2006. p. 281-286. Disponível em: [http://www.animallaw.info/journals/jo\\_pdf/Brazilvol1.pdf](http://www.animallaw.info/journals/jo_pdf/Brazilvol1.pdf).: Em favor de Suíça, 9ª Corte Criminal, nº 833085-3/2005 (26 de setembro de 2005, Bahia, Brasil). (escrito depois da inesperada morte de Suíça, uma chimpanzé que lhe teve negada a concessão de um habeas corpus para libertá-la de um zoológico) (doravante ‘Em favor de Suíça’), tradução inglesa disponível em <http://animallaw.info/nonus/cases/cabrsuica-eng2005.htm> (última visita em 10 de dez. de 2006). (A decisão original em português e a tradução inglesa estão arquivadas com o autor).
- <sup>2</sup> Na designação de “chimpanzé”, eu englobo tanto o chimpanzé comum como o “bonobo”, ambos igualmente próximos dos seres humanos evolutivamente.
- <sup>3</sup> Ver, e.g., *Animal rights: current debates and new directions* (Cass Sunstein & Martha Nussbaum, eds., 2004) (diversos artigos) (doravante *Animal Wrongs: a secular theory of the origins of rights* 139, 193-199 (Perseus books 2005); Laurence H. Tribe, *Ten Lessons Our Constitutional Experience Can Teach Us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise*, 7 *ANIMAL L.* 1, 4 (2001) ; Martha C. Nussbaum,

Book Review: Animal Rights: The Need for a Theoretical Basis, 114 HARV. L. REV. 1506 (2001) (resenha de STEVEN M. WISE, RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS Perseus Books 2000)); Robert R. M. Verchick, A New Species of Rights, 89 CAL. L. REV. 207 (2001); Richard A. Posner, Animal Rights, 110 YALE L. J. 527(2000).

- <sup>4</sup> Ver, e.g., Steven M. Wise, Rattling the Cage Defended, 43 B.C. L. REV. 623 (2002); STEVEN M. WISE, DRAWING THE LINE: SCIENCE AND THE CASE FOR ANIMAL RIGHTS (Perseus Books 2002) (doravante WISE, DRAWING THE LINE]; STEVEN M. WISE, RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS (Perseus Books 2000) [doravante WISE, RATTLING THE CAGE]; Steven M. Wise, Hardly a Revolution – The Eligibility of Nonhuman Animals for Dignity-Rights in a Liberal Democracy, 22 V T. L. REV. 793 (1998) [doravante Wise, Hardly a Revolution]; Steven M. Wise, The Legal Thinghood of Nonhuman Animals, 23 B. C. ENVTL. AFF. L. REV. 471 (1996) [doravante, Wise, Legal Thinghood]; Steven M. Wise, How Nonhuman Animals Were Trapped in a Nonexistent Universe, 1 ANIMAL L. 15 (1995). Ver também Steven M. Wise, Animal Rights, One Step at a Time, em ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS, supra nota 3, p.19; Steven M. Wise, A Great Shout - Breaking the Barriers to Legal Rights for Great Apes, em GREAT APES AND HUMANS: THE ETHICS OF COEXISTENCE (Benjamin Beck et al. eds., 2001); Steven M. Wise, Animal Thing to Animal Person - Thoughts on Time, Place, and Theories, 5 ANIMAL L. 61 (1999); Dr. Jane Goodall & Steven M. Wise, Are Chimpanzees Entitled to Fundamental Legal Rights?, Joint Presentation to Senior Lawyers Division of the American Bar Association, 2 de agosto de 1996, reimpresso em 3 ANIMAL L. 61 (1997); Steven M. Wise, Legal Rights for Nonhuman Animals: The Case for Chimpanzees and Bonobos, 2 ANIMAL L. 179 (1996). A limitação de minha discussão neste artigo aos chimpanzés não quer dizer que os membros de outras espécies devem ou não ter reconhecidos o direito material da liberdade de ir-e-vir.

- <sup>5</sup> CHRISTOPHER STONE, SHOULD TREES HAVE STANDING? (Oceana Publications 1996).

- <sup>6</sup> Ver infra as notas 11-35 e o respectivo texto.

- <sup>7</sup> Ver infra notas 36-95 and respectivo texto.

- <sup>8</sup> Ver infra notas 96-113 and respectivo texto.

- <sup>9</sup> Ver infra notas 114-156 e respectivo texto.
- <sup>10</sup> Ver infra notas 157-246 e respectivo texto.
- <sup>11</sup> Ver DALE PETERSON & KARL AMMAN, *EATING APES* (Univ. of California Press 2003). Eu já declarei que a corrente dizimação dos chimpanzés constitui genocídio. WISE, *RATTLING THE CAGE*, supra, nota 4, pp.265-266.
- <sup>12</sup> Thomas M. Butynski, *Africa's Great Apes*, in *GREAT APES AND HUMANS: THE ETHICS OF COEXISTENCE* (Benjamin B. Beck et al. eds., 2001): Alison Jolly, *The Last Great Apes?*, 309 *Science* 1457, 1457 (Sept. 2, 2005). Ver também PETERSON & AMMAN, supra, nota 11, p.263 (citando Andrew J. Marshall et al., *The Plight of the Apes: A Global Survey of Great Ape Populations* (2000) (briefing para os representantes norteamericanos George Miller and Jim Saxton) (afirmando que as populações de chimpanzés estão diminuindo em noventa e um por cento das áreas protegidas na África).
- <sup>13</sup> *THE GREAT APE PROJECT CENSUS: RECOGNITION FOR THE UN-COUNTED* (The Great Ape Project 2003).
- <sup>14</sup> Em 1º de abril de 2005, observou-se que esse número tinha caído para 1.171. John L. VandeBerg ET al., *A unique biomedical resource at risk*, 437 *NATURE* 30, 31 Tabela 1 (1º de setembro de 2005). [hereinafter VandeBerg et al.].
- <sup>15</sup> PAUL D. MACLEAN, *THE TRIUNE BRAIN IN EVOLUTION: ROLE IN PALEOCEREBRAL FUNCTIONS* (Springer 1990). A escravidão humana não é mais legal em nenhum lugar do mundo. Ver a Convenção da Escravidão de 25 de setembro de 1926, 60 L.N.T.S. 253; Carta de Nuremberg, 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 279; Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 4º, Rights, art. 4, G.A. Res. 217A, U.N. Doc. A/811 (Dec. 10, 1948); Convenção Suplementar da Abolição da Escravidão, do Comércio de Escravos e das Instituições e Práticas Similares à Escravidão, 7 de setembro de 1956, 360 U.N.T.S. 117; A Convenção Européia de Direitos Humanos, art. 4º(1), 15(2), 4 de novembro de 1950, 87 U.N.T.S. 103; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 6(1), 22 de novembro de 1969, 1969, OAS T. S. No. 36; Carta Africana de Direitos Humanos e Pessoais, art. 5º, 27 de junho de 1981, 1520 U.N.T.S. 26.
- <sup>16</sup> DIG. 41.1.3 (Gaius, *Common Matters or Golden Things*, Book 2) (“natural state of freedom”); DIG. 41.1.55 (Proculus, *Letters*, Book 2) (“natural

- state of freedom”). Proculus was a first century jurist. DIG. 41.1.44 (Ulpian, Edict, Book 19) (“natural freedom”).
- <sup>17</sup> DIG. 41,1.5 (Gaius, Common Matters or Golden Things, Book 2) (“natural state of liberty”); DIG. 41.2.3.14 (Paul, Edict, Book 54). Paul was a third century jurist and contemporary of Ulpian. The Institutes refer to the “natural liberty” of animals. J. INST. 2.1.12.
- <sup>18</sup> RICHARD TUCK, NATURAL RIGHTS THEORIES: THEIR ORIGIN AND DEVELOPMENT 90 (Cambridge Univ. Press 1979) (citando JOHN SELDEN, 1 OPERA OMNIA, col. 105 (D. Wilkins ed., 1726)).
- <sup>19</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 1 COMMENTARIES 134.
- <sup>20</sup> ROLLIN C. HURD, A TREATISE ON THE RIGHT OF PERSONAL LIBERTY, AND ON THE WRIT OF HABEAS CORPUS 4 (Da Capo Press 1972) (1858).
- <sup>21</sup> THOMAS R.R. COBB, AN INQUIRY INTO THE LAW OF NEGRO SLAVERY IN THE UNITED STATES OF AMERICA 105 (Univ. of Georgia Press 1999).
- <sup>22</sup> Tribe, *supra* nota 3, p.4. Ver também WISE, RATTLING THE CAGE, *supra* nota 4, pp. 1-2.
- <sup>23</sup> VandeBerg et al., *supra* nota 14, pp. 30-32 (incluindo representantes de cada um dos principais centros que mantêm chimpanzés escravizados para fins de pesquisas biomédicas nos Estados Unidos).
- <sup>24</sup> Constituição Americana, emenda XIII, § 1 (grifo do autor).
- <sup>25</sup> Andrew Whiten, The second inheritance system of chimpanzees and humans, 437 NATURE 52, 52 (1º de setembro de 2005) (citações omitidas).
- <sup>26</sup> Comitê de Proteção aos Chimpanzés a Longo Prazo (Committee on Long-Term Care of Chimpanzees), Conselho Nacional de Pesquisa (National Research Council), Chimpanzees in Research - Strategies for the Ethical Care, Management, and Use 13 (1997), disponível em <http://fermat.nap.edu/Ybooks/0309058910/htm^> (último acesso em 10 de dez. de 2006).
- <sup>27</sup> *Id.*, p.8. O Comitê concluiu, sem qualquer explicação, que “as diferenças relevantes entre humanos e chimpanzés justificam o uso de chimpanzés em pesquisas que não seriam punidas se fossem realizadas em humanos,” e que “ embora estudos terminais agudos com chimpanzés

- tenham sido raros, eles são justificáveis em certas circunstâncias”. Id., p.26. Ver também infra nota 30 (citando trabalhos que desafiam estas conclusões).
- <sup>28</sup> Chris Gunter et al., *The Chimpanzee Genome*, 437 NATURE 47, 47 (1 de setembro de 2005).
- <sup>29</sup> The Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, *Initial sequence of the chimpanzee genome and comparison with the human genome*, 437 Nature 69, 76 (1º de setembro de 2005) [doravante Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium].
- <sup>30</sup> See Ze Cheng et al., *A genome-wide comparison of recent chimpanzee and human segmental duplications*, 437 NATURE 88, 92 (1º de setembro de 2005); Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, supra nota 29, pp. 69, 71, 73. DNA é uma hélice dupla unida por ligações fracas entre pares-base de nucleotídeos, adenina (A), guanina (G), citosina (C) e timina (T). A e T sempre formam uma ligação, assim como G e C. Ocasionalmente, um par-base A-C substituir um par-base G-C ou vice-versa. Id., p. 69. Isso ocorreu em cerca de 1.06 por cento dos genes de chimpanzés e humanos. Id., p. 71. Ao considerar esta diferença genética, considere que quaisquer humanos sem relações de parentesco têm milhões de genes diferentes, fazendo-os parecer e até mesmo comportar-se diferentemente. David B. Goldstein & Gianpiero L. Cavalleri, *Understanding human diversity*, 437 NATURE 1241, 1241 (27 de outubro de 2005). Ver também Elizabeth Culotta & Elizabeth Pennisi, *Evolution in Action*, 310 SCIENCE 1878, 1878 (23 de dezembro de 2005) (nós nos diferenciamos por apenas cerca de 1% nas bases de nucleotídeos que podem ser alinhadas entre nossas duas espécies, e a proteína padrão difere por conta de menos de dois aminoácidos. Mas uma surpreendente quantidade de material não-codificável está ou inserida ou deletada no chimpanzé em comparação ao humano, tornando a diferença total no DNA das duas espécies de cerca de 4%).
- <sup>31</sup> Carina Dennis, *Branching out*, 437 NATURE 17, 17 (1 de setembro de 2005). Recombinações genéticas que criam novas combinações de alelos nas quais a seleção natural pode agir, aparecem em “hotspots” de recompilação que estão raramente no mesmo lugar em humanos e chimpanzés. Wendy Winckler et al., *Comparison of Fine-Scale Recombination Rates in Humans and Chimpanzees*, 308 SCIENCE 107, 107-111 (1º de abril de 2005).

- <sup>32</sup> Wen-Hsiung Li & Matthew A. Saunders, *The chimpanzee and us*, 437 NATURE 50, 51 (1º de setembro de 2005). Estas iriam provavelmente ocorrer mediante indels ou mudanças em regiões regulatórias dos genes do DNA. Id., p.51. Ver Philipp Khaitovich et al., *Parallel Patterns of Evolution in the Genomes and Transcriptomes of Humans and Chimpanzees*, 309 SCIENCE 1850, 1853 (16 de setembro de 2005) (afirmando que tanto as substituições de nucleotídeos simples e as mudanças na expressão ou regulação dos genes estão envolvidas).
- <sup>33</sup> Mark Greene et al., *Moral Issues of Human—Non-Human Primate Neural Grafting*, 309 SCIENCE 385 (1º de julho de 2005).
- <sup>34</sup> Veja Marc Hauser, *Our chimpanzee mind*, 437 NATURE 60, (1º de setembro de 2005); Whiten, nota 25 *supra*, 52-55; Greg Miller, *Tool Study Supports Chimp Culture*, 309 SCIENCE 1311 (26 de agosto de 2005); Lesley J. Rogers & Gisela Kaplan, *All Animals Are Not Equal*, in ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS, nota 3 *supra*, 175; WISE, DRAWING THE LINE, nota 4 *supra*, 179-230; WISE, RATTLING THE CAGE, nota 4 *supra*, 163-237. O “Chimpanzee Sequencing and Analysis Collaborative”, responsável pelo sequenciamento do genoma do chimpanzé, relatou, minuciosamente, que a principal característica dos seres humanos não era a linguagem, mas sim a “linguagem complexa.” Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, nota 29, 69 (grifei).
- <sup>35</sup> Derek E. Wildman & Morris Goodman, *Humankind’s Place in a Phylogenetic Classification of Living Primates*, in EVOLUTIONARY THEORY AND PROCESSES: MODERN HORIZONS: PAPERS IN HONOUR OF EVIATAR NEVOI 293 (Primavera de 2004) (então alocado em subgêneros separados).
- <sup>36</sup> Professor Philip Bobbit identificou seis formas de interpretação constitucional: (1) interpretação “textual” olha para o significado das palavras de um dispositivo constitucional e as interpreta como elas seriam interpretadas pelo cidadão comum contemporâneo, (2) interpretação “histórica” olha para as intenções dos autores e ratificadores do dispositivo condicional ser examinado, (3) interpretação “estrutural” infere regras não escritas das relações que a Constituição, como um conjunto de mandatos logicamente estruturados, configura, (4) interpretação “doutrinária” aplica as regras criadas pelos precedentes dos tribunais, (5) interpretação “ética” deriva regras dos princípios morais refletidos na Constituição, e (6) interpretação “prudencial” vislumbra sopesar os custos e benefícios da adoção de uma determinada regra. Philip Bobbitt,

Constitutional Interpretation 12-22 (Oxford Univ. Press 1991); Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* 7-177 (Oxford Univ. Press 1982). O Professor Laurence Tribe identificou seis modos similares de interpretação constitucional: textual, histórica, estrutural, precedencial, moral e uma mistura eclética dessas cinco formas. 1 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 30-89 (3ª ed. 2000) [a seguir, *TRIBE*]. Para outros argumentos estruturais veja John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard Univ. Press 1980) (suporte de revista judicial); Charles L. Black, Jr., *Structure and Relationship In Constitutional law* (Ox Bow Press 1969). Os modos textual e histórico de interpretação constitucional revelam pouca relevância para o *common law* não escrito; o doutrinário, o ético, o moral e o prudencial são mais promissores.

- <sup>37</sup> Tribe, nota 36 *supra*, 41-42 (citando *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410, 423, 433, 439 (1979) (Rehnquist, J., dissidente)).
- <sup>38</sup> *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 433
- <sup>39</sup> *TRIBE*, nota 36 *supra* 41-42 (citando *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 439 (Rehnquist, J., dissidente)).
- <sup>40</sup> A constituição Britânica é não-escrita.
- <sup>41</sup> *Norway Plains Co. v. Boston and Me R.R.*, 67 Mass. 263, 267 (1854). Shaw atuou como Juiz Presidente do Supremo Judicial Court de Massachusetts de 1830-1680, durante o apogeu do *common law* no século XIX.
- <sup>42</sup> Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 91 (Harvard Univ. Press 1990).
- <sup>43</sup> *TRIBE*, *supra*, nota 36, página 31 (“Por sua própria natureza, o debate em curso sobre os modos de interpretação concorrentes e relação entre eles não é adequado, já que comprovadamente as respostas “corretas” são sempre suscetíveis a surgir e superar todas as abordagens concorrentes”). Essa ilação não pode ser admitida para os ramos menos rígidos ou menos legalistas do Direito. Por exemplo, nas questões envolvendo negócios jurídicos, a segurança é sem dúvida o valor supremo. Eu argumenta que, na determinação da personalidade jurídica, princípios devem dominar os precedentes e a política. WISE, *Rattling The Cage*, *supra* nota 4, páginas 114-118. Ver também, na mesma obra, páginas 93-100 (discutindo genericamente as diferentes maneiras de julgar).



- <sup>44</sup> “Paternidade planejada”, cf. Casey, 505 U. S., páginas 833- 844, 1992 (opinião pluralista).
- <sup>45</sup> Comeauv. Harrington, 130 N. E. 2d 554, 555 (Mass. 1955) (citações omitidas).
- <sup>46</sup> Caso *London Tramways Co. vs. London County Council*, A. C. 375 (1898) (Halsbury, L. J.).
- <sup>47</sup> Caso *Bayliss versus Bishop of London*, Capítulo 1, páginas 127, 137 (1913) (Farwell, L. J. ) (destaques acrescentados pelo autor); WEEKLYL. R. 1234 (1966). Ver W. Barton Leach, *Revisionismo no Parlamento Inglês: Cai o Bastião da Rigidez da Doutrina do Precedente* (“Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls”), *Revista de Direito de Harvard* (HARVARD. L. REV.), páginas 797, 798-99 (1967).
- <sup>48</sup> JOHN MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION* 48-49 (2. Ed, 1985). Alguns juízes federais nos Estados Unidos se aproximam do equivalente aos juízes formalistas do *common law*. Ver *Richmond Med. Ctr. for Women v. Gilmore*, 219 F. 3d 376, 376-377 (4th Cir. 2000). C.I. entende que a Suprema Corte tem a sua decisão no caso de paternidade planejada, v. Casey, 505 U. S. 833 (1992), para ser uma decisão do *super-stare decisis* (superprecedente) com em relação ao direito fundamental da mulher de escolher se quer ou não prosseguir com a gravidez (destaque no original). Esta é a única oportunidade a que me refiro ao Civil Law em oposição ao *common law*. Nas demais menções, eu utilizo “civil”, no sentido de “direito civil”, em oposição ao “direito penal”.
- <sup>49</sup> Ver o caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111, em especial à página 1050 (N. Y. 1916).
- <sup>50</sup> *Idem*, página 1053.
- <sup>51</sup> MELVIN ARON EISENBERG, “A Natureza do *Common law*” (*The Nature Of The Common law*), páginas 55-56, 58-6i, (Editora da Universidade de Harvard, 1988).
- <sup>52</sup> Oliver Wendell Holmes Jr., “O Caminho da Lei” (*The Path of the Law*), 10, *Harv. L. Rev.*, páginas 457, 469 (1897). Veja a clássica exposição do Presidente da Corte de Justiça Vanderbilt em *Fox vs. Snow*, 76A. 2Ed., páginas 877, 882-884 ( N. J. 1950) (Vanderbilt , C. J. , voto vencido).
- <sup>53</sup> P. S. ATIYAH & R. S. SUMMERS, “Forma E Conteúdo No Direito Anglo-Americano: Um Estudo Comparado Do Raciocínio Jurídico, Da Teoria

Jurídica E Das Instituições Do Direito” (*Form And Substance In Anglo-American Law: A Comparative Study Of Legal Reasoning, Legal Theory, And Legal Institution*), 287 (Editora da Universidade de Oxford, 1987).

- <sup>54</sup> Warren Hoge, “Lord Denning: Um Populista que Revitalizou as Cortes Britânicas” (*Lord Denning: A Populist Who Enlivened British Courts*), N. Y. TIMES, 06 de março de 1999, páginas 11 a 13.
- <sup>55</sup> EISENBERG, *supra*, nota 51, páginas 104-105.
- <sup>56</sup> Linkletter v. Walker, 381 E.U. 618, 623 (1965) (citando Shulman, Legislação retroativa, 13 Enciclopédia das ciências sociais 355, 356 (1934)). Esta é a teoria de Blackstone de que os juízes não fazem, mas simplesmente declaram a lei, ao contrário da teoria de John Austin de que os juízes criam a lei. A nova doutrina do julgamento prospectivo permite aos tribunais ignorar, como uma questão de ordem judicial, para decidir se devem fazer uma decisão apenas prospectiva, que normalmente é utilizada apenas quando os direitos possuem ou são revestidos de confiança. Veja SR Shapiro, nota de comentário, ou potenciais efeitos retroativos anulando a decisão de operação, 10 A.L.R. 3D 1371 (2005).
- <sup>57</sup> Davis v. Moore, 772 A.2d 204, 228 (D.C. 2001).
- <sup>58</sup> William. Bijyckstone., 1 Commentaries \*83 (ênfase no original). Veja State v. Waterberry, 804 P.2d 1000, 1003 (Kan. 1991); County of Los Angeles v. Faus, 312 p.2d 680, 685-686 (CaL1957) (“É a regra geral que uma decisão de um tribunal supremo de jurisdição anulando uma decisão anterior é retrospectivo nesta operação e que o efeito não é que a lei anterior era ruim, mas que nunca foi a lei”); Peerless Electric Co. v. Bowers, 129 N.E.2d 467, 468 (Oh. 1955) (per curiam) (“A regra geral é que uma decisão de um tribunal supremo de jurisdição anulando uma decisão anterior é retrospectivo nesta operação e o efeito não é que a lei anterior era ruim, mas que nunca foi a lei.”). Quarenta anos atrás, Robert Keeton escreveu que “a noção de que os juízes estão empenhados em encontrar apenas o direito ao invés de fazê-lo agora é completamente desacreditada. Mas, parafraseando uma observação familiar sobre uma outra lei letra morta do Direito, esta noção desacreditada ainda nos rege do seu túmulo.” Robert E. Keeton, *JudicialLaw Reform—A Perspective on the Performance of Appellate Courts*, 44 TX. L. REV. 1254, 1265 (1966) (citação omitida). Conforme estabelecido *supra* nas notas 51 e 52, o conceito não é tão desacreditado como o pensamento de Keeton.

- <sup>59</sup> Leonard W LEW, *the LAW OF the commonwealth and chief justice shaw* 24 (Harvard Univ. Press 1957).
- <sup>60</sup> Um juiz de precedentes (Princípios) agiria da mesma forma que um juiz substantivo, exceto porque ele não iria adotar princípios de nova qualidade, mas se basearia apenas em princípios já aceitos. EISENBERG, *nota supra* 51, p. 156-159. Veja Martin P. *Golding, Book Review - The Nature of the Common law*, 43 RUTGERS L. REV. 1261, 1273(1991).
- <sup>61</sup> EISENBERG, *nota supra* 51, p. 161. *Veja id.* em 14-42 (definir e discutir as normas morais, políticas e proposições experimentais). Resumidamente, normas morais lidam com certo e errado, as políticas se preocupam com o bom e o mau, e as proposições experimentais sobre como o mundo funciona.
- <sup>62</sup> *Id.* em 161
- <sup>63</sup> Melvin Eisenberg, *What Good Teachers Say About Teaching* (1990), Disponível em <http://teacm^g.berkeley.edu/goodteachers/eisenberg.html> (último acesso em Dez. 10, 20 06).
- <sup>64</sup> *Omychundv. Barker, (1744) 28 Eng. Rep. 15 (Ch.). Veja Edmund Reward, Lord Mansfield* 63 (Barry Hose 1979).
- <sup>65</sup> Veja, por todos, ATIYAH & SUMMERS, *nota supra* 53.
- <sup>66</sup> “Os objetos de domínio ou propriedade são coisas, diferentemente das pessoas.” WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMMENTARIES \*16 (ênfase no original).
- <sup>67</sup> JOHN CHIPMAN GRAY, *A natureza e as fontes do Direito* 27 (Columbia Univ. Press 1909).
- <sup>68</sup> *Wartelle v. Hospital das mulheres e crianças.* 704 So. 2d 778, 780-81 (La. 1997).
- <sup>69</sup> *Veja Ex Parte Boylston*, 33 S. C.L. 41, 43 (1847); *Jarman v. Patterson*, 23 Ky. 644. 645-646 (1828) (concluindo que a personalidade jurídica dos escravos ainda não aconteceu).
- <sup>70</sup> *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 158, 162 (1973) (afirmando que os fetos não são pessoas, na aceção da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos; *State v. B e a k*, 378 S. E. 2 d 1, 2-3 (N. C. 1989) (afirmando que os fetos não são pessoas, na aceção do Estatuto do homicídio da Carolina do Sul). Hoje cada jurisdição americana reconhece

uma causa de ação em delito, quase sempre sob o *common law*, por um feto nascido vivo, que sofreu lesão pré-natal depois de ter atingido viabilidade. *Sec* David Kadcr, A lei da morte do *pré-natal ilícita*. *v. Wade*, 45. Mo. L. R e v. 639, 644 n.24 (1SS0). Algumas jurisdições do *common law* permitem uma ação de um feto nascido vivo, mesmo que sofreu uma lesão pré-viabilidade. *Eg.*, *S y l v i a v. Gobeille*, 220 A. 2d 222 (R.I. 1966); *Smith v. Brennan*, 157 A. 2d 497 (N.J. 1960). Outros permitem também com base no *common law* ou causa de ação legal em favor da CF estatal de lesão pré-natal que causou sua morte, com os tribunais o desenho da linha de ferimentos infligidos tanto antes como depois de viabilidade. *Veja os casos coletados em Farley v. Sartin*, 466 S. E. 2 d 522, 528 n.13 (W. V a . 1995); *Amadiov. Levin*, 501 A. 2 d 1085, 1087 n.3. (Pa. 1985). Tribunais que rejeitam a caracterização de um feto humano como uma “pessoa” podem vir a categorizá-los como uma coisa. *Veja Wise, Hardly a Revolution-fiupra* note 4, at 897. *In Witty v. American Gen. Capital Distrib.Jnc.*, 727 S.W.2d 504, 504-506 (Tx. 1987). A Corte Suprema do Texas decidiu que os fetos não eram “pessoas” no âmbito do Estatuto da morte ou sobrevivência. Mas toda a explicação do Tribunal para a rejeição da procura de alternativas da mãe de indenização pela destruição de sua família consistiu na afirmação de que “consideramos como uma questão de direito, que um feto não é relegado ao status de alienação fiduciária. *Id* 506. Se um feto do Texas não é nem uma pessoa nem propriedade, então o que é? E o que é um pré-embrião, o prazo para um zigoto até quatorze dias após a fecundação? *Em Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, 597 (Term. 1992) a Suprema Corte do Tennessee disse que o tribunal tinha cometido um erro ao considerar que pré-embriões eram pessoas e que o Tribunal de Apelações do Tennessee tinha cometido um erro assumindo que eles eram propriedade. *Id em* 598-597. A Suprema Corte do Tennessee, no entanto, não se deu ao luxo do Supremo Tribunal de Justiça do Texas de simplesmente ditar o que uma entidade não é e recusando-se a instruir-nos o que eram, como o destino da vida dos Pré-embriões do Tennessee teve de ser decidido. O Tribunal considerou que pré-embriões devem “ocupar um lugar que lhes dá direito a respeito especial por causa de seu potencial para vida humana”, mas que as partes tinham um “interesse na natureza da propriedade para a medida em que tenham poder de decisão sobre a disposição dos pré-embriões, o alcance e a faixa etária das políticas definidas por lei”. *Id.* 597. Não está claro como “o interesse na natureza da propriedade” difere de um interesse de propriedade e em que “relação especial” os pré-embriões estão, eles mesmos, intitula-

dos. No entanto, o Tribunal de Apelação do Arizona, depois de considerar que um pré-embrião de três dias não era uma pessoa para o efeito do Estatuto da morte faltosa do Arizona, adotou a designação suprema do Tennessee do pré-embrião como ocupando uma posição intermédia entre bens e pessoas. *Jeterv. Mayo Clinic*, 121 P. 3d 1256, 1261 (2005).

<sup>71</sup> *Condado de Santa Clara v. S. Pac. R. R.*, 118 U.S. 394 (1886) (sustentando que as corporações são pessoas, na aceção da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos).

<sup>72</sup> Lawrence B. Solum, *Personalidade jurídica para Inteligência Artificial*. 70 N. C. L. J. 1231, 1239 (1992).

<sup>73</sup> *O Povo. v. Cass*, 467 1324 (Mass. (interpretar Mass. Gen. Laws C. 90, Sec. 24 (g)).

<sup>74</sup> *Id.* 1325 (quoting Hashimiv. Ka'il, 446N. E. 2d1387, 1389 (Mass. 1983) (determinar se é uma alternativa viável o feto ser uma pessoa).

<sup>75</sup> *Id. Veja Estados Unidos ex Tel. Standing Bear v. Crook*, 25 F. Cas. 695, 697 (D. Neb. 1879) (No. 14,891) (confrontar a nova questão se os índios americanos foram “pessoas” ou “partes”, na aceção da Lei Federal do Habeas Corpus). O Tribunal apontou Webster's, que “descreve uma pessoa como ‘uma alma vivente, um auto-consciente sendo, um agente moral, um homem, mulher ou criança, uma corrida para o ser humano individual’”, e observou que “o ponto primeiro da revista dos Estatutos declara que o termo «pessoa» inclui parcerias e sociedades”, e encontrou que o mandado estava disponível para os Índios.

<sup>76</sup> *Compare Didonato v. Wortman*, 358 S.E.2d 489, 490 (N.C. 1987) (concluindo que fetos são pessoas na aceção do ilegal estatuto de morte com *State v. Beale*, 376 S.E.2d 1, 4 (N.C. 1989) (que conclui que fetos não são pessoas na aceção do estatuto de homicídio do estado). A palavra “pessoa” também pode ter um significado diferente entre diferentes estatutos, mesmo numa mesma jurisdição.

<sup>77</sup> *Veja What We Talk About When We Talk About Persons: The Language of a Legal Fiction*, 114 Harv. L. Ver. 1745 (2001). *Veja também, Michael D. Rivard, Toward a General Theory of Constitutional Personhood: A Theory of Constitutional Personhood for Transgenic Humanoid Species*, 39 UCLA L. Rev. 1425, 1466 (1992) (assenta que na esfera da constituição federal, “ao invés de desenvolver uma coerente teoria unificada sobre a pessoalidade, a Suprema Corte segue um resultado de abordagem orientada. Se a Corte

determina que uma sociedade deva ser protegida pela Primeira Emenda, por exemplo, à sociedade é garantida constitucionalmente a pessoalidade. A pessoalidade é assim uma conclusão, não uma questão.”).

- <sup>78</sup> É assim que a lei constitucional federal, que não é a *common law*, opera. *Doe v. Shalala*, 862 F. Supp. 1421, 1426 (D. Md. 1994); *Roe v. Casey*, 464 F. Supp. 483 (E.D. Pa. 1978) *aff'd.*, 623 F.2d 829 (3d Cir. 1980). Veja Wise, *Rattling the Cage*, nota 04, p. 107-118 (discute-se como a evolução da pessoalidade no *common law* sobre os fetos humanos ocorreu). Esta evolução está inteiramente separada da decisão em *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) que nega a pessoalidade do feto humano com base na Emenda Quatorze da Constituição dos Estados Unidos.
- <sup>79</sup> *Dietrich v. Habitantes de Northampton*, 138 Mass. 14 (1884).
- <sup>80</sup> Veja, Wise, *Rattling the Cage*, nota 04, p. 107-114. O caso *Holmes* está em *Dietrich v. Habitantes de Northampton*, 138 Mass. 14 (1884).
- <sup>81</sup> *Woods v. Lancet*, 102 N.E.2d 691, 692 (N.Y. 1951).
- <sup>82</sup> *Id.* em 694 (citando *United Australia, Ltd. V. Barclay Banl, Ltd.*, A.C. 1, 29 (1941)).
- <sup>83</sup> *d.* (citando *Funk v. United States*, 290 U.S. 371, 382 (1933)).
- <sup>84</sup> *Id.*
- <sup>85</sup> *Id.* em 695(citando *Woods v. Lancet*, 105 N.Y.S.2d 417, 418 (App. Div. 1951) (Heffernan J., dissente)).
- <sup>86</sup> Veja genericamente ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS, *supra* nota 3; WISE; RA TLING THE CAGE , *supra* nota 5; Nussbaum, *supra* nota 3; Tribe, *supra* nota 3; Verchick, *supra* nota 3; WISE, TRAÇANDO UMA LINHA, *supra* nota 4; Wise, *Hardly a Revolution*, *supra* nota 4.
- <sup>87</sup> Veja *supra* notas 25-35 e respectivo texto para uma discussão da investigação científica.
- <sup>88</sup> Pesquisa Zogby 5 Pergunta 3 (entrevistas realizadas entre 24 e 27 de abril de 2001)[a seguir pesquisa Zogby]( em arquivo do autor).
- <sup>89</sup> *Id.* no 9, Questão 15.

- <sup>90</sup> Pascal Gigneux et al. *The ethics of research on great apes*, 437, NATUREZA 27, 28 (1 de setembro de 2005). Veja também Chimpanzee Sequencing and Analysis Consortium, nota supra 29 a 83.
- <sup>91</sup> VandeBerg et al. Nota supra 14 a 32. Nota Complementar a Resposta do Primeiro Secretário para o Comitê de Procedimentos com Animais, Relatório Provisório na Análise do Ato de Operação com Animais (Procedimentos Científicos) de 1986, de 2 (1997) (Em arquivo do autor) (afirmando que “Grandes símios... nunca foram utilizados antes do Ato de 1986 como animais de laboratório. Mas isto não tem sido previamente banido. O Governo não irá permitir a sua utilização no futuro. Esta é uma questão de moralidade. O conhecimento das características comportamentais e das qualidades desses animais significa que é antiético tratá-los como dispensáveis para pesquisa.”), Relatório Intercalar disponível em <http://www.apc.gov.uk/reference/ar97.pdf> (acesso em 10 de dezembro de 2006).
- <sup>92</sup> 7 U.S.C.A. § 2143 (a) (2) (B) (West 2006).
- <sup>93</sup> 42 U.S.C.A. § 287a-3a (West 2006).
- <sup>94</sup> 16 U.S.C.A. § § 6301-05 West (2006). O Congresso incluiu os macacos grandes na definição do estatuto de grandes primatas. Veja Charles Siebert, *Planet of the retired apes*, N.Y. TIMES MAG., 24 de julho de 2005, número 29. Não há excesso de populações de gorilas e orangotangos americanos.
- <sup>95</sup> Liberdade é um direito não-comparativo. Outros requisitos, talvez menores, existam para a concessão da liberdade pessoal (ou corporal) como um direito de igualdade comparativa.
- <sup>96</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMENTÁRIOS \*92-\*93.
- <sup>97</sup> THOMAS D. MORRIS, SOUTHERN SLAVERY AND THE LAW 1619-1860 61-80 (Univ. da Carolina do Norte, impresso em 1996); A. Leon Higgenbotham, Jr. & F. Michael Higgenbotham, “*Yearning to Breathe Free*”: *Legal Barriers Against and Options in Favor of Liberty in Antebellum Virginia*, 68 NYU L. REV. 1213, 1222-1223 (1993) (afirmando que em momentos diferentes, a Virginia tratava os escravos negros como bens móveis pessoais ou imóveis). Veja também *Neal v. Farmer*, 9 GA 555, 561 (1851) (“Propriedade no fiador, foi tão absoluta como nos bovinos ou noutras matérias.”).

- <sup>98</sup> A. Leon Higgenbotham, Jr. & Barbara Kopytoff, *Property First, Humanity Second: The Recognition of the Slave's Human Nature in Virginia Civil Law*, 50 OHIO ST. L. J. 511, 534, 535, 538 (1989).
- <sup>99</sup> *E.g.*, Peter v. Hargrave, 46 Va. (5 Gratt.) 12, 14-17 (1848) (grifos no original).
- <sup>100</sup> Eu devo a minha breve discussão sobre a escravidão medieval inglesa principalmente a DAVID A. E. PELTERET, *SLAVERY IN EARLY MEDIAEVAL ENGLAND: FROM THE REIGN OF ALFRE UNTIL THE TWELFTH CENTURY* (Londres 1995) [posteriormente PELTERET].
- <sup>101</sup> *Id.* em 78.
- <sup>102</sup> DAVID BRION DAVIS, *THE PROBLEM OF SLAVERY IN WESTERN CULTURE* 39 (Univ. de Cornell, impresso em 1966) [posteriormente DAVIS], no século XII, Evesham Abbey tinha “cinco escravos e uma fiadora. Depois de trinta e dois vilões”. PELTERET, *supra* nota 100, em 239.
- <sup>103</sup> Compare JOHN HAMILTON BAKER, *THE COMMON LAW TRADITION* 325 (Hambleton Impresso em 2000) [posteriormente BAKER] (“o vilão não era um escravo no senso romano, nem era de propriedade de seu senhor...”) Com 3 WILLIAM HOLDSWORTH, *A HISTORY OF ENGLISH LAW* 491, 495 (1956) [posteriormente HOLDSWORTH] (“A maioria das regras e máximas da concepção romana de propriedade lhes foram aplicadas. Seu senhor tinha poder absoluto sobre seus corpos e seus bens. Ele poderia vendê-los e tratá-los como quisesse, porque eram os seus bens móveis.”).
- <sup>104</sup> PAUL R. HYAMS, *KING, LORDS AND PEASANTS IN MEDIEVAL ENGLAND: THE COMMON LAW OF VILL EINAGE IN THE TWELFTH AND THIRTEENTH CENTURIES*, 2-3 (Univ. de Oxford Impresso em 1980) [posteriormente HYAMS] (citando A CORREIÇÃO DE LONDRES DE 1244 (H. W. Chew & M. Weinbaum eds., 1970)).
- <sup>105</sup> Smith v. Brown e Cooper (1701) 91 Eng. Rep. 566 (K.B.).
- <sup>106</sup> Bryan v. Walton, 14 Ga. 185, 199 (1853).
- <sup>107</sup> DAVIS, nota 102, em 38, 39, 3 HOLDSWORTH, nota *supra* 103, em 491, 495; Bryan v. Walton, 14 GA 185, 199 (1853) (“Onde o seu senhor não estava interessado, um vilão era um homem livre em todos os seus negócios.”). Alguns desejavam negar ao vilão não livre quaisquer direitos legais. Ele não é sem direitos, quase por definição? Maitland, na verdade, disse sobre o



vilão: “Em relação ao seu senhor, a regra geral faz dele sem direitos [enquanto] a lei criminal... o protege na vida e membro ... protegê-lo na vida e membro. ... Maitland chamaria de escravo de “sem direitos”, mesmo quando sua vida estivesse legalmente protegida contra a violência de seu mestre. Afinal de contas, o direito inglês moderno protege os animais domésticos contra os maus tratos, sem dar-lhes qualquer direito legal de recurso contra seus mestres. Este ponto de vista, embora não seja o argumento parece sensato o suficiente. É evidente que um objeto, do cão ou vilão, devem ser protegidos pela lei sem ter a habilidade de iniciar, ele próprio, um processo legal para executar essa proteção.

<sup>108</sup> HYAMS nota supra, 104, em 125-126 n.3 (citações omitidas) (observe que Glanville também deve ter “pensado em termos de uma analogia entre vilões e animais domésticos”). WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMMENTÁRIOS 98.

<sup>109</sup> Paul R. Hyams, *The Action of Nafity in the Early Common Law*, 90 L.Q. REV. 326, 333-335 (1974); R.C. VAN CAENEGEM, *ROYAL WRITS IN ENGLAND FROM THE CONQUEST TO GLANVILLE* 343-344 (1958-1959).

<sup>110</sup> Hyams nota supra 109, a 326, 3 HOLDSWORTH, nota supra 103, a 497. “Nafity” às vezes era escrito “neifty” e também foi chamado de o mandado de “*nativo habendo*”.

<sup>111</sup> Hyams nota supra 109, a 327, 328-331. Veja *Somerset v. Stewart*, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (KB), 3 HOLDSWORTH, nota supra 103, a 497. A habilidade do vilão de utilizar este mandado foi levado pelo Parlamento durante o reinado de Edward III. 25 Edw. 3<sup>o</sup>, st. 5, cap. 18 (utilização do mandado de *libertate probanda* não impediria que o senhor de efetuasse a apreensão de um vilão fugitivo).

<sup>112</sup> *Somerset*, (1772) 98 Eng. Rep. 499.

<sup>113</sup> *Pigg v. Caley*, Noy 27 (K.B. 1618).

<sup>114</sup> ELSA DE HAAS, *ANTIQUITIES OF BAIL: ORIGIN AND HISTORICAL DEVELOPMENT IN CRIMINAL CASES TO THE YEAR 1275* 62 (AMS Impresso em 1966) [posteriormente DE HAAS] roll de 1165 a 1166. ...) (grifos no original).

<sup>115</sup> Maxwell Cohen, *Some Considerations on the Origin of Habeas Corpus*, 16 CAN. B. REV. 92, 96, 97 (1938) (citação omitida).

116 In: Caso Williamson, 26 P. 9, 25 (1855) (Lowrie, J., concordando). Ver Somerset, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (K.B.); Mais v. Watts, (1700) 88 Eng. Rep. 1426, 1428 (K. B).. (“Se um *homine replegiando* for intentado, e ao réu requerer como parte o seu vilão, isto é um bom retorno para o delegado realizar, e não haverá reivindicação até o requerente dar segurança, isto no Tribunal; e posteriormente deverá seguir um Mandado ... para o delegado para que entregue ao requerente. ...”) (Grifos no original). Veja também BAKER, nota supra 103 a 332, 3 HOLDSWORTH, nota supra 103 a 497, 498, HERBERT BROOM, Direito Constitucional visto em relação ao Direito Comum 76 nx (George L. Denman ed., 2d ed. 1885); PHINEAS MORRIS PEMBERTON, PRACTICAL TREATISE ON THE LAW OF REPLEVIN IN THE UNITED STATES 238 (2d e rev. ed. 1869) [posteriormente MORRIS] (“Foi um bom retorno para um *homine replegiando* dizer que o réu afirmou o homem como vilão, mas no retorno do mandado ao Tribunal, se qualquer pessoa entrou no Tribunal e deu segurança para que o demandante no Tribunal, num determinado dia, possibilitasse um mandado emitido para o delegado para que entregasse ao requerente ...”) (Grifei).

117 JE COBBEY, A PRACTICAL TREATISE ON THE LAW OF REPLEVIN AS ADMINISTERED BY THE COURTS OF THE UNITES STATES 7,16 (2d ed. 1900).

118 More v. Watts, (1700) 88 Eng. Rep. at 1427 (grifos no original).

119 Huger v. Barnwell, 39 S.C.L. (5 Rich.) 273, 275 (1852). Veja MORRIS, nota supra 116 a 237 (“[O] procedimento no *homine replegiando* era muito semelhante aos dos casos comuns de reivindicação de bens.”) (grifei). Morris dedicou um capítulo de seu tratado de 1869 sobre a lei de reivindicação ao *homine replegiando* porque, ao mesmo tempo, “a reivindicação foi o principal remédio para uma prisão ilegal” que estava sendo usado nos Estados Unidos. Id. EM 236.

120 WILLIAM BLACKSTONE, 3 COMMENTARIOS \* 129. Veja MORRIS, William Blackstone, 3 COMENTÁRIOS \* 129. Veja MORRIS, nota supra 116 a 68. Veja também DE HAAS, nota supra 114, em 67- (“O mandado de *homine replegiando* foi obtido, ‘como é claro’ da Chancelaria para a liberação de qualquer garantia que um delegado ou uma pessoa privada tinha apreendido e foi a detenção de um prisioneiro.”) (citações

omitidas). O *homine replegiando* foi, em substância, o processo de reivindicação, aplicado com a finalidade de retirar uma pessoa da prisão. Já que bens móveis ilegalmente penhorados poderiam ser recuperados por seu proprietário pela ação de reivindicação, então, uma pessoa detida ilegalmente poderia recuperar sua liberdade através deste mandado. Desde que apareceu em Bracton, é tão antiga quanto a primeira metade do século XIII. Ele foi direcionado ao delegado ordenando-lhe que libertasse um homem que estivesse na prisão ou que estivesse sob a custódia de uma pessoa nomeada pelo mandado.

- <sup>121</sup> Cowperthwaite v. Jones, 2 E.U. (2 Dall.) 55 (1790). Veja também Dallin H. Oaks, *Habeas Corpus in the States -- 1776-1865*, de 32 cm U. L. REV. 243, 284 (1965) [posteriormente Oaks]. Lord Mansfield, ocasionalmente, empunhou o mandado de habeas corpus de maneira semelhante. Ver nota infra 197 e respectivo texto.
- <sup>122</sup> COBBEY, *nota supra* 117 a 41. Veja também 66 AM. JUR. 2D Replevin §6 a 503 (2001).
- <sup>123</sup> Quanto aos escravos humanos, ver, e. g., Gullett v. Lamberton, 6 Ark 109, 117 (1845). No direito consuetudinário, o mandado de devolução de propriedade mantida contra a lei era aplicado aos escravos. Ver Lay v. Lawson, 23 Ala 377 (1845); McLennon Bethea v., 23 N.C. 523 (1840). o Mandado de devolução de propriedade mantida contra a lei e mandado de reivindicação, ambos poderiam ser invocados para recuperar bens móveis detidos injustamente para que o demandante tivesse o direito de posse, mas a lei de reivindicação era invocada quando a tomada original era ilegal, enquanto o mandado de devolução de mantida contra a lei era apropriada quando o acesso original era legal. 1 Recursos C. J. § 120 (1914).
- <sup>124</sup> F.M. Maitland, *The History of the Register of Original Writs*, 3 HARV. L. REV. 167,219, 217 (1889-1890).
- <sup>125</sup> JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 287, 269 (Peter Laslett ed., Univ. de Cambridge Impresso em 1988) (1690) (grifo no original). O relatório sobre o julgamento pelo Júri em questões de liberdade pessoal da Câmara dos Representantes de Massachusetts questionou se os fundadores tinham a intenção de “yield [julgamento por júri como um direito a todo homem para a investigação de seu título assim como de boi ou um cavalo, e retê-lo em um julgamento que envolvia a posse... de si mesmo?”. COMMON WEALTH OF MASS. HOUSE OF REPRESENTATIVES, REPORT ON THE TRIAL BY JURY IN QUESTIONS OF

- PERSONAL FREEDOM, H. R. DOC. NO. 51, 7 (Mass 1837) [posteriormente MASS, HOUSE REPORT] (Grifos no original). Veja também David Favre, *Equitable Self-Ownership for Animals*, 50 DUKE J. L. 473, 481 n.29 (2000).
- <sup>126</sup> C.B. MACPHERSON, *THE POLITICAL THEORY OF POSSESSIVE INDIVIDUALISM – HOBBS TO LOCKE* 3 (1962). A idéia de “individualismo possessivo” precedia ambos, Locke e Hobbes, pelo menos, trezentos anos TUCK nota supra, 18 a 3, 16-29.
- <sup>127</sup> Oaks, nota supra 121 a 281. Oaks diz que o mandado não se aplica nem à enfermaria nem aos vilões. *Id.*
- <sup>128</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 3 COMMENTARIOS \* 129. Veja MORRIS, William Blackstone, 3 Ver procedimentos descritos na Oaks nota supra 121 a 281-282. Veja também Cohen nota supra 115 a 97 (“era circunscrita por tantas exceções explícitas que não poderia ser usado para a maioria das prisões em delitos importantes, ou por comando especial do rei, ou o seu Chefe de Justiça, e provavelmente era usado apenas em casos de detenções privadas ou violações da paz e não no montante de crime.”) (citação omitida).
- <sup>129</sup> Opinião sobre o Mandado de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng Rep. 29, 31, 49 (Resposta do Sr. Justice Wilmot para as questões propostas aos Juízes da Câmara dos Lordes, na segunda leitura do projeto de lei, [entitulada], Um Ato para dar um Remédio Mais Rápido ao Assunto, sobre o mandado de *Habeas Corpus*). “Este mandado, que é obtido através do Tribunal de Chancery numa declaração, vai para o delegado, e ordena-lhe que reivindique o homem. Se ele não pode o reivindicar, devolve, e sai do processo imediatamente para apreender a pessoa que está em custódia, e ele é preso até que ele se produza a prova. “*Id.* a 49.
- <sup>130</sup> Um comentarista, acreditando que o *homine replegiando* é o remédio mais eficaz que o *habeas corpus*, encorajou o seu uso. Anônimo, *Some Defects in the Law of Habeas Corpus*, 22 LEI. REV. 149 (1855).
- <sup>131</sup> JAMES KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 31 (4th ed. 1840).
- <sup>132</sup> *Belt v. Dalby*, 1 U.S. 167 (Pa. 1786).
- <sup>133</sup> Oaks nota supra 121 a 282. Abolicionistas encontraram este útil e antigo mandado na emergência de negros provenientes dos receptores de es-

cravos nos estados do norte. Também foi tecnicamente disponível para proprietários de escravos visando recapturar seus bens móveis humanos, mas um recurso processual do mandado anulou a sua utilidade pelos sulistas: questões suscitadas pelo mandado eram suscitadas pelo júri, e alguns júris do norte nos anos de 1850 simpatizavam com os receptores de escravos. William M. Wiecek, *The Great Writ and Reconstruction: The Habeas Corpus Act of 1867*, 36 J. S. HIST. 530, 535 (1970).

- <sup>134</sup> Muitos estados incorporaram o Sistema da Common Law Inglês ou leis inglesas em seu sistema legal. ALA. CODE § 1-3-1 (2005) (common law sem data); ARK. CODE ANN. § 1-2-119 (2005) (common law sem data); Leis são de 24 de março de 1606); CAL. Código Civil § 22.2 (2005) (common law sem data); COLO. REV. STAT. ANN. § 2-4-211 (2005) (common law sem data); leis são datadas do quarto ano de James I, salvo a segunda seção do capítulo sexto da Elizabeth quarenta e três, o oitavo capítulo de Elizabeth 13<sup>a</sup>, e o nono capítulo de Henry, trinta e sete, o Oitavo) DEL. CONST. SCHEDULE, § 18 (2005) (common law de 1776); FLA. STAT. ANN. § 2.01 (2005) (common law e e leis datadas de 4 de julho de 1776); GA. CODE ANN. § 1-1-10 (2005) (common law de 14 de maio de 1776); HAW. REV. STAT. § 1-1 (2005) (common law sem data); IDAHO CODE § 73-116 (2005) (common law sem data); 5 ILL. COMP. STAT. 50/1 (2005) (common law sem data); leis são datadas do quarto ano de James I, salvo a a segunda seção do capítulo sexto da Elizabeth quarenta e três, o oitavo capítulo de Elizabeth 13<sup>a</sup>, e o nono capítulo do 37<sup>o</sup> Henry 18) IND. CODE ANN. § 1-1-2-1 (2005) (common law sem data ; salvo a segunda seção do capítulo sexto da Elizabeth quarenta e três, o oitavo capítulo de Elizabeth 13<sup>a</sup>, e o nono capítulo de Henry, trinta e sete, o Oitavo) KY. CONST. § 233 (2005) (todas as leis em vigor em 01 de junho de 1792; common law sem data; leis de 4 de julho de 1776); MD. CONST. DECLARAÇÃO DE DIREITOS , art. V (common law has sem data.) MASS. CONST, pt. 2, ch. VI, art. VI (2005) (common law e leis que foram modificadas antes da adoção da Constituição de Massachusetts em 1780); Commonwealth v. Rowe, 153 N.E. 537 (Mass. 1926); MISS. CONST, art. VI, § 146 (2005) (common law has sem data e utilizada como guia); Mo. REV. STAT. § 1.010 (2005) (common law sem data; leis datadas da primeira parte do reinado de James I); MONT. CODE ANN. § 1-1-109 (2005) (common law sem data); NEB. REV. STAT. §49-101 (2005) (common law sem data); NEV. REV. STAT. § 1.030 (2005) (common law sem data); N.H. CONST, pt. 2, art. 90 (common law, leis inglesas em reforma em New Hampshire ); N.J. CONST, art. XI, § 1, p.

3 (1947) (common law de 1776); N.M. STAT. § 38-1-3 (2005) (estados nos quais a common law estará em efeito, mas cortes interpretaram como common law inglesa de 4 de julho de 1776); *Browning v. Estate of Browning*, 3 N.M. 659, 684 (1886); OR. CONST, art. XVIII, § 7 (2003); 1 PA. CONS. STAT. § 1503 (2005) (a common law e as leis da Inglaterra em vigor em 14 de maio de 1776); R.I. GEN. LAWS § 43-3-1 (2005) (nenhuma referência a common law; leis inglesas introduzidas pela Declaração de Independência); S.C. CODE ANN. § 14-1-50 (2004) (common law sem data); TEX. CIV. PRAC & REM. CODE ANN. § 5.001 (2005) (common law sem data); VA. CODE ANN. § 1-200 (2005) (common law sem data). Outros estados se referem genericamente a “common law” sendo incorporada na legislação do estado. ALASKA STAT. § 01.10.010 (2005); ARIZ. REV. STAT. § 1-201 (2005); KAN. STAT. ANN. § 77-109 (2005); MICH. CONST, art. III, § 7; NY. CONST, art. I, § 14; N.C. GEN. STAT. § 4-1 (2005); N.D. CENT. CODE § 1-01-03 (2005); OKL. STAT. ANN. tit. 12, § 2 (2005); S.D. CODIFIED LAWS § 1-1-23 (2005); TENN. CONST, art. XI § 1; UTAH CODE ANN. § 68-3-1 (2005); VT. STAT. ANN. tit. I, § 271 (2005); WASH. REV. CODE § 4.04.010 (2005); WIS. CONST, art. XIV, § 13 (2005); WYO. STAT. ANN. § 8-1-101 (2005). Não há legislação ou disposição constitucional para Connecticut, Maine, Minnesota, Ohio, ou Louisiana. Entretanto todos exceto o estado da Louisiana influenciados pelo sistema da civil law incorporaram a common law inglesa e as leis através de decisões judiciais. *Baldwin v. Walker*, 21 Conn 168 (1851); *Colley v. Merrill*, 6 Me. 50, 55 (1829); *Cleveland, Columbus & Cincinnati R.R. Co. v. Keary*, 3 Ohio St. 201, 205-206 (1854); *Congdon v. Congdon*, 200 N.W. 76, 82 (Minn. 1924) (sem decisão de ser a common law em vigor ao tempo da Revolução ou ao tempo da Adoção das Ordenações de Noroeste de 1787).

<sup>135</sup> Oaks, nota supramencionada 121, na pagina 283

<sup>136</sup> THOMAS D. MORRIS. *FRE E MEN ALL—TH E PERSONAL LIBERTY LAWS OF THE NORTH 1780-1861* 11 (Johns Hopkins Univ. Press 1974) [hereinafter MORRIS].

<sup>137</sup> Por exemplo, *Margaret v. Muzzy* (1768) (Middlesex Inferior Ct.) (Cambridge); 2 *LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS*, Case. No. 40, 58 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965). Cf. *Oliver v. Sale*, *Quincy's Reports* 29 (1762) (no qual um conselho para dois negros utilizou o precedente de homem replegiando contra o defensor, que vendeu seus clientes como escravos). Veja também 1 *Mass. Gen Laws. ch. 58* (1786). Depois

comissários recomendaram revisões nas Leis Gerais de Massachusetes através da disposição que aquele habeas corpus “oferece um remédio efetivo e completo para todos os casos de prisão ou restrição ilegal nos quais o precedente de *homine replegiando* é raramente utilizado” em 1834, o precedente foi abolido no ano seguinte. COMMONWEALTH OF MASS. REPORT OF THE COMMISSIONERS APPOINTED TO REVISE THE GENERAL STATUTES OF THE COMMONWEALTH, pt. 3, 220 (1834). Foi abolido talvez como advertência ou sem a adequada consideração, “ talvez como um sinal para o Sul. MASS. HOUSE REPORT, nota supracitada 125, nat 7; veja também MORRIS, nota supracitada 136, nas páginas 64-65. Nova Iorque manteve os procedimentos tradicionais do precedente. Ver *Skinner v. Fleet*, 14 Johns 263, 268-269 (N.Y. Sup. Ct. 1817); *Covenhoven v. Seaman*, 1 Johns Cas. 23, 24 (N.Y. Sup. Ct. 1799).

<sup>138</sup> MASS. HOUSE REPORT, nota supracitada 125, na pagina 20 (ênfase na original)

<sup>139</sup> Oaks, nota supracitada 121, nas paginas 283-284 n.219 (1965). “O precedente de *homine replegiando*] existiu como parte da common law; e . . . não exigiu um procedimento formal de sancionamento para lhe conceder validade nas colônias.” MASS HOUSE REPORT, nota supracitada 125, na pagina 6. Eu geralmente não discuto casos de estados nos quais o precedente foi vencido por leis federais de escravos fugitivos. Ver por exemplo *Jack v. Martin*, 12 Wend. 311 (N.Y. Sup. Ct. 1834); *Wright v. Deacon*, 5 Serg. & Rawle 62 (Pa. 1819).

<sup>140</sup> *Elkison v. Deliesseline*, 8 F. Cas. 493, 497 (C.C.D.S.C. 1823) (No. 4366) manifestações internas omitidas). A corte também disse que o precedente *de homine replegiando* era adequado mesmo quando o habeas corpus não o fosse.

<sup>141</sup> *Jack v. Martin*, 14 Wend. 507 527 (N.Y. Ct. Err. 1835).

<sup>142</sup> *In re Martin*, 16 F. Cas. 881, 882 (C.C.S.D.NY. 1835) (No. 9154) (ênfase adicionada).

<sup>143</sup> 1821 Me. Laws ch. 66 (1821)

<sup>144</sup> Não apenas não seria aplicado aos casos relacionados a captura de um escravo pelo feitor, como também “à parte que conduz alguém sob sua subordinação de acordo com um contrato” incluindo uma criança ou um aprendiz. *Richardson v. Richardson*, 32 Me. 560, 563 (1851). Ver *Bridges v. Bridges*, 13 Me. 408, 411 (1836) (Foi indagado o que um supervisor

deve fazer se seu aprendiz é encontrado por seu pai? É uma resposta suficiente que o precedente não seja o remédio adequado... Não há dúvidas que uma detenção de um menor de idade ou uma prisão ilegal devem ser confrontadas através do habeas corpus”) (ênfase no original).

<sup>145</sup> E.g., *Butler v. Delaplaine*, 7 Serg. & Rawle 378 (Pa. 1821); *Alexander v. Stokeley*, 7 Serg. & Rawle 299 (Pa. 1821); *Wilson v. Belinda*, 3 Serg. & Rawle 396 (Pa. 1817).

<sup>146</sup> *Ex Parte Lawrence*, 5 Binn. 304, 304 (Pa. 1817) (ênfase no original). De homine replegiando, no entanto, “parece ser adequado para escravos e donos de escravos sob as mesmas bases.” *Oaks*, supra note 121, at 284.

<sup>147</sup> *In re Brown* (unreported), in *SLAVERY IN THE COURTROOM: AN ANNOTATED BIBLIOGRAPHY OF AMERICAN CASES* 78 (Paul Finkelman ed., 1985).

<sup>148</sup> E.g., *MISS. COMP. STATS. 1802-30*, § 8, nas paginas 664; 1814 VA. ACTS § 314, em 68. Massachusettes aboliu o precedente em 1835, provavelmente em razão da legislação haver aceito o pedido de Comissários que solicitaram uma revisão das leis gerais que consideravam o precedente e o habeas corpus como “os instrumentos adequados para todos os casos de prisão ilegal ou restrição para os quais o precedente de homine replegiando é raramente usado”, ou talvez porque isto foi temporariamente capitulado pela pressão do sudoeste por sua eliminação. *COMMONWEALTH OF MASS., REPORT OF THE COMMISSIONERS APPOINTED TO REVISE THE GENERAL STATUTES OF THE COMMONWEALTH*, pt. 3, na pagina 229 (1834). Ver também *MORRIS*, nota supracitada 136, paginas 64-65; *MASS. REV. STATS. 1836*, ch. III, § 38.

<sup>149</sup> *Huger v. Barnwell*, 39 S.C.L. (5 Rich.) 273, 274 (1852)

<sup>150</sup> *Idem* na pagina 275.

<sup>151</sup> *De Lacy v. Antoine*, 34 Va. (7 Leigh) 438, 439 (1836) (ênfase no original). Da mesma forma. Mesmo quando a igualdade legal foi encoberta pela igualdade determinada pela Décima quarta Emenda à Constituição Norte-Americana, ela continua existindo. Ver *WISE, RATTILING THE CAGE*, nota supra 4, na pagina 295 n.116.

<sup>152</sup> *United States ex rel. Standing Bear v. Crook*, 25 F. Cas. 695, 697 (CCD. Neb. 1879) (No. 14,891).



- <sup>153</sup> United States ex rel. Standing Bear v. Crook, 25 F. Cas. 695, 697 (CCD. Neb. 1879) (No. 14,891)
- <sup>154</sup> Ver nota supracitada 133 o texto que lhe acompanha.
- <sup>155</sup> Ver Zogby Poll, nota 88 e o texto.
- <sup>156</sup> A favor “Suica”, nota 1.
- <sup>157</sup> William Blackstone, 3 COMENTÁRIOS \* 129; DAVID CLARK & GERARD McCoy, o mais fundamental
- <sup>158</sup> William F. Duker, The Origins Inglês do Mandado de Habeas Corpus: A Caminho peculiar a Fama, 53 N.Y.U. L. REV. 983, 984-85 (1978). O Édito Perpétuo em Digest de Justiniano tem o pretor convocando antes dele o freeman ilegalmente detidos por meio de uma chamada de writ libero homine exhibendo (“produzir a pessoa”). Veja Albert S. Glass, Aspectos Históricos de Habeas Corpus, 9 ST. L. JOHN’S REV. 55, 56 (1934).
- <sup>159</sup> William F. Duker, The English Origins of the Writ of Habeas Corpus: A Peculiar Path to Fame, 53 N.Y.U. L. REV. 983, 984-85 (1978). O Édito perpétuo do Digesto de Justiniano previa a situação do pretor de detenção conforme o precedente chamado de homine libero exhibendo (“produz a pessoa”). See Albert S. Glass, Historical Aspects of Habeas Corpus, 9 ST. JOHN’S L. REV. 55, 56 (1934).
- <sup>160</sup> Duker, nota 158, em 988-989.
- <sup>161</sup> HENRY DE BRACON, ON THE LAWS AND CUSTOMS OF ENGLAND 474-77 (Travers Twiss ed., 1878).
- <sup>162</sup> Duker, nota 158, em 994, 1000. Ver por exemplo Y.B. Hill. 12 Rich. II pi. 18 (1388).
- <sup>163</sup> Duker, nota 158, em 994, 1000. Ver por exemplo Y.B. Hill. 12 Rich. II pi. 18 (1388).
- <sup>164</sup> Cohen, nota 162, em 11; Cohen, nota 115, em 110, 116.
- <sup>165</sup> Duker, nota 158, em 1012-15 (estabelecendo que o precedente de prerrogativa desenvolvido permitiu que aqueles especialmente associados ao Parlamento, aos ministros e oficiais e clérigos das cortes reais fossem julgados perante aqueles tribunais; Cohen, nota 162, em 14. Ver exemplo., Y.B. Mich. 17 Edw. II fol. 37, pi. 9 (1344) {habeas corpus foi combinado com audita querela [o processo utilizado pelo defensor numa ação

contra uma decisão contrária )); Edward Jenks, *The Story of the Habeas Corpus*, 18 L. Q. REV. 64, 69-72 (1902). O precedente de prerrogativa permitiu que aqueles com alguma relação especial junto à corte fossem julgados por ela. Cohen, nota 162, em 16-17.

- <sup>166</sup> *Williamson v. Lewis*, 39 Pa. 9, 27 (1861); Y.B. Trin. 24 Edw. Ill , fol. 27, pi. 3 (1351). Ver WILLIAM S. CHURCH, *A TREATISE ON THE WRIT OF HABEAS CORPUS* 4 (2d ed. 1893) (fixando que assim como Henry VI (1422-1461), o cum causa foi “usado para confrontar uma detenção privada”); Hurd, nota supracitada 16, em 131.

Observou-se também no final do século dezesseis que o Habeas Corpus ad respondendum—como forma usada quando um homem numa ação contra quem o confinou apresentasse sua manifestação perante uma corte inferior—era distinto do Habeas Corpus ad subjiciendum et recipiendum—forma usada quando uma pessoa fosse detida em um processo criminal; e pouco depois a forma ad fasciendum et recipiendum se tornou adequada para o caso de um defensor numa ação civil, perante uma corte inferior desejasse propor a ação perante uma corte superior.

- <sup>167</sup> ROBERT J. SHARPE, *THE LAW OF HABEAS CORPUS* 4-7 (2nd. ed. 1989); Duker, nota 148, em 1002-25; Cohen nota 162, em 16-25.
- <sup>168</sup> Maxwell Cohen, *Habeas Corpus Cum Causa: The Emergence of the Modern Writ—II*, 18 CAN. B. REV. 172, 197 (1940). See also Neil Douglas McFeeley, *The Historical Development of Habeas Corpus*, 30 Sw. L. J. 585, 586-88 (1976); Cohen, nota 162, em 19, 28, 32. Cohen se refere ao precedente como *corpus cum causa ad subjiciendum*. Idem em 35.
- <sup>169</sup> Cohen, nota 162, em 19-25
- <sup>170</sup> *Hellyard’s (or Hillyard’s) Case*, (1587) 74 Eng. Rep. 455 (CP.). Depois, quando no retorno o prisioneiro fosse declarado detido por uma determinação especial da suprema corte ou por autoridade do Corpo de Conselho, o prisioneiro frequentemente permanecia. Duker, nota 158, em 1026-30.
- <sup>171</sup> Também chamado de *Caso Darnel*, 3 Como. São Tr. 1 (1627). Para as discussões do caso ver Sharpe, *supra* nota 167, em 13/09 e da Igreja, *supra* nota 166, a 4-8. Sharpe escreve, “É, talvez, justo dizer que os argumentos estritamente legal, o tribunal poderia ter facilmente vir para baixo em ambos os lados, e que as pressões políticas e, talvez, o political convictions of the judges, tipped the scale in the King’s favour.” Sharpe, *supra*

note 167, at 13. See also Cohen, *supra* note 162, at 37-39. Cohen acreditava que a importância era porque ele era a base para o ataque contra o aprisionamento ordenado pelo rei e porque era um método rápido . . . para só ser preso perante um tribunal competente e ter ser interrogado e ouvido e a legalidade da detenção aguida e julgada.

<sup>172</sup> Car. I, ch. 1, § 5 (1628), available at <http://www.constitution.org/eng/pe-tright.htm> (Dec. 2006)

<sup>173</sup> Conferir *supra* notas 134 and 240 para citações aos estados que adotaram o *common law* e leis da Inglaterra e especificamente o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law*.

<sup>174</sup> Duker, *supra* notea 158, at 1035 (ênfatisa também) (quoting Procedimentos no Parlamento relatando para a liberdade do sujeito, (1628) 3 How. St. Tr. at 59, 154). See Cohen, *supra* nota 162, at 28 (“o mais significativo e significativo desenvolvimento do *writ* nos séculos de 1600 e 1700 foi o crescimento do *habeas corpus ad subjiciendum* e o uso do *writ* para testar a validade de todos os aprisionamentos.” *Ad subjiciendum significa* “submeter a’ ou sofrer.”)

<sup>175</sup> 16 Car. 1, ch. 10. Presumably this referred to the *habeas corpus adsubjiciendum*.

<sup>176</sup> *Caso Bushell’s*, (1670) 124 Eng. Rep. 1006,1007 (CP.) (ênfatisa acrescentada).

<sup>177</sup> See Cohen, *supra* nota 168, at 181-184; 9 HOLDSWORTH, *supra* nota 103, at 120.

<sup>178</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 3 COMMENTARIES \*135.

<sup>179</sup> Veja o caso do Sheriff de Middlesex, (1840) 113 Eng. Rep. 419, 424 (Q.B.). Cohen, *supra* nota 168, at 186 n.133 (“detenções civis’... is intended para incluir não só os casos onde se tem um prisão em execução ou como like process at the suit of a party, mas os casos de detenções privadas como os compromissos com o corpo not being courts of law, yet having power to commit.”). In 1816, o estatuto do *writ* foi estendido para custódias privadas, o qual passou a ser tratado pelo *writ* do direito comum. 56 Geo. III, ch. 100(1816).

<sup>180</sup> *Williamson v. Lewis*, 39 Pa. 9, 29 (1861) (“Muita perplexidade cresceu em muitas mentes para confundir o *writ* do direito comum com o with the do estatuto, e portanto é importante distinguir eles.”). Essa referên-

cia ao Ato de Habeas Corpus Act de 1785 da Pensilvânia, o qual era similar ao Ato de Habeas Corpus Act inglês de 1679.

- <sup>181</sup> Hurd, *supra* note 20, at 199, 208. “Após a revolução gloriosa, os esforços da legislatura para melhorar o writ de *Habeas Corpus* era secundária para os juizes. De fato, os juizes estavam sempre preparados . . . para interpretar as leis do direito comum e o estatuto das leis num caminho da maior eficiência do writ.” 9 HOLDSWORTH, *supra* note 103, at 122 (emphasis in original)
- <sup>182</sup> HOLDSWORTH, *supra* note 103, at 119. See Church, *supra* note 166, at 70 (stating that at *common law*, the writ of *habeas corpus* “estendido para todos os caos de prisão ilegal, se reclamado perante autoridades públicas ou privadas.”); Hurd, *supra* note 20, at 87.
- <sup>183</sup> Sharpe, *supra* note 167, at 68; Opinião no Writ de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng. Rep. 29, n.(a)3
- <sup>184</sup> 1 JAMES OLDHAM, THE MANSFIELD MANUSCRIPTS AND THE GROWTH OF ENGLISH LAW IN THE EIGHTEENTH CENTURY 6 (Univ. of North Carolina Press 1992) (quoting *Legal Observer* (Dec. 1835).
- <sup>185</sup> COBBETT’S PARLIAMENTARY HISTORY OF ENGLAND 900 (1809) (emphasis added)
- <sup>186</sup> Opinião no Writ de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng. Rep. at 33-38, 42. O Juiz Wilmot disse: Quando o writ de *habeas corpus*] foi primeiramente aplicado para o alívio contra as prisões privadas, não aparece; mas sempre que isso foi, a maneira do seu uso parece ter adotado do writ of *homine replegiando*, o qual foi o verdadeiro remédio do direito comum para a asserção da liberdade contra a pessoa privada: e o writ nunca é never usado é claro, mas foi ampliado pela petição... e um juramento feito, abre a fundação no qual este é pedido. *Id.* at 37. O writ de *habeas corpus*... parece na prática ter substituído no [de *homine replegiando*’s] lugare...” *Id.* at 38. “O writ de *homine replegiando*... foi o único remédio específico provido pelo direito comum, para a proteção e defesa de sua liberdade, contra qualquer invasão privada nela.” *Id.* Blackstone escreveu que o writ of *de homine replegiando* “serve para retirar um homem da prisão, ou da custódia de alguma pessoa privada (da mesma maneira que chattels colocados em agonia deve ser libertados...) sob a segurança

do cherife de que o homem deve ser dado para responder qualquer processo contra ele” 3 Blackstone, Comentários \*129.

<sup>187</sup> Parecer sobre o Mandado de Habeas Corpus, (1758) 97 Eng. Rep. em 36.

<sup>188</sup> *Id. em 36, 37.*

<sup>189</sup> *Id. em 32,36,37.* Ver William Blackstone, 3 COMENTÁRIOS \* 132. Veja também Caso Hobhouse, 1 St. Tr. N.S. App. 1346 (1820); Hurd, *supra* nota 20, na 224 n.3 (citando No Matter of Winder, 2 Clifford, 89). Aqui, um pedido de habeas corpus se assemelha o mandado de replegiando de homine. *Id. em 33.*

<sup>190</sup> See Somerset v. Stewart, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (K.B.).

<sup>191</sup> 1 tell James Somerset’s story in STEVEN M. WISE, THOUGH THE HEAVENS MAY FALL: THE LANDMARK TRIAL THAT LED TO THE END OF HUMAN SLAVERY (Da Capo Press 2005).

<sup>192</sup> Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 482, n. 11, 481 (2004).

<sup>193</sup> Veja geralmente Adele Hast, o estatuto legal do negro na Virgínia, 1705-1765, 54 J. DE NEGRO HIST. 217 (1969). Estudos recentes tem demonstrado que Nome de Steuart, “Stewart” no repórteres, foi realmente escrito “Steuart.” Vou me referir a ele como “Steuart,” a menos que eu estou citando o nome do caso.

<sup>194</sup> WISE, *supra* note 191, at 59-110.

<sup>195</sup> Hoje, o status “amigo próximo” aparece fácil justamente para se tornar sob o direito comum dos Estados Unidos da América. Sharpe, *supra* nota 167, at 222-23. No entanto, nas cortes federais dos Estados Unidos, o status de “amigo próximo” é mais por pouco permitido adotado para o *writ of habeas corpus* proposto sob uma autoridade estatutária. 28 U.S.C.A. § 2242 (West 2006) (provendo que o writ pode ser proposto não só “por pessoa a quem o alívio é intentado” mas também por qualquer um atando em se nome”). Veja 1 RANDY HERTZ & JAMES S. LIEBMAN, FEDERAL HABEAS CORPUS PRACTICE AND PROCEDURE, § 8.3, at 384-401 (4<sup>th</sup> ed. 2002). No *Whitmore v. Arkansas*, a Suprema Corte dos Estados Unidos estatuiu que “amigo próximo.: quer dizer que não significa considerar como certo automaticamente quem quer que procure mover uma ação em nome de outrem. As decisões do estatuto do habeas corpus, em vigor, aderiu firmemente a no mínimo dois pré-requisitos para o significado de amigo próximo”. Primeiro, um

“amigo próximo” deve ser uma explanação adequada – para inacessíveis, incompetente mentais, ou com outra deficiência – porque a parte realmente interessada não pode aparecer em seu próprio nome para propor a ação (citações omitidas). Segundo, o “amigo próximo” deve ser realmente dedicado para o melhor interesse da pessoa em nome da qual procura litigar (citação omitida) e foi mais sugerido que o “amigo próximo” deve ter algum relacionamento significativo com a parte realmente interessada. *Davis v. Austin*, 492 F. Supp. 273, 275-276 (N.D. Ga. 1980) (pastor e primo de primeiro grau do preso teve denegado o significado de “amigo próximo”). O incômodo é no “amigo próximo” estabelecer claramente a propriedade deste status e assim justificar a jurisdição da corte... e de acordo com a tradição antiga da doutrina, nós concluímos que uma necessária condição para “amigo próximo” estabelecida na corte federal é uma demonstração de que o propositor “amigo próximo” que é a parte realmente interessada, está inábil para litigar em causa própria devido a sua incapacidade mental, falta de acesso à corte, ou outra incapacidade similar. As limitações na doutrina no “amigo próximo” é dirigida pela reconhecimento de que não foi pretendido que o *writ of habeas corpus* possa ser disposto, em matéria de curso, por intrusos ou intromedidos não os convidados, que se classificam como amigo próximo.’ Estados Unidos *ex rel Bryant v. Houston*, 273 F. 915, 916 (2d Cir. 1921); ver também *Rosenberg v. Estados Unidos*, 346 U.S. 273, 291-292 (1953) (Jackson, J., concorrendo com cinco outros juizes) (descartando a prática de dar como certo “amigo próximo” quem foi um estranho à pessoa detida e a seu caso de quem a intervenção não foi autorizada pelo conselho de prisão). *Whitmore v. Arkansas*, 495 U.S. 149, 163-64, 165 (1990). Algumas cortes inferiores interpretaram isso como local para um dois-pronged teste, o um três-pronged teste, recusando a nomear de “amigo próximo” a quem falte um “relacionamento significativo,” enquanto trazendo aberta a possibilidade de que o prisioneiro deve ter relacionamentos não significativos. *Compare Ford v. Haley*, 195 F.3d 603, 624 (11th Cir. 1999) (two-pronged test) with *Coalition of Clergy, Lawyers, & Professors v. Bush*, 310 F.3d 1153 (9th Cir. 2002) (recusando a nomear coalizão como amigo próximo). *But see Bush*, 310 F.3d at 1167 (“Uma instituição com a história estabelecida de preocupação com os direitos individuais dos detidos’ circunstâncias—como o a cruz vermelha ou anistia internacional—devem ser provavelmente mais hábeis para mostrar que isso é realmente dedicado para o melhor interesse dos detidos que o grupo sem a história e com uma gama mais larga de in-

teresses e respaldo) (Berzon, J., concurring); *Hamdi v. Rumsfeld*, 294 F. 3d 598, 604 n.3 (4th Cir. 2002) (three-pronged test) (recusando to nomear um Defensor Público, enquanto reservando “o caso de qualquer um que possua relacionamentos não significativos.”).

<sup>196</sup> Este manuscrito do julgamento de Somerset está em microfilme sob a custódia do Novo York Historical Society. Todas as citações referem-se a esse manuscrito. O Somerset original e a petição de habeas corpus e apoiar depoimentos foram perdidos em uma XX housecleaning século no Escritório de Registros Públicos britânica.

<sup>197</sup> A sentença do Lorde Mansfield e a reação de Granville Sharp e as observações sobre este podem ser encontrados no manuscrito de posse da Sociedade Histórica de Nova York, intitulado *A Report of the Case of Lewis (A Negro) ag. Stapylton, with remarks by G. Sharp* [hereinafter Sharp].

<sup>198</sup> *Id.*

<sup>199</sup> *WISE*, *supra* note 191, at 94-95.

<sup>200</sup> *CLARK & MCCOY*, *supra* note 157, at 47-49.

<sup>201</sup> *Sharp*, *supra* note 197.

<sup>202</sup> *WISE*, *supra* note 191, at 95.

<sup>203</sup> *Elvira*, 57 Va. 561 (1865). See *Foster v. Alston*, 6 How. (Miss) 406, 457 (1842) (no procedimento de *habeas corpus*, “direitos não podem ser reindevidados; nenhum dano pode ser calculado, nenhuma restauração de propriedade pode ser decretada, exceto em casos de escravos, sob nosso estatuto). O artigo I, §§ 9(3) e (4) da Constituição da Confederação estabeleceu que “o privilégio do writ de habeas corpus não deve ser suspenso, a não ser quando em casos de rebelião ou invasão em que a segurança pública deve requerer se” e “[não der conta de alcance, ex post facto direito, ou direito denegando ou prejudicando o direito de propriedade nos negros.” Durante a Confederação, a Suprema Corte de Apelação da Virgínia descarregou um escravo do aprisionamento e enviou ele para seu senhor através do writ de *habeas corpus*.

<sup>204</sup> Quando um pai procurou um recurso de habeas corpus para definir seu filho livre da custódia de sua tia, Lord Mansfield mandou o rapaz liberado, mas disse que ele poderia ir onde o prazer, os direitos do pai teria que ser decidido através de outra ação. *Rex v. Delaval*, (1763) 97 Eng. Rep. 913, 914 (KB) (“[tribunal] é obrigado ... para definir o criança livre

de uma restrição indevida, mas eles não são obrigados a entregá-los ao longo de qualquer órgão, nem para lhes dar qualquer privilégio. “) Senhor Kenyon disse que um pedido de habeas corpus foi indevidamente emitido em nome de um mestre para recuperar uma ilegalmente impressionado aprendiz. *Rei v. Reynolds*, (1795) 101 Eng. Rep. 667 (K.B.). No máximo, o Tribunal de Justiça critério para fazer essas encomendas que considere justo. Ver, por exemplo, *ommonwealth v. Harrison*, 11Missa 63 (1814) (concessão de um habeas corpus concedido por um aprendiz no exemplo do mestre, com o aprendiz sendo “[] em geral”). “[O objeto da writ of habeas corpus] [ils para ‘segurar a liberdade pessoal, não para decidir litígios relativos propriedade. “*Commonwealth v. Robinson*, 1 *Sergo & Rawle* 353, 356 (Pa. 1815) (observando, no entanto, que o tribunal tem autoridade para entregar uma criança a seu pai ou um aprendiz de seu mestre). *Hurd* escreveu que, quando um mestre usou o recurso de habeas corpus para libertar seu escravo de detenção ilegal “, o escravo é levado perante o tribunal sob o writ, ele, assim como o aprendiz ou do bebê, deve, se com capacidade suficiente, ser permitiu que sua liberdade de escolha, e se de tenra idade ou capacidade insuficiente, ele deve ser eliminados sob o writ, como a discricão do tribunal deve ditar. “*Hurd*, supra nota 20, em 552. Veja também *Fay v. Noia*, 372 EUA 391, 423 n.32 (1963) (citando *Coxv. Hakes*, (1890) 15 AC 506, 527-528 (HL); Secretário de Estado da Administração Internav *O'Brien*, (1923) AC 603, 609 (HL) (*Earl Birkenhead*) (“habeas corpus ... pagar [sl um remédio rápido e imperativo em todos os casos de detenção ilegal ou confinamento”); *Foster*, 7 *Mississippi* em 459 (ao abrigo do estatuto de habeas corpus, os danos não podem ser avaliados, nem pode propriedade, exceto os escravos, ser restaurada).

<sup>205</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 1 COMMENTARIES \*424-25.

<sup>206</sup> *Opinion on the Writ of Habeas Corpus*, (1758) 97 Eng. Rep. 29, 42.

<sup>207</sup> *Id.* at 48. No entanto, o Juiz Wilmot continuou, um caso envolvendo um falso retorno não é um irremediável: no direito comum, o writ de *liomine replegiando\** vai claramente aliviar ele. Este writ, o qual é obtido fora da Corte de Chancela através de um juramento, vai para o cherife, e comanda ele para to replever o homem. Se ele não pode replever ele, ele retorna ele, e processa a saída para agarrar o corpo da pessoa que é supostamente para ter ele em sua custódia, e ele é aprisionado até ele apresentar o corpo. *Id.* at 49. O Juiz Wilmot também notou “esse é outro



método com o qual um homem preso [no militar] deve ter a sua liberdade, colocando na gaiola e o retorno fora do caso: e é isso, apelando para a jurisdição sumária, com a qual a corte do King's Bench exercita sob todas as jurisdições inferiores, poderes, e autoridades.

- <sup>208</sup> *Id. 8 Id.* at 43. Os writs não são moldurados ou adaptados para fatos litigiosos: este é um caminho curto e sumário de ter a opinião da Corte sobre um material de direito, onde os fatos são abertos e admitidos . . . se os fatos são controvertidos eles devem ir para um júri; e quando o retorno do habeas corpus é feito e proposto, este é o fim de todo o procedimento, e as partes não têm dia \* na corte; e , por conseguinte, é impossível que um procedimento, como um julgamento, deve ser enxertado sobre isso. *Id.* at 43. O juiz Wilmot também disse que você deve fazer uma pergunta; você deve ter as respostas como esta é dada para você: se isso é suficiente no ponto do direito, os juízes irão te dar um alívio instantâneo; se isso é falso de fato, você recebeu uma lesão; vindicar você mesmo contra o dano numa ação, e quando você provou que o fato era falso, você vai ser entitulado para o completo alívio. *Id.* at 44. Isto foi para preservar o direito de tentar disputer fatos perante um júri. Em 1816, o Ato de 1679 foi emendado para estender para aqueles aprisionados em custódias privadas e os juizes foram permitidos para inquirir a verdade dos fatos no retorno. 56 Geo. II, ch. 100 (1816). Ver Church, *supra* note 166, 228-31, 249; Hurd, *supra* nota 20, em 86.
- <sup>209</sup> Sharpe, nota 167 *supra*, em 66 n. 16 (citações omitidas). O Juiz Sharpe é "a melhor autoridade contemporânea no âmbito do writ." CLARK & MCCOY, nota *supra* 157, em 5.
- <sup>210</sup> Sharpe, nota 167 *supra*, em 66 n. 16 (citações omitidas)
- <sup>211</sup> *Id.* 66 e 14,15.
- <sup>212</sup> Conferir, de forma geral, O Caso da Venus Hottentot (1810) 104 Eng. Rep. 344 (K.B.).
- <sup>213</sup> Conferir *id.*
- <sup>214</sup> Sharpe, *supra*, nota 167, em 65.
- <sup>215</sup> *Id.* P. 67
- <sup>216</sup> Aspecto significativo deste raciocínio é que este indica que a proibição de recurso de decisão denegatória era puramente técnica, e podia ser evitado desde que uma denegação efetiva não estivesse envolvida".

<sup>217</sup> *Id.* p. 72.

<sup>218</sup> *Id.* p. 78.

<sup>219</sup> *Id.* p. 71 (citação omitida). *Accord Fay v. Noia*, 372 U.S. 391, 417n. 27 (1963) (“Ao estabelecer previsão parao exame de fatos em *habeas*...o Ato de 1867 parece ter restaurado, mais do que extendido, a doutrina do *common law* acerca do *habeas corpus*. Já que parece que a doutrina do *common law* acerca da impossibilidade de controvérsia da verdade da denegação estava sujeita a numerosas exceções”) (citação omitida).

<sup>220</sup> WISE, *supra nota* 191, p. 173-74.

<sup>221</sup> ZECHARIAH CHAFEE, JR., *The most important human right in the Constitution*, 32 B.U.L. VER. 143, 143 (1952). CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA, art. I, §9 (“A garantia ao writ do Habeas Corpus não será suspenso, a não ser quando, em Casos de Rebelião ou Invasão, a segurança pública o exigir.”).

<sup>222</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 473 (2004) (citando *Williams v. Kaiser*, 323 U.S.

471, 484 n.2 (1945) (citações internas omitidas)).

<sup>223</sup> *Rasul*, 542 U.S. at 473 (citando *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475, 485(1973), e CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA, art. I, § 9, cl. 2).

<sup>224</sup> Conferir WILLIAM F. DUKER, *A CONSTITUTIONAL HISTORY OF HABEAS CORPUS* 115 (Greenwood Press 1980) (“O writ existente no *common law* do *habeas corpus* funcionava em todas as treze colônias britânicas que se rebelaram em 1776.”); Milton Cantor, *The Writ of Habeas Corpus: Early American Origins and Development*, in *FREEDOM AND REFORM— ESSAYS IN HONOR OF HENRY STEELE COMMAGER* 55, 66-67 (Harold M. Hyman & Leonard W. Levy eds., 1967); Albert S. Glass, *Historical Aspects of Habeas Corpus*, 9 ST. JOHN’S L. REV. 55, 63 (1934) (“As colônias norte-americanas... sempre consideraram o writ como um de seus direitos, garantido a elas por várias cartas e leis como ingleses nativos... Geralmente, durante a história colonial, o writ era garantido sem questionamento.”); A.H. Carpenter, *Habeas Corpus in the Colonies*, 8 AM.HIST. REV. 18, 19-21, 26 (1903) (“Em conclusão, pode ser acrescentado que os direitos dos colonos quanto ao writ do *habeas corpus* fundamentava-se no *common law*, com exceção da Carolina do Sul, que reeditou a lei inglesa.”). O diário da Colônia da Baía de Massachussets,

de 11 de dezembro de 1705, registra que o juiz Samuel Sewell deferiu um *writ de habeas corpus* fundamentado no *common law*. Massachusetts Historical Society Collections, Ser. 5, VI, p. 147. Como a Carolina do Sul, Massachusetts reeditou o *Habeas Corpus Act* de 1679, o qual foi invalidado pelo Privy Council. McFeeley, *supra nota* 168, p. 592.

- <sup>225</sup> McFeeley, *supra nota* 168, p. 591-92. Entretanto, leis editadas após a vigência de uma carta real não eram aplicáveis. *Id.*
- <sup>226</sup> Cantor, *supra nota* 224, p. 65, 73, 74. Conferir Hurd, *supra nota* 20, p. 122. A moção para acrescentar a cláusula “ a não ser quando, em Casos de Rebelião ou Invasão, a segurança pública o exigir” foi aprovada pelo voto de sete estados contra três. *Id.* p. 74. Conferir ainda 2 Journal of the Federal Convention Kept by James Madison 560 (E.H. Scott ed., Law-book Exchange 2003) (1893). Várias constituições estaduais apresentam dispositivos semelhantes. Hurd, *supra nota* 20, p. 127-131.
- <sup>227</sup> Lemmon v. People, 20 N.Y. 562 (1860); Commonwealth v. Aves, 35 Mass. (18 Pick.) 193 (1836); State v. Lasselle, 1 Blackf. 60 (Ind. 1820); Respublica v. Smith, 4 Yeates 204 (Pa. 1805); Respublica v. Blackmore, 2 Yeates 234 (Pa. 1797); Arabas v. Ivers, 1 Root 92 (Conn. Super. Ct. 1784). Em 1855, uma Corte Distrital norte-americana determinou a prisão de Passmore Williamson por se recusar a obedecer um *writ de habeas corpus* emitido a pedido de um senhor de três escravos, os quais Williamson tinha ajudado a escapar enquanto passavam pela Pennsylvania. United States ex rel. Wheeler v. Williamson, 28 F. Cas. 686 (E.D. Pa. 1855) (No. 16, 726).
- <sup>228</sup> State v. Gauthier, 8 Fla. 360, 363-64 (1859).
- <sup>229</sup> State v. Philpot, Dud. 46, 52, 1 Ga. Rep. 375, 378 (Super. Ct. 1831).
- <sup>230</sup> Field v. Walker, 17 Ala. 80, 81 (1849); State v. Fraser, Dud. 43, 43-44, 1 Ga. Rep. 373, 374 (Super. Ct. 1831); Renney v. Mayfield, 5 Tenn. (4 Hawy.) 165, 165-167 (1817). A corte de *Renney* afirmou que o autor poderia acionar por denegação indevida e, se a tese prevalecesse em decisão do júri, haveria “um *pluries habeas corpus*, fundado no registro, e seria liberado.” *Id.*
- <sup>231</sup> State v. Gauthier, 8 Fla. 360, 363 (1859) (afirmando que o *habeas corpus* “tem sido universalmente recusado.
- <sup>232</sup> State v. Fraser, Dud. 43, 43-44, 1 Ga. Rep. 373, 374 (Super. Ct. 1831) (“Por este ato um remédio bastante amplo e complete é dado aos negros mantidos em escravidão que alegam serem livres”); Thornton v. DeMoss, 13

- Miss. (1 S. & M.) 609, 616-617 (1846) (“[É] o único remédio que ele pode seguir...aquele remédio necessário exclui todos os outros e deve ser estritamente seguido.”).
- <sup>233</sup> Higgenbotham, Jr. & Higgenbotham, *supra* nota 97, p. 1213, 1235 n.125 (referindo-se a ações de *habeas corpus*).
- <sup>234</sup> *E.g.*, *Field*, 17 Ala. at 82 (afirmando que a lei “providenciou a maneira através da qual a presunção [de que um negro é um escravo] pode ser removida.”); *Cone v. Force*, 31 Ga. 328, 330 (1860) (“A Assembléia Geral decidiu formalmente e definitivamente tanto o procedimento pelo qual, e o foro no qual, o *status* de negros mantidos em escravidão, mas alegando serem livres, deve ser investigado e determinado.”); *Knight v. Hardeman*, 17 Ga. 253, 260 (1855) (questionando se os estatutos “assegurariam o mais profundo e completo remédio, para permitir pessoas de cor afirmarem sua liberdade?”); *Thornton*, 13 Miss, at 616-617 (sustentando que o remédio estabelecido na lei do Mississippi “necessariamente excluiria qualquer outro, e deve ser estritamente seguido.”).
- <sup>235</sup> *Nicholas v. Burruss*, 31 Va. 289, 298 (1833) (Tucker, J.). *E.g.*, *De Lacy v. Antoine*, 34 Va. (7 Leigh) 438, 439 (1836) («[D]e acordo com a nossa lei, o *habeas corpus* não é o método apropriado para tentar o direito à liberdade. O ato de 1795 prescreveu o remédio que o negro deve seguir...Anteriormente a este ato, o *habeas corpus* e *homine replegiando* eram utilizados por escravos afirmando um direito à liberdade; mas, considerando que tais remédios provaram incômodos e inseguros, um novo procedimento foi prescrito pelo ato já citado, o *homine replegiando* foi recusado, e o *habeas corpus* foi considerado não mais apropriado”). O ato de 1795 foi codificado em 1 Ver. Code ch. 124, §4, p. 481.
- <sup>236</sup> *Peter v. Hargrave*, 46 Va. (5 Gratt.) 12, 14 (1848).
- <sup>237</sup> *Id.* Conferir ainda Leon Higgenbotham, Jr. & Higgenbotham, *supra* nota 97, p. 1213, 1235-36 n.125 (1993). O Freedom Suit Act do Missouri de 1845, Rev. Stat. (1845), ch. 69, p. 531, autorizava uma ação indenizatória por cárcere privado. Nem o *writ* do *habeas corpus* nem o *writ* do *de homine replegiando* eram baseados em uma ficção ou eram uma concessão de que o requerente era um escravo. *Contra*, *Huger v. Barnwell*, 39 S.C.L. (5 Rich.) 273, 275 (1852).
- <sup>238</sup> *Church*, *supra* nota 166, p. 137-38. O *writ* do *habeas corpus* não tem como finalidade a punição do réu, garantir ao autor indenização decorrente

de sua detenção ilegal, ou assegurar direito de propriedade, pois só um júri pode fazer isso. Hurd, *supra* note 20, at 143, 147, 210, 551.

<sup>239</sup> CLARK A& MCCOY, *supra* note 157, at 214.

<sup>240</sup> ALA. CONST, art. I , § 17; ALA. CODE § 15-21-1 (2005); ALASKA CONST, art. I , § 13; ALASKA STAT. § 12.75.010 (2005); ARIZ. CONST, art. I I , § 14; ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-4121 (2005); ARK. CONST, art. I I , § 11; ARK. CODE ANN. § 16-112-103 (2006); CAL. CONST, art. I , § 11; CAL. PENAL. CODE § 1473 (2005); COLO. CONST, art. I I , § 21; COLO. REV. STAT. ANN. § 13-45-102 (2005); CONN. CONST, art. I , § 12; CONN. GEN. STAT. § 52, 466 (2004); DEL. CONST, art. I , § 13; DEL. CODE ANN. tit. 10 § 6902 (2005); FLA. CONST, art. I , § 13; FLA. STAT. § 79.01 (2005); GA. CONST, art. I , § 1, para. 15; GA. CODE ANN. § 9-14-1(2005); HAW. CONST, art. I , § 15; HAW. REV. STAT. § 660-3 (2005); IDAHO CONST, art. I , § 5; IDAHO CODE ANN. § 19-4201 (2005); ILL. CONST, art. I , § 9; I L L . COMP. STAT. 5/10-103 (2003); IND. CONST, art. I , § 27; IND. CODE ANN. § 34-25.5-1-1 (2005); IOWA CONST, ART. I , § 13; IOWA CODE ANN. § 663.1 (2004); KAN. B I L L OF RIGHTS, § 8; KAN. STAT. ANN. § 60-1501 (2005); KY. B I L L OF RIGHTS, § 16; KY. REV. STAT. ANN. § 419.020 (2005); ME. CONST, art. I , § 10; ME. REV. STAT. ANN. tit. 14, § 5501 (2005); MD. CONST. art. III, § 55; MD. CODE ANN., CTS. & JUD. PROC § 3-701 (2005); MASS. CONST, pt. 2, ch. 6, art. V I I ; MASS. GEN. LAWS ch. 248, § 1 (2005); MICH. CONST, art. I , § 12; MICH. COMP. LAWS. ANN. § 600.4301 (2005); MINN. CONST, art. I , § 7; MINN. STAT. ANN. § 589.01 (2005) ; MISS. CONST, art. III, § 21; MISS. CODE ANN. § i i - 4 3 - i (2005); Mo. CONST, art. I , § 12; Mo. ANN. STAT. § 532.010 (2006); MONT. CONST, art. II , § 19; MONT. CODE ANN. § 46-22-201 (2005); NEB. CONST, art. I , § 8; NEB. REV. STAT. § 29-2801 (2005); NEV. CONST, art. I , § 5; NEV. REV. STAT. § 34.360 (2005); N.H. CONST, pt. 2, art. 91; N.H. REV. STAT. ANN. § 534:1 (2005); N.J. CONST, art. I , § 14; N . J . STAT. ANN. § 2A67-13 (2006) ; N.M. CONST, art. II , § 7; N.M. STAT. ANN. § 44-1-1 (2005); N.Y. CONST, art. I , § 4; NY C . P . L . R . § 7003 (2005); N.C. CONST, art. I , § 21; N . C . GEN. STAT. § 17-3 (2005); N.D. CONST, art. I , § 14; N.D. CENT. CODE, § 32-22-01 (2005); OHIO CONST, art. I § 8; OHIO REV. CODE ANN. § 2725.01 (2006); OKLA. CONST art. II , § 10; OKLA. STAT. ANN. tit. 20, § 41 (2005); OR. CONST, art. I , § 23; OR. REV. STAT. § 34.310 (2003); PA. CONST, art. I , § 14; 42 PA. CONS. STAT. ANN. § 6503 (2005); R . I . CONST, art. I , § 9; R . I . GEN. LAWS § 8-8-4 (2006); S.C. CONST, art. I , § 18; S.C. CODE ANN. § 17-17-

10 (2004); S.D. CONST, art. V I, § 8; S.D. CODIFIED LAWS 21-27-1 (2006); TENN. CONST, art. I, § 15; TENN. CODE ANN. § 29-21-101 (2005); TEX. CONST, art. I, § 12; TEX. GOV'T CODE ANN. § 26.047 (2005); UTAH CONST, art. I, § 5; UTAH CODE ANN. § 78-35-1 (2005) (determinando que os juízes que indevidamente e dolosamente se recusam a garantir um writ de habeas corpus devidamente requerido paguem US\$5.000,00 ao requerente prejudicado); VT. CONST, ch. I I I, § 41; VT. STAT. ANN. tit. 12, § 3951 (2005); VA. CONST, art. I, § 9; VA. CODE ANN. § 8.01-654 (2005); WASH. CONST, art. I, § ; WASH. REV. CODE § 4.04.010 (2005); w. VA. CONST, art. ni, § 4; W. VA. CODE § 53-4-1 (2005); Wis. CONST, art. I, § 8; Wis. STAT. § 782.01 (2005); WYO. CONST, art. 1, § 17; WYO. STAT. ANN. 1-27-101 (2005).

<sup>241</sup> Cf Forbes v. Cochran, (1824) 107 Eng. Rep. 450, 458-459 (K.B.) (Best, J.).

<sup>242</sup> Conferir *supra* nota 134 e texto que a acompanha.

<sup>243</sup> Conferir *supra* notas 214-219 e texto que as acompanha.

<sup>244</sup> *Em favor de Suíça, supra* nota 1.

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> *Id.*

<sup>247</sup> Conferir *supra* notas 134 and 240 para citações aos estados que adotaram o *common law* e leis da Inglaterra e especificamente o *writ* do *habeas corpus* fundamentado no *common law*.

<sup>248</sup> JANE GOODALL, THE CHIMPANZEES OF GOMBE—PATTERNS OF BEHAVIOR 207 -230 (Belkap Press 1986).

<sup>249</sup> ROGER FOUTS & STEPHEN TUKEL MILLS, NEXT OF KIN—WHAT CHIMPANZEES HAVE TAUGHT M E ABOUT WHO WE ARE 354-358 (William Morrow & Co. 1997).

Recebido em: 28/11/2011.

Aprovado em: 02/02/2012.