

PRINCÍPIOS GERAIS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM TEMÁTICA E COMPARATIVA

Ricardo Perlingeiro
Emilie Ghio

ORGANIZADORES

Portuguese
• versions •
and English

NUPEJ
uff

PRINCÍPIOS GERAIS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM TEMÁTICA E COMPARATIVA

Ricardo Perlingeiro

Emilie Ghio

Organizadores



Princípios Gerais da Cooperação Jurídica Internacional: uma abordagem temática e comparativa

Realização



Apoio



Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej),
Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense,
Rua Presidente Pedreira, 62, Ingá, Niterói/RJ, Brasil, CEP: 24210-470;
tel.: (21) 2629-9654; e-mail: < nupej.propi@id.uff.br >.

Universidade Federal Fluminense (UFF)

Reitor: Antônio Claudio Lucas da Nóbrega

Vice-Reitor: Fabio Barboza Passos

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação: Andrea Brito Latge

Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej)

Coordenador: Ricardo Perlingeiro

Vice-Coodenador: Jean Albert Souza Saadi

Conselho Técnico Científico do Nupej

Aluísio Gomes da Silva Júnior, Delton Ricardo Soares Meirelles, Helena Elias Pinto, Jean Albert de Souza Saadi

Membros do Nupej

Pesquisadores efetivos: Aluísio Gomes da Silva Junior, Barbara Lupetti, Claude Adélia Moema Jeanne Cohen, Delton Ricardo Meirelles, Fernanda Duarte, Helena Elias Pinto, Jean Albert de Souza Saadi, Maria Lívia do Nascimento, Rafael Mario Iorio Filho, Ricardo Perlingeiro, Rosa Inês de Novais Cordeiro

Pesquisadores visitantes: Alice Storey, Anne Richardson Oakes, Emilie Ghio

Faculdade de Direito (ESD)

Diretor: Fernanda Pontes Pimentel

Vice-Diretor: Sérgio Túlio Santos Vieira

Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA)

Coordenadora: Helena Elias Pinto

Vice-Coodenadora: Maria Lívia do Nascimento

Departamento de Ciências Judiciárias (DCJ)

Chefe de Departamento: Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Vice-Chefe de Departamento: Rafael Mario Iorio Filho

Ricardo Perlingeiro | Emilie Ghio (Orgs.)

Princípios Gerais da Cooperação Jurídica Internacional: uma abordagem temática e comparativa

Emilie Ghio, Guilherme Calmon Nogueira da Gama,
Letícia Fontestad Portalés, Lissa Griffin, Nadia Naim,
Ricardo Perlingeiro, Sarah Lucy Cooper

1ª Edição

Niterói

Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej)

2020

Copyright © 2020 by Ricardo Perlingeiro, Emilie Ghio

Direitos desta edição reservados ao Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej)

Acesso livre e gratuito. Comercialização proibida.

É autorizada a cópia deste livro e também a reprodução do seu conteúdo, desde que indicada a fonte.

Ficha Elaborada por Asy Sanches

P957

Princípios Gerais da Cooperação Jurídica Internacional: uma abordagem temática e comparativa [livro eletrônico] / Ricardo Perlingeiro, Emilie Ghio (orgs.). – 1ª ed. – Niterói, RJ : Nupej. 2020.
113 p.

Inclui Bibliografia

Disponível em: <<http://nupej2.sites2.uff.br>>

Formato: PDF

ISBN 978-65-00-08502-0

1. Cooperação Jurídica Internacional. 2. Direito Internacional Privado. I. Perlingeiro, Ricardo (Org.). II. Ghio, Emilie (Org.). III. Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej).

CDD 21ª - 341.9

Equipe Editorial do Nupej

Editora-Chefe: Maria Lívia do Nascimento (UFF)

Conselho Editorial: Anne Richardson Oakes (Birmingham City University, Reino Unido); Bárbara Lupetti (UFF); Claude Adélia Moema Jeanne Cohen (UFF); David Capitant (Universidade Paris 1/ Panthéon-Sorbonne, França); Diana-Urania Galetta (Universidade de Milão, Itália); Edilson Pereira Nobre (Universidade Federal de Pernambuco); Fernanda Duarte (UFF); Flávia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Germana de Oliveira Moraes (Universidade Federal do Ceará); Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná); Hermann-Josef Blanke (Universidade de Erfurt, Alemanha); Jacques Ziller (Universidade de Pavia, Itália); José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro); Juliana Ferraz Coutinho (Universidade do Porto, Portugal); Karl-Peter Sommermann (Universidade de Speyer, Alemanha); Leticia Fontestad (Universidade de Málaga, Espanha); Lígia Bahia (Universidade Federal do Rio de Janeiro); Nádia de Araújo (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro); Odete Medauar (Universidade de São Paulo); Pedro Aberasutry (Universidade de Buenos Aires, Argentina); Rafael Mario Iorio Filho (UFF); Roberto Kant de Lima (UFF); Rosa Inês de Novais Cordeiro (UFF); Sidney Luiz de Matos Mello (UFF); Sueli Dallari (Universidade de São Paulo).

Conteúdo (português)

Nota à presente publicação	11
Introdução. Teoria e Prática dos Princípios Gerais da Cooperação Jurídica Internacional: uma Abordagem Temática e Comparativa <i>por Ricardo Perlingeiro e Emilie Ghio</i>	12
1. Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Harmonização: Lições do Direito da Insolvência Transfronteiriça <i>por Emilie Ghio</i>	14
2. Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Igualdade entre Nações: Lições do Direito Penal e Processual Penal <i>por Lissa Griffin</i>	20
3. Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Reciprocidade: Lições do Direito Extradicional <i>por Leticia Fontestad Portalés</i>	28
4. Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Ordem Pública: Lições do Direito de Propriedade Intelectual <i>por Nadia Naim</i>	32
5. Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Jurisdição: Lições do Direito de Família <i>por Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	38
6. Cooperação Jurídica Internacional e os Princípios do Reconhecimento e da Execução de Decisões Estrangeiras: Lições do Direito Sanitário <i>por Sarah Lucy Cooper</i>	43
7. Cooperação Jurídica Internacional e Questões Processuais: Lições do Direito Administrativo e Ambiental <i>por Ricardo Perlingeiro</i>	54
Autores	61
Tradutoras	63

Contents (english)

Note	65
Introduction. Theory and Practice of General Principles of International Legal Cooperation: a Thematical and Comparative Approach <i>by Ricardo Perlingeiro e Emilie Ghio</i>	66
1. International Legal Cooperation and the Principle of Harmonisation: Lessons From Cross-Border Insolvency <i>by Emilie Ghio</i>	68
2. International Legal Cooperation and the Principle of Equality Among Nations: Lessons from Criminal Law and Procedure <i>by Lissa Griffin</i>	74
3. International Legal Cooperation and the Principle of Reciprocity: Lessons from Extradition Law <i>by Leticia Fontestad Portalés</i>	81
4. International Legal Cooperation and the Principle of Public Policy: Lessons from Intellectual Property Law <i>by Nadia Naim</i>	85
5. International Legal Cooperation and the Principle of Jurisdiction: Lessons from Family Law <i>by Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	90
6. International Legal Cooperation and the Principles of Recognition and Enforcement: Lessons from Healthcare Law <i>by Sarah Lucy Cooper</i>	95
7. International Legal Cooperation and Procedural Issues: Lessons from Administrative and Environmental Law <i>by Ricardo Perlingeiro</i>	104
Authors	111

Textos em Português

Nota à presente publicação

A presente obra é uma compilação dos resumos em inglês e em português elaborados pelos expositores da Mesa-Redonda “Teoria e prática dos princípios gerais da cooperação jurídica internacional: uma abordagem temática e comparativa”, do *Collaborative Research Network / CRN1*, no âmbito do Encontro Anual 2020 da *Law Society Association*, ocorrida na plataforma Zoom dia 29 de maio de 2020. A referida mesa-redonda foi presidida por Fernanda Duarte e organizada por Ricardo Perlingeiro e Emilie Ghio e integra uma das atividades de pesquisa desenvolvidas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá em parceria com a Faculdade de Direito da *Birmingham City University*, com o apoio do Núcleo de Ciências do Poder Judiciário da Universidade Federal Fluminense. A versão em inglês dos resumos foram originariamente publicados no volume 23, número 32 da Revista *Juris Poiesis*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

Niterói/Birmingham, 3-4 de setembro de 2020.

Introdução

Teoria e Prática dos Princípios Gerais da Cooperação Jurídica Internacional: uma Abordagem Temática e Comparativa

Ricardo Perlingeiro
Emilie Ghio

tradução por Paula Ladeira Vidal

Esta publicação traz os resumos expandidos das exposições que foram apresentadas na mesa-redonda sobre Cooperação Jurídica Internacional na conferência da *Law and Society Association* em Denver, de 28 a 31 de maio de 2020. A mesa-redonda foi organizada pelo Professor Ricardo Perlingeiro, da Universidade Estácio de Sá (Brasil), e pela Dra. Emilie Ghio, da *Birmingham City University* (Reino Unido). O evento reuniu especialistas de diferentes jurisdições de todo o mundo para discutir a teoria e a prática de determinados princípios gerais da cooperação judicial internacional, numa perspectiva temática e comparativa.

O debate sobre a cooperação jurídica internacional é amplo e rico, e, nas últimas duas décadas, muitas contribuições acadêmicas sugeriram recomendações para vários desafios. Contudo, as discussões em torno de questões de cooperação judicial a nível internacional geralmente têm adotado uma abordagem global, centrada nos desafios processuais, ou uma abordagem temática, centrada em áreas específicas do Direito. Nós acreditamos que há espaço para ideias inovadoras que poderão avançar a discussão para além dessas linhas de pesquisa estabelecidas. É por essa razão que a mesa-redonda em Cooperação Jurídica Internacional na Conferência da LSA em Denver adotou tanto uma abordagem teórica, quanto uma abordagem concreta, ao mesmo tempo em que se empenhou em debates teóricos e também comparativos.

O elemento comparativo da discussão decorre da variedade de jurisdições representadas na mesa-redonda: Brasil, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia. As bagagens jurídicas diversas dos debatedores permitem uma abordagem temática

da discussão acerca de determinados princípios gerais de cooperação jurídica internacional, já que têm expertise em: (i) Direito Administrativo e Ambiental; (ii) Direito Penal; (iii) Direito de Família; (iv) Direito da Insolvência; (v) Propriedade Intelectual; (vi) Direito e Saúde; e (vii) Extradicação.

Metodologicamente, a mesa-redonda procedeu da seguinte forma: foram apresentados alguns princípios gerais de cooperação jurídica internacional selecionados. Dentre eles: (i) igualdade entre nações; (ii) harmonização; (iii) reciprocidade; (iv) ordem pública; (v) competência internacional; (vi) reconhecimento e execução de decisão estrangeira; e (vii) questões processuais gerais. Cada princípio foi atribuído a um especialista, que o discutiu de uma maneira teórica, expondo como é empregado e, eventualmente, levantando questionamentos, no contexto da cooperação jurídica internacional. Na sequência desta breve exposição teórica, os outros participantes se juntaram ao debate e deram exemplos de como o princípio apresentado se aplica a sua própria área de especialização. Eles assinalaram os casos em que esses princípios causam – ou resolvem – problemas no âmbito da cooperação jurídica internacional.

A singularidade da discussão decorreu do fato de os debatedores terem visões distintas sobre o mesmo princípio, dependendo de sua especialidade e jurisdição. Essa diversidade é bem-vinda, uma vez que ilustrará a riqueza do debate sobre cooperação jurídica internacional e encorajará os leitores a refletir sobre a relação de complementaridade entre as diferentes abordagens de assuntos comuns.

Os resumos expandidos que figuram nesta publicação são os resultados preliminares da pesquisa conduzida pelos participantes da mesa-redonda da LSA sobre os supra-mencionados princípios gerais da cooperação jurídica internacional. O Professor Guilherme Calmon, da Universidade Estácio de Sá (Brasil), discutiu o princípio da competência internacional, a partir da perspectiva do Direito de Família; a Dra. Leticia Fontestad Portales, da *Universidad de Málaga* (Espanha), discorreu sobre o princípio da reciprocidade de tratamento, usando exemplos da legislação de extradicação; já a Professora Lissa Griffin, da *Pace University* (Estados Unidos), abordou o princípio da igualdade entre nações, a partir da perspectiva do Direito Penal; a Dra. Nadia Naim, da *Birmingham City University* (Reino Unido), por seu turno, analisou o princípio da ordem pública a partir da perspectiva da Propriedade Intelectual; o Professor Ricardo Perlingeiro, da Universidade Estácio de Sá (Brasil), discutiu princípios processuais, usando exemplos do Direito Administrativo; finalmente, a Dra. Emilie Ghio, da *Birmingham City University* (Reino Unido), teve como objeto de seu artigo o princípio da harmonização, a partir da perspectiva do Direito da Insolvência.

Capítulo 1

Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Harmonização: Lições do Direito da Insolvência Transfronteiriça

Emilie Ghio

tradução por Paula Ladeira Vidal

Resumo

O presente projeto avalia como a harmonização pode ser promovida e alcançada na União Europeia – UE – sem um sistema jurídico completamente uniforme. O projeto foca na cooperação jurídica internacional como forma de promover a harmonização em toda a UE. Utilizará a área do Direito da Insolvência Transfronteiriça como um estudo de caso para investigar a interação entre harmonização e cooperação jurídica internacional. Este texto apresenta as hipóteses preambulares e algumas conclusões preliminares deste projeto.

Palavras-chave

Cooperação jurídica internacional, harmonização, direito da insolvência.

Sumário

1. Introdução
2. Funções e agenda da harmonização
3. Harmonização e cooperação jurídica internacional
4. Desafios à harmonização do direito da insolvência transfronteiriça na UE: o papel da cooperação jurídica internacional

1. Introdução

A relação entre harmonização e cooperação jurídica internacional é íntima. Na União Europeia (UE), essa ligação é particularmente visível no artigo 81 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, que estabelece que “[a] União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. *Essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros*” (grifo nosso). O dispositivo confere à UE competência para promover a cooperação jurídica internacional em matéria civil com implicações transfronteiriças, com base no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões em processos extrajudiciais. Os atos adotados pela União Europeia ao abrigo do artigo 81 do TFUE podem ter diversos objetivos, incluindo assegurar a compatibilidade das normas de Direito Internacional Privado dos Estados-membros (conflitos de leis e conflitos de competência). O escopo dessa atribuição não é limitado pela matéria em causa, isto é, qualquer aspecto dos conflitos de leis e de competência pode ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 81.

Como resultado da ampla competência que confere à UE,¹ o artigo 81 do TFUE tem sido a base jurídica de um número crescente de regulamentos no domínio do Direito Internacional Privado e do Processo Civil. Por exemplo, o Regulamento sobre Processos de Insolvência (1346/2000)² foi o primeiro regulamento adotado com base no artigo 65 do Tratado da União Europeia – TUE (atual artigo 81 do TFUE). Sua versão reformulada (2015/848) tem o mesmo fundamento legal.³ Seu objetivo é aproximar as legislações dos Estados-Membros no campo do Direito da Insolvência Transfronteiriça, que é abrangido pelo escopo da cooperação jurídica internacional em matéria civil.⁴ Assim, no domínio do Direito da Insolvência Transfronteiriça, alcançar a harmonização está intrinsecamente relacionado à cooperação jurídica internacional.

2. Funções e agenda da harmonização

O projeto começa focando nas funções e nos objetivos da harmonização. Essa análise teórica aborda, de início, o contexto do desenvolvimento do processo de harmonização,

¹ Em comparação, por exemplo, com o artigo 114 do TFUE, que é ligeiramente mais restrito, uma vez que permite à UE adotar medidas de harmonização das regras nacionais apenas se essas forem necessárias para o estabelecimento e funcionamento do Mercado Único. Por conseguinte, em comparação com o artigo 114 do TFUE, o artigo 81 do TFUE não exige que seja comprovada uma ligação entre as medidas de harmonização da UE e o bom funcionamento do Mercado Único.

² COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000. Relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 30 jun. 2000. n.º L160, p. 1-18. [doravante, Regulamento Europeu da Insolvência de 2000].

³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015. Relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 5 jun. 2015. n.º L 141, p. 19-72 [doravante, Regulamento Europeu da Insolvência de 2015].

⁴ Regulamento Europeu da Insolvência de 2015, Considerando 3.

centrando-se na harmonização do Direito da Insolvência Transfronteiriça na conjuntura da promoção da integração do Mercado Único da UE e da garantia do seu bom funcionamento. Esta seção, portanto, determina a forma que o processo de harmonização deve assumir para alcançar os objetivos de criar uma “união cada vez mais estreita”⁵ e de estarem os Estados “unidos na diversidade”, a fim de integrar o Mercado Único.⁶ Analisa várias disposições do pacto, tais como a competência original da UE para construir o Mercado Único, prevista nos artigos 2º⁷ e 3º⁸ do *Treaty establishing the European Economic Community* – TCE (Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia – TCEE), e nos artigos 26º⁹ e 114º¹⁰ do TFUE.

Em um segundo momento, é elaborada uma análise linguística da palavra “harmonização”, para determinar se: (1) a harmonização afasta a diversidade jurídica; e (2) a harmonização equivale à uniformidade. O ponto de partida é a palavra “aproximação”, que é a mais usada nos tratados quando se fala em promover a integração do Mercado Único. Com o tempo, o termo “aproximação” tem sido substituído pelo termo mais genérico “harmonização”. Entretanto, a falta de consenso quanto ao significado de “harmonização” na literatura acadêmica, bem como nos documentos da UE, gerou confusão quanto aos verdadeiros objetivos da UE na construção do Mercado Único. De fato, esta seção mostra que a palavra “harmonização” é frequentemente usada de maneira intercambiável com palavras como “aproximação”, “convergência”, “coordenação” e “uniformidade”.

⁵ Art. 1º do TUE.

⁶ Ver UNIÃO EUROPEIA. The EU motto. União Europeia, [s.d.].

⁷ Art. 2 do TCE: “The Community shall have as its task, by establishing a common market and progressively approximating the economic policies of Member States, to promote throughout the Community a harmonious development of economic activities, a continuous and balanced expansion, an increase in stability, an accelerated raising of the standard of living and closer relations between the States belonging to it.” ou art. 2º do TCEE: “A Comunidade tem por missão, através do estabelecimento de um mercado comum e da aproximação progressiva das políticas econômicas dos Estados-Membros, promover em toda a Comunidade um desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas, uma expansão contínua e equilibrada, o incremento da estabilidade, o aumento acelerado do nível de vida e o estreitamento das relações entre os Estados que a ela pertencem” (tradução nossa).

⁸ Art. 3 do TCE: “For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include: ... (b) a common commercial policy; (c) an internal market characterised by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital; ... (h) the approximation of the laws of the Member States to the extent required for the functioning of the common market...” ou art. 3 do TCEE: “Para os fins previstos no artigo 2º, as atividades da Comunidade devem incluir: ... b) uma política comercial comum; c) um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de bens, pessoas, serviços e capital; ... h) a aproximação das legislações dos Estados-Membros na medida necessária para o funcionamento do mercado comum....” (tradução nossa)

⁹ Art. 26 do TFUE: “A União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento...”

¹⁰ Art. 114 do TFUE: “[...] O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.”

Conclui-se que:

- (1) Harmonização não significa uniformidade, mas, sim, aumento da semelhança;
- (2) Harmonização é um termo genérico que engloba métodos regulatórios diversos, como aproximação, convergência e harmonização reflexiva.
- (3) Harmonização pode ser alcançada através de diferentes meios, o que inclui medidas legislativas como regulamentos e diretivas, mas também meios mais suaves e flexíveis, como a cooperação jurídica internacional.

3. Harmonização e cooperação jurídica internacional

Esta seção relaciona o uso de medidas de harmonização para alcançar o objeto global de promover a integração do Mercado Único com a cooperação jurídica internacional. A partir de uma análise constitucional do artigo 81 do TFUE, passa-se então a examinar a sinergia entre harmonização e cooperação jurídica internacional. Como ponto de partida, essa interação é considerada de dois ângulos: (1) cooperação jurídica internacional como premissa da harmonização; e (2) cooperação jurídica internacional como uma alternativa à harmonização; espera-se que novas pesquisas nessa área levem a associações adicionais entre cooperação jurídica internacional e harmonização.

O intuito deste trabalho é determinar se a intervenção legislativa é suficiente para alcançar a harmonização (definida na seção 2). Ele avalia como a harmonização pode ser promovida sem um sistema jurídico completamente uniforme, avaliando o papel da cooperação jurídica internacional no processo de harmonização.

4. Desafios à harmonização do direito da insolvência transfronteiriça na UE: o papel da cooperação jurídica internacional

A seção final aplica as discussões teóricas anteriores ao campo do Direito da Insolvência Transfronteiriça. Analisa os desafios do processo de harmonização e determinará qual o papel da cooperação jurídica internacional na promoção de um sistema de insolvência mais harmonizado na UE. Com efeito, a diversidade que caracteriza os sistemas jurídicos nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, que é simultaneamente a sua maior força e a sua maior fraqueza, concretiza-se no domínio do Direito da Insolvência Empresarial. As diferenças na legislação europeia em matéria de insolvência são vistas como um obstáculo ao bom funcionamento do Mercado Único da UE, uma vez que podem dificultar a administração eficaz dos processos de insolvência, criando assim barreiras ao investimento transfronteiriço.¹¹ Como resultado, a harmonização dos regimes nacionais de insol-

¹¹ COMISSÃO EUROPEIA. Commission staff working document executive summary of the impact assessment accompanying the document commission recommendation on a new approach to business failure and insolvency, SWD (2014) 61 final. Bruxelas, 12 de março de 2014. p. 2; COMISSÃO EUROPEIA. Commission inception impact assessment “initiative on insolvency”, 2016. p. 2-3 ; UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019. Sobre os regimes de reestruturação

vência dos Estados-Membros tem estado no topo da agenda das instituições da UE nas últimas duas décadas. A última crise econômica e financeira mundial acelerou esse frenesi de harmonização, mediante a entrada em insolvência de uma média de 200.000 empresas por ano na UE, resultando na perda de 5,1 milhões de postos de trabalho ao longo de três anos.¹²

Só nos últimos cinco anos, as instituições europeias têm sido muito prolíficas na criação de um quadro legal abrangente de insolvência transfronteiriça, através da elaboração de diversas medidas legislativas. Portanto, um maior grau de harmonização no Direito da Insolvência tem sido recentemente um tema em pauta na UE, não só para os legisladores, mas também para o Judiciário, que é uma instituição-chave no sistema de insolvência. A UE tem se concentrado na harmonização de diferentes aspectos do Direito da Insolvência Transfronteiriça, tais como a reestruturação pré-insolvência, a regulamentação do *forum shopping* e uma maior cooperação entre os tribunais.

O projeto foca nas obrigações legais impostas aos tribunais da UE em casos de insolvência transfronteiriça. Centra-se nas disposições do Regulamento Europeu 2015/848 relativo aos processos de insolvência, especialmente nos Considerandos 48-40; artigos 41-43; e 56-59, que chamam a nossa atenção para o fato de que a cooperação e a comunicação entre tribunais são mecanismos fundamentais em casos de insolvências transfronteiriças. Curiosamente, o Considerando 48 do Regulamento também solicita aos tribunais que levem em conta as melhores práticas, normas e diretrizes desenvolvidas por instituições e organizações internacionais ativas na área do Direito Internacional de Insolvência. De fato, a cooperação jurídica internacional em processos de insolvência transfronteiriços não tem estado em pauta apenas nas instituições da UE, mas também nas organizações internacionais, como *The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI),¹³ bem como entre os acadêmicos e profissionais que se reuniram para elaborar normas, orientações e melhores práticas na área da cooperação jurídica internacional em processos de insolvência transfronteiriços. Essas iniciativas representam um importante passo para o alinhamento dos sistemas jurídicos nacionais, sem equivaler a uma uniformidade total.

Apoiando-se na análise teórica realizada na seção 3, essa parte do projeto procede então à análise da cooperação jurídica internacional na seara do Direito da Insolvência Transfronteiriça como premissa e alternativa a sua harmonização.

preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132, Considerando 8.

¹² COMISSÃO EUROPEIA. Commission staff working document impact assessment accompanying the document commission recommendation on a new approach to business failure and insolvency, SWD (2014) 62 final. Bruxelas, 12 de março de 2014. p. 2.

¹³ Ver UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, 1997. New York: United Nations Publication, 2014.

Referências

COMISSÃO EUROPEIA. Commission inception impact assessment “Initiative on insolvency”, 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_just_025_insolvency_en.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Commission recommendation on a new approach to business failure and insolvency, COM (2014) 1500 final, de 12 de março de 2014.

_____. Commission staff working document executive summary of the impact assessment, SWD (2014) 61 final. Bruxelas, 12 de março de 2014.

_____. Commission staff working document impact assessment accompanying the document commission recommendation on a new approach to business failure and insolvency, SWD (2014) 62 final. Bruxelas, 12 de março de 2014.

_____. Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000. Relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 30 jun. 2000. n.º L160, p. 1-18.

GLOBAL GUIDELINES FOR COURT-TO-COURT COMMUNICATIONS IN INTERNATIONAL INSOLVENCY CASES. *Leiden University*. , dez. 2014. Disponível em: <<https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/guidelines.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

JUDICIAL CO-OPERATION SUPPORTING ECONOMIC RECOVERY IN EUROPE – JCOERE. *University College Cork*. Disponível em: <<https://www.ucc.ie/en/jcoere/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019. Sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132.

_____. Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015. Relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 5 jun. 2015. n.º L 141.

_____. The EU motto. *União Europeia*, [s.d.]. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_en>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Tratado da União Europeia (TUE). Maastricht, 7 fev. 1992.

_____. Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (TCEE). Roma, 25 mar. 1957.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), Roma, 25 mar. 1957, nomenclatura e redação alteradas pelo Tratado de Lisboa. Lisboa, 13 de dezembro 2007.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*, 1997. New York: United Nations Publication, 2014. Disponível em: < <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

Capítulo 2

Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Igualdade Entre Nações: Lições do Direito Penal e Processual Penal

Lissa Griffin

tradução por Paula Ladeira Vidal

Resumo

Esforços internacionais para alcançar sistemas de justiça criminal justos, eficientes e confiáveis podem se beneficiar da troca aberta de ideias, valores e escolhas entre as nações, cada uma respeitando as contribuições das outras. A insistência no excepcionalismo americano e a contínua dependência de provas não confiáveis são obstáculos para que os Estados Unidos se unam plenamente a esse esforço.

Palavras-chave

Cooperação jurídica internacional, igualdade entre nações, direito penal.

Sumário

1. Introdução
2. A Durabilidade do excepcionalismo americano
3. Investigação não confiável
4. Conclusão

1. Introdução

No campo do Direito Penal e Processual Penal, a cooperação jurídica internacional é importante sob dois aspectos. Em primeiro lugar, porque praticamente todos os sistemas de justiça criminal enfrentam as mesmas preocupações em equilibrar justiça e eficiência,¹ de modo que cada sistema pode se beneficiar do aprendizado sobre as experiências e desenvolvimentos de outros países.² Em segundo lugar, as nações podem e devem colaborar para resolver problemas de Direito Penal Internacional por meio de tratados e outros esforços conjuntos.³ Em ambas as frentes, uma cooperação bem sucedida depende, pelo menos em parte, de uma compreensão da uniformidade das questões e desafios e de uma abertura para aprender como outros sistemas lidam com esses problemas. Outro elemento essencial é uma confiança na integridade dos parceiros cooperantes em seus esforços para melhorar seus sistemas de justiça criminal. Os requisitos da receptividade e confiança permitem uma cooperação igualitária e produtiva a nível internacional.

Atualmente, existem obstáculos que interferem na habilidade dos Estados Unidos de se engajar na cooperação jurídica internacional. Primeiramente, os Estados Unidos são limitados na sua capacidade de aprender com outros sistemas por causa da noção de excepcionalismo americano.⁴ Em segundo lugar, da perspectiva de outras nações, os Estados Unidos são um país mais distante da comunidade da justiça criminal internacional. A cautela e a descrença decorrem de sua recusa a aderir ou aderir plenamente aos tratados internacionais, da sua imposição contínua da pena de morte,⁵ e de seu sistema de encar-

¹ PACKER, H. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968 (examinando a razão de ser da sanção penal).

² Ver FRASE, R. S. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the french do it, how can we find out, and why should we care?. *California Law Review*, California, v. 78, n. 3, p. 539, 544, 1990 (levantamento “the prospects for future reform-oriented research on continental criminal procedure” [das perspectivas de futuras pesquisas orientadas à reforma no processo penal continental] tradução nossa).

³ Ver U.S. DEPT OF STATE. *Bureau of International narcotics and law enforcement affairs – 2012 International Narcotics control strategy report. Treaties and Agreements*, 7 mar. 2012 (lista de países nos quais o Departamento de Justiça negociou Tratados de Assistência Jurídica Mútua, permitindo o intercâmbio de provas e informações em matéria penal e afins).

⁴ GARDBAUM, S. The myth and the reality of American constitutional exceptionalism, *Michigan Law Review*, Michigan, v. 107, n. 3, p. 391, 2008; CALABRESI, S. G. A Shining city on a hill: American exceptionalism and the supreme Court’s practice of relying on foreign law. *Boston University Law Review*, Massachusetts, v. 86, p. 1335, 2006; BARNETT, R. E. The separation of people and state. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, v. 32, n. 2, p. 451, 2009.

⁵ STEIKER, J. M. The american death penalty: Constitutional regulation as the distinctive feature of american exceptionalism. *University of Miami Law Review*, Flórida, v. 67, n.2, p. 329, 2013; BERRY III, W. W. American procedural exceptionalism: A deterrent or a catalyst for death penalty abolition?. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [New York], v. 17, n. 3, p. 481, 2008; UNITED STATES. Supreme Court. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 575, 2005 (“Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty” [Nossa determinação de que a pena de morte é uma punição desproporcional para infratores menores de 18 anos encontra respaldo na realidade inicial de que os Estados Unidos são o único país do mundo que continua a dar a sanção oficial à pena capital juvenil], tradução nossa).

ceramento em massa. Além disso, preocupações internacionais surgem da confiança dos tribunais americanos em regras processuais e probatórias que minam a credibilidade da investigação dos fatos, e de um sistema acusatório que muitas vezes desvaloriza a verdade e a exatidão. Esses fatores não só interferiram no papel histórico de liderança dos Estados Unidos, mas semearam uma desconfiança que impede o país de ser um parceiro de sucesso na cooperação internacional.

2. A Durabilidade do excepcionalismo americano

“Excepcionalismo americano” é uma frase cunhada originalmente nos anos 1830 por Alexis de Tocqueville, que observou que a América parecia “excepcional” como uma grande e nova democracia que tem sucesso prático na busca das artes e ciências para o seu próprio bem.⁶ O termo passou a incluir a ideia mais ampla de que, com base na sua democracia de livre-mercado, sua ideologia de liberdade, igualdade de oportunidades (em oposição à igualdade de resultados), e individualismo, assim como em sua história, tamanho, geografia e estrutura política constitucional, os Estados Unidos ocupam um lugar especial no mundo e estão isentos das normas internacionais.⁷ O excepcionalismo americano manifesta-se de várias maneiras: isentando-se das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos e outros; um padrão duplo, pelo qual os Estados Unidos usam normas e critérios para julgar a si mesmos e os países com os quais mantêm boas relações; e uma forma de isolamento jurídico – recusando-se a reconhecer as leis de outros países ou tribunais internacionais.⁸ Os Estados Unidos são a única democracia ocidental que regularmente se recusa a aderir a tratados internacionais de direitos humanos.⁹ São também a única democracia ocidental que mantém a pena de morte, o que resultou na negativa de outros países em extraditar seus cidadãos para os Estados Unidos.¹⁰

3. Investigação não confiável

Os Estados Unidos parecem desvalorizar sistematicamente a verdade através da disposição de seus tribunais em admitir e confiar em provas duvidosas. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido criticada repetidamente por permitir o crescimento

⁶ TOCQUEVILLE, A. de. *Democracy in America*. Translated and edited by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop. v. 2. Chicago: University of Chicago Press 2000. Originally published in 1840.

⁷ BRADFORD, A.; POSNER, E. A. Universal exceptionalism in international law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 52, n. 1, p. 4-5, 5-10, 2011.

⁸ IGNATIEFF, M. (ed.). *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 3-9 (discutindo excepcionalismo americano).

⁹ BRADFORD, A.; POSNER, E. A, op. cit., p. 4-5.

¹⁰ FISHER, M. Map: Which countries use the death penalty?, *The Atlantic*, 6 jul. 2011. Para uma história da abolição da pena de morte nas democracias ocidentais, ver STEIKER, C. S. Capital punishment and american exceptionalism. In: IGNATIEFF, M. (ed.). *American Exceptionalism and Human Right*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 59.

explosivo de representações de *amici curiae* que frequentemente são apresentadas por organizações partidárias e contêm “fatos” partidários, em outras palavras, não confiáveis.¹¹ Esses fatos, então, influenciam as decisões da Suprema Corte, que são vinculativas para todos os tribunais dos EUA. Ademais, apesar do alarme soado pelo relatório da Academia Nacional de Ciências sobre a falta de confiabilidade de várias técnicas forenses famosas e escândalos em laboratórios criminais, os tribunais estaduais e federais continuam a admitir e a confiar em provas científicas infundadas e duvidosas.¹² Em alguns casos, condenações errôneas baseadas em provas não confiáveis são corrigidas após muitos anos.¹³ No entanto, a existência de obstáculos processuais e um rígido compromisso com a doutrina da finalidade permitem a manutenção de vereditos injustificados.¹⁴

A desvalorização sistêmica da verdade também tem sido manifestada pelo recente discurso jurídico público, dominado pela desinformação. Advogados norte-americanos visíveis e eloquentes, como Rudolph Giuliani, advogado do Presidente, e William Barr, seu Procurador-Geral, têm sido acusados de deturpar a verdade. O Sr. Giuliani foi exposto por afirmar inverdades, e contradizer diretamente suas próprias declarações anteriores.¹⁵ Ele asseverou publicamente que “verdade não é verdade”.¹⁶ William Barr perpetuou a desinformação com sua tentativa de distorcer as descobertas do Relatório Mueller e depois alegar que a Casa Branca cooperou plenamente com a investigação, quando não o fez.¹⁷

¹¹ LARSEN, A. Orr. Constitutional law in an age of alternative facts. *New York University Law Review*, New York, v. 93, n. 2, p. 175, May 2018.

¹² BALKO, R. The criminal justice system also has an ‘alternative facts’ problem. *The Washington Post*, 31 jan. 2019.

¹³ Ver PENNSYLVANIA. Superior Court. Commonwealth v. Ross, No. 1738 WDA 2018, 2019 WL 6211324. Pa. Super. Ct., 21 de novembro de 2019; PENNSYLVANIA. Court of common pleas of Westmoreland. Commonwealth v. Kunko, No. 482 C 1991. Pa. Super., 29 de outubro de 2010; MISSISSIPPI. Supreme Court. Howard v. State, 945 So. 2d 326. Mississippi, 28 de setembro de 2006 (reimposição da pena de morte a réu condenado com base em marca de mordida, tendo a Suprema Corte do Mississippi escrito “Just because [the expert] has been wrong a lot, does not mean, without something more, that he was wrong here” [Só porque [o perito] tem se enganado muito, não significa, sem algo mais, que ele estava errado aqui], tradução nossa).

¹⁴ BALKO, R. Bad science puts innocent people in jail – and keeps them there. *The Washington Post*, 21 mar. 2018 (“Even once a field of forensics or a particular expert has been discredited, the courts have made it extremely difficult for those convicted by bad science to get a new trial” [Mesmo quando um campo forense ou um perito em particular é desacreditado, os tribunais têm tornado extremamente difícil para os condenados por má ciência conseguir um novo julgamento], tradução nossa).

¹⁵ GERSHMAN, B. L. Rudolph Giuliani and the ethics of bullshit. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 57, p. 293, 2019 (coleção de listas de inverdades).

¹⁶ MORIN, R.; COHEN, David. Giuliani: ‘Truth isn’t truth’. *Politico*, 19 ago. 2018.

¹⁷ MCCARTHY, B. Latest mostly false fact-checks on William Barr. *Politifact*, 11 dez. 2019 (“The Inspector General’s report now makes clear that the FBI launched an intrusive investigation of a U.S. presidential campaign on the thinnest of suspicions.” [O relatório do Inspetor Geral agora deixa claro que o FBI lançou uma investigação intrusiva de uma campanha presidencial americana sobre a mais fina das suspeitas.] tradução nossa); KRUEL, J. Latest false fact-checks on William Barr. *Politifact*, 22 abr. 2019 (“The white house fully cooperated with the special counsel’s investigation” [A Casa Branca cooperou plenamente com a investigação do procurador especial], tradução nossa).

Ele também deslegitimou os resultados de uma investigação factual completa feita pelo inspetor-geral.¹⁸ Igualmente, Kelly Anne Conway, conselheira do Presidente, é responsável por criar e ratificar a frase “fatos alternativos”, um óbvio paradoxo.¹⁹

4. Conclusão

A cooperação jurídica internacional em questões de justiça criminal apresenta a oportunidade de os Estados Unidos muito contribuírem e ajudarem na resolução de problemas que cruzam fronteiras internacionais. Na falta de grandes mudanças no direito interno, que estão além do escopo deste artigo, existem diversas possibilidades de restaurar o papel dos Estados Unidos como um parceiro igualitário na cooperação jurídica internacional. Em primeiro lugar, a Suprema Corte deve continuar a tendência do juiz aposentado Anthony Kennedy de se referir aos padrões internacionais de justiça criminal na interpretação da Declaração de Direitos dos EUA.²⁰ Os tribunais inferiores seguiriam o seu exemplo. Na verdade, um fator que contribuiu para a inclusão dos padrões internacionais pelo Juiz Kennedy foi seu envolvimento em conferências judiciais internacionais e colaborações judiciais e acadêmicas.²¹ Esse tipo de polinização cruzada do Judiciário – entre juízes de todos os níveis – é inestimável. Em segundo lugar, poderia ser tentada uma ampliação da perspectiva dos estudantes de Direito dos EUA. Embora haja uma organização para estudantes interessados em Direito Internacional, não há nenhuma organização por meio da qual estudantes de Direito interessados em Direito Penal e Processual Penal possam compartilhar informações, projetos e ideias ou discutir questões de processo criminal comparativo. Outra possibilidade seria aumentar a disponibilidade de estágios internacionais, através dos quais os estudantes são expostos e participam dos sistemas nacionais de justiça criminal de outros países. O isolamento e o excepcionalismo não resultarão em cooperação internacional bem sucedida, e a confiança na integridade das nações cooperantes é essencial.

¹⁸ US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Statement by attorney General William P. Barr on the inspector general's report of the review of four FISA applications and other aspects of the fbi's crossfire hurricane investigation*, 9 dez. 2019.

¹⁹ SINDERBRAND, R. How Kellyanne Conway ushered in the era of 'alternative facts'. *The Washington Post*, 22 jan. 2017.

²⁰ Ver UNITED STATES. Supreme Court. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551. 2005 (“It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.” [Não diminui nossa fidelidade à Constituição ou nosso orgulho de suas origens reconhecer que a declaração expressa de certos direitos fundamentais por outras nações e povos simplesmente ressalta a centralidade desses mesmos direitos dentro de nosso próprio patrimônio de liberdade] tradução nossa).

²¹ TOOBIN, J. Swing Shift: How Anthony Kennedy's passion for foreign law could change the Supreme Court, *The New Yorker*, 12 set. 2005 (descrição da ampla participação do Juiz Kennedy em tais eventos).

Referências:

BALKO, R. Bad science puts innocent people in jail – and keeps them there. *The Washington Post*, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/outlook/bad-science-puts-innocent-people-in-jail--and-keeps-them-there/2018/03/20/f1ffffd08-263e-11e8-b79d-f3d931db7f68_story.html> Acesso em: 28 abr. 2020.

BALKO, R. The criminal justice system also has an ‘alternative facts’ problem. *The Washington Post*, 31 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/01/31/criminal-justice-system-also-has-an-alternative-facts-problem/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BARNETT, R. E. The separation of people and state. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, v. 32, n. 2, p. 451-454, 2009.

BERRY III, W. W. American procedural exceptionalism: A deterrent or a catalyst for death penalty abolition?. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [New York], v. 17, n. 3, p. 481-513, 2008.

BRADFORD, A.; POSNER, E. A. Universal exceptionalism in international law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 52, n. 1, p. 1-54, 2011.

CALABRESI, S. G. A Shining city on a hill: American exceptionalism and the supreme Court’s practice of relying on foreign law. *Boston University Law Review*, Massachusetts, v. 86, p. 1335-1416, 2006.

FISHER, M. Map: Which countries use the death penalty?, *The Atlantic*, 6 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/international/archive/2011/07/map-which-countries-use-the-death-penalty/241490/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FRASE, R. S. Comparative criminal justice as a guide to American law reform: How do the french do it, how can we find out, and why should we care?. *California Law Review*, California, v. 78, n. 3, p. 539-683, 1990.

GARDBAUM, S. The myth and the reality of American constitutional exceptionalism, *Michigan Law Review*, Michigan, v. 107, n. 3, p. 391-466, 2008.

GERSHMAN, B. L. Rudolph Giuliani and the ethics of bullshit. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 57, p. 293-308, 2019.

IGNATIEFF, M. (ed.). *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

KRUZEL, J. Latest false fact-checks on William Barr. *Politifact*, 22 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.politifact.com/factchecks/list/?category=&ruling=false&speaker=william-barr>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

LARSEN, A. Orr. Constitutional law in an age of alternative facts. *New York University Law Review*, New York, v. 93, n. 2, p. 175-248, May 2018.

MCCARTHY, B. Latest mostly false fact-checks on William Barr. *Politifact*, 11 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.politifact.com/factchecks/list/?category=&ruling=barely-true&speaker=william-barr>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MORIN, R.; COHEN, David. Giuliani: 'Truth isn't truth'. *Politico*, 19 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.politico.com/story/2018/08/19/giuliani-truth-todd-trump-788161>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

PACKER, H. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

SINDERBRAND, R. How Kellyanne Conway ushered in the era of 'alternative facts'. *The Washington Post*, 22 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/22/how-kellyanne-conway-ushered-in-the-era-of-alternative-facts/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

STEIKER, C. S. Capital punishment and american exceptionalism. In: IGNATIEFF, M. (ed.). *American Exceptionalism and Human Right*. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 57-89.

STEIKER, J. M. The american death penalty: Constitutional regulation as the distinctive feature of american exceptionalism. *University of Miami Law Review*, Flórida, v. 67, n.2, p. 329-355, 2013.

TOCQUEVILLE, A. de. *Democracy in America*. Translated and edited by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop. v. 2. Chicago: University of Chicago Press 2000. Originally published in 1840.

TOOBIN, J. Swing Shift: How Anthony Kennedy's passion for foreign law could change the Supreme Court, *The New Yorker*, 12 set. 2005. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/2005/09/12/swing-shift>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

U.S. DEPT OF STATE. *Bureau of International narcotics and law enforcement affairs – 2012 International Narcotics control strategy report. Treaties and Agreements*, 7 mar. 2012. Disponível em: <<https://2009-2017.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2012/vol2/184110.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Statement by attorney General William P. Barr on the inspector general's report of the review of four FISA applications and other aspects of the fbi's crossfire hurricane investigation*, 9 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-william-p-barr-inspector-generals-report-review-four-fisa>> . Acesso em: 28 abr. 2020.

Jurisprudência:

MISSISSIPI. Supreme Court. *Eddie Lee Howard, Jr. v. State of Mississippi*, 945 So. 2d 326. Mississippi, 28 de setembro de 2006.

PENNSYLVANIA. Court of Common Pleas of Westmoreland County - Criminal Division. *Commonwealth of Pennsylvania v. John Kunko*, No. 482 C 1991.Pa. Super., Greensburg, 29 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://reason.com/wp-content/uploads/assets/db/13037486936458.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

PENNSYLVANIA. Superior Court. *Commonwealth of Pennsylvania v. Paul Aaron Ross*. No. 1738 WDA 2018, 2019 WL 6211324. Pa. Super. Ct., Harrisburg, 21 de novembro de 2019. Dis-

ponível em: <<http://www.pacourts.us/assets/opinions/Superior/out/J-S55007-19m%20-%2010423159687925902.pdf>> . Acesso em: 28 abr. 2020.

UNITED STATES. Supreme Court. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, Washington D.C., 1 de março de 2005.

Capítulo 3

Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Reciprocidade: Lições do Direito Extradicional¹

Leticia Fontestad Portalés

tradução por Daniela Cardoso

Resumo

Neste trabalho, após fazer uma breve referência ao princípio da reciprocidade em geral, vamos tratar da sua aplicação no campo da cooperação jurídica internacional penal, especificamente no processo de extradição. Entretanto, dado que no contexto da União Europeia esse procedimento extradicional foi substituído pelo Mandado de Detenção Europeu – MDE (no original, European Arrest Warrant – EAW), concluiremos nossa análise com uma breve reflexão sobre a incidência deste princípio em uma área de jurisdição como a europeia, que é regida pelo princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais.

Palavras-chave

Cooperação jurídica internacional, reciprocidade, direito extradicional, mandado de detenção europeu.

¹ Esta contribuição científica foi elaborada no âmbito do Programa para “Ayudas a Proyectos de I+D+i para universidades y entidades públicas de investigación del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020)”: “El uso de las TICs en la Cooperación Jurídica Penal Internacional: Construyendo la Sociedad Digital Andaluza del Futuro” (PY18-1059)”, sendo diretora do projeto a Dra. Leticia Fontestad Portalés.

Este trabalho de pesquisa se baseia na análise do princípio da reciprocidade, que, como um princípio fundamental do Direito Internacional Privado, surge no século XVII para solucionar os limites decorrentes da aplicação do princípio da territorialidade no tráfico internacional (*Comitas Gentium*).²

Partindo da concepção genérica do princípio da reciprocidade que, em termos gerais, pressupõe que os Estados assumem direitos e obrigações com base no tratamento recíproco, veremos que isso não é especificamente um reconhecimento formal, mas que estamos diante de um princípio que requer que os Estados reconheçam os direitos de outros Estados.

Dada a origem desse princípio na doutrina do *Comitas Gentium*, tentaremos analisar o seu significado com base na concepção territorial em razão da qual os Estados, na aplicação do princípio da reciprocidade, podem executar seus direitos no território de outro mediante um comportamento recíproco.

Como vemos do ponto de vista técnico-jurídico, especificamente do Direito Internacional Privado, a reciprocidade implica que a aplicação da legislação nacional de um país a um indivíduo ou pessoa jurídica não-nacional deste Estado está sujeita ao tratamento dado naquele Estado aos nacionais deste país. Em outras palavras, a lei territorial se aplica a residentes estrangeiros no que se refere ao Estado que dispensa tratamento idêntico aos nacionais daquele Estado.

Esse tratamento recíproco pode ou não ter origem convencional, embora seja cada vez mais incorporado em certos tipos de tratados internacionais, como, por exemplo, aqueles que dispõem sobre extradição; aqueles cujo objetivo é o reconhecimento de benefícios fiscais para os nacionais de seus Estados no território de outro Estado-parte; aqueles que reconhecem direitos para os nacionais de outro Estado-parte, bem como aqueles que reconhecem como seus próprios nacionais os referidos estrangeiros quando se encontram em seu território; ou, por exemplo, aqueles que reconhecem decisões judiciais expedidas por órgãos jurisdicionais de outro Estado.

Embora se afirme que a reciprocidade internacional tivera maior relevância quando não havia normas convencionais que estabeleciam um regime uniforme e geral sobre as obrigações dos Estados, ao longo deste trabalho, verificaremos que, em matéria de cooperação internacional, o princípio da reciprocidade adquire maior importância, pois quando existe um acordo internacional ou tratado, o critério a ser aplicado continua sendo aquele da reciprocidade.³ Portanto, no Direito Diplomático, por exemplo, independentemente do regime

² Uma vez que o objetivo deste trabalho de pesquisa não é executar um estudo abrangente acerca do princípio da reciprocidade, mas uma breve alusão à aplicação, em geral, deste princípio e suas implicações no processo de extradição, sobre o tema, fazemos referência ao trabalho de Francisco Pan Montojo (MONTJOJO, F. P. Estudio de la reciprocidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Internacional* - REDI, v. 9, n.1-2, p. 147-172, 1956).

³ Especificamente nas relações internacionais com a Santa Sé, Roca afirma que em relações entre Estados – desde que se envolva a aplicação do princípio da reciprocidade – quase não há diferenças entre os casos em

convencional adotado através das convenções da Organização das Nações Unidas sobre o tema, algumas questões são reguladas de acordo com o que é firmado pela reciprocidade internacional. Isso é o que acontece, por exemplo, com a liberdade de movimento concedida a agentes diplomáticos dentro do país anfitrião.

De todo modo, a aplicação deste princípio nunca deve implicar no desequilíbrio de esforços entre os Estados envolvidos, de modo que um dos Estados obtenha claramente um benefício em detrimento do outro. O tratamento recíproco também deve incluir um justo tratamento recíproco. De fato, como Plantey⁴ demonstra “respeito à reciprocidade original a boa-fé e o crédito entre os Estados” (tradução nossa).

Dado que, como afirma Pan Montojo, “o sistema de direito internacional privado é baseado na reciprocidade” (tradução nossa)⁵, depois de analisar o que poderia ser chamado de reciprocidade global, isto é, a reciprocidade dos Estados como fundamento do Direito Internacional, nosso trabalho científico focará na interpretação de que este princípio deve ser desenvolvido no campo específico da extradição, que, como todos nós sabemos, envolve o procedimento de assistência jurídica internacional entre dois Estados no respeito mútuo de sua soberania em cumprimento às regras do Direito Internacional. Entretanto, nós não podemos esquecer que os Estados regularão em sua própria Constituição e leis quais são os requisitos materiais e o procedimento para executar tal assistência judicial internacional.

No sistema jurídico espanhol, especificamente, o artigo 13.3 da Constituição Espanhola estatui que “[a] extradição só se concederá em cumprimento de um tratado ou da lei, atendendo ao princípio de reciprocidade”. E é o artigo 1 da Lei nº 4, de 21 de março de 1985, sobre extradição passiva que incorpora esse princípio quando determina que “[o] Governo pode demandar uma garantia de reciprocidade do Estado requerente” (tradução nossa).

Nós concluiremos este trabalho de pesquisa analisando a reciprocidade como um princípio geral da extradição enfatizando a matéria, uma vez que se tende a pensar que a reciprocidade ocorre entre órgãos jurisdicionais, ao invés de se dar conta de que, na verdade, ocorre entre Estados. Da mesma forma, enfatizaremos o conteúdo deste princípio, bem como o procedimento de aplicação em si.

Finalmente, lembre-se de que o princípio da reciprocidade é particularmente difundido como um princípio nos Estados de tradição do direito continental, onde adquire o status de pacto vinculativo. Entretanto, a reciprocidade não é considerada como um princípio obrigatório nos países da Common Law.

que há um acordo entre os Estados e aqueles em que não há um acordo deste tipo. Cfr. ROCA, M. J. El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede. *Revista Española de Derecho Canónico* – REDC, [Espanha], v. 65, p. 136, 2008.

⁴ PLANTEY, Alain. *Tratado de derecho diplomático. Teoría y práctica*. Tradução Juan Andres Iglesias Sanz. Madrid: Trivium, 1992. p. 768.

⁵ MONTOJO, F. P. Estudio de la reciprocidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Internacional* - REDI, v. 9, n.1-2, 1956.

Referências

ESPAÑA. Constituição Espanhola [Constituição (1978)]. Madrid: Boletim Oficial do Estado nº 311-1, de 29 de dezembro de 1978. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Ley 4/1985, de 21 de marzo de 1985. Extradición Pasiva. Madrid: Boletim Oficial do Estado nº 73, de 26 de março de 1985. p. 7842 - 7845. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1985/03/21/4>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MONTOJO, F. P. Estudio de la reciprocidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Internacional* - REDI, v. 9, n.1-2, p. 147-172, 1956.

PLANTEY, A. *Tratado de derecho diplomático*. Teoría y práctica. Tradução Juan Andreas Iglesias Sanz. Madrid: Trivium, 1992.

ROCA, M. J. El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede. *Revista Española de Derecho Canónico* – REDC, [Espanha], v. 65, p. 127-138, 2008.

Capítulo 4

Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Ordem Pública: Lições do Direito de Propriedade Intelectual

Nadia Naim

tradução por Paula Ladeira Vidal

Resumo

Este trabalho examinará as diferentes abordagens da teoria jurídica empresarial na cooperação jurídica internacional em matéria de Propriedade Intelectual Internacional (PI). O foco será a cooperação jurídica internacional como meio de promover a harmonização em consonância com o estabelecimento de normas internacionais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e da Organização Mundial do Comércio (OMC). A harmonização pode ser vista através dos padrões mínimos estabelecidos pela OMPI para todos os membros da OMC, conhecidos como Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPS). Os casos históricos Philip Morris v. The Commonwealth of Australia e Eli Lilly v. Canada serão discutidos como um estudo de caso para destacar a falta de harmonização entre Propriedade Intelectual, soberania corporativa e o mecanismo de resolução de litígios entre investidor e Estado (*Investor to State Dispute Settlements* – ISDS). Este resumo apresenta as hipóteses iniciais e algumas conclusões preliminares da pesquisa.

Palavras-chave

Cooperação jurídica internacional, ordem pública, Direito de Propriedade Intelectual.

Sumário

1. Introdução
2. Implicações da ordem pública para a harmonização da propriedade intelectual internacional
3. A harmonização da ordem pública e propriedade intelectual – estudo de caso

1. Introdução

Os Direitos de Propriedade Intelectual não são a única forma de direitos internacionalmente reconhecidos sujeitos a tratados e acordos multilaterais: as questões de ordem pública também são tratadas desse modo, mas os dois temas têm sido historicamente abordados de maneiras distintas. Este artigo pretende levá-lo a considerar a relação entre esses dois assuntos, e se um é mais significativo ou mais importante que o outro. O que está em questão é que os direitos de PI são de natureza territorial e monopolizam o mercado, enquanto as considerações de ordem pública entram em jogo quando há interesses concorrentes entre o investidor privado e os governos. As ramificações da divergência atual de levar em conta a dicotomia entre direito de PI e ordem pública podem ser exemplificadas através da análise do estudo do caos envolvendo as empresas Eli Lilly e Philip Morris. Ambos os casos referem-se a direitos de PI, acordos comerciais internacionais e empresas acionando governos no Judiciário por uma suposta violação de direitos de PI dentro de acordos comerciais.

2. Implicações da Ordem Pública para a Harmonização da Propriedade Intelectual Internacional

No cerne de todos os acordos comerciais e negociações entre diferentes Estados e blocos está o princípio fundamental de aumentar os laços econômicos entre os parceiros comerciais. A violação da propriedade intelectual custa aos países do G20 US\$ 125 bilhões anualmente, o que inclui perdas na receita tributária decorrentes da contrafação e da pirataria.¹ Em termos da economia global, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) estima as perdas resultantes das violações à propriedade intelectual em US\$ 1 trilhão anualmente.²

A Comunidade Europeia (CE) claramente aprecia a importância dos direitos de PI, uma vez que eles são especificamente mencionados como uma espécie de derrogação do artigo 34 e estabelece que o disposto nos artigos 34 e 35 não deve obstar a proibições ou restrições à importação, exportação ou mercadorias em trânsito, justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública ou segurança pública.

Embora reconheça esses direitos, a CE tem procurado limitar seus efeitos devido a sua natureza monopolista. Uma maneira pela qual a CE procurou fazê-lo é incentivando as empresas a buscar proteção dos direitos de PI em uma base comunitária, por meio, entre outros, da Diretiva 98/71/CE relativa à proteção legal de desenhos e modelos, Regulamento 6/2002/CE relativo aos desenhos ou modelos comunitários, e Primeira Diretiva 89/104/CEE que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas. Contudo,

¹ FRONTIER ECONOMICS; BUSINESS ACTION TO STOP COUNTERFEITING AND PIRACY (BASCAP). *Estimating the Global Economic and Social Impacts of Counterfeiting and Piracy*. Londres: Frontier economics, fevereiro de 2011.

² Ibid.

apesar de a existência desses instrumentos facilitar a proteção de alguns direitos de PI em toda a União Europeia (UE), a comunidade não pode impedir que as empresas explorem diferentes direitos de PI em diferentes Estados-membros. Portanto, cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tentar equilibrar os interesses concorrentes que surgiram como um resultado do conflito entre a livre circulação de mercadorias e a proteção dos direitos de PI.

Em nível nacional, toda a legislação de PI tem a ordem pública como exceção, porém o quão isso é eficaz ainda precisa ser visto. Como exemplo, o *Patents Act* de 1977, no item 3 da seção 1, declara que não é possível patentear invenções cuja exploração comercial seria imoral ou contrária à ordem pública. Diante da ascensão da engenharia genética e da biotecnologia, essa é uma área cada vez mais contestada. No pedido de patente do *Onco Mouse* pela Harvard College,³ a demanda dizia respeito a um método de produção de ratos que nasceriam com câncer a fim de que pudessem ser utilizados em experimentos médicos. O caso levantou questões técnicas relacionadas ao que constitui processos biológicos, bem como a questões de moralidade e conveniência da engenharia genética. Na análise inicial, o examinador de patentes não considerou a moralidade desse desenvolvimento. Porém, em sede recursal, a Câmara de Recurso reconheceu as profundas implicações morais da manipulação dos genes dos ratos para garantir que eles desenvolvessem câncer, e instruiu o examinador a “ponderar o sofrimento dos animais e os possíveis riscos ao meio ambiente, de um lado, e a utilidade da invenção para a humanidade, de outro” (tradução nossa). Aplicando esse teste de equilíbrio utilitário, o examinador mais uma vez aprovou a patente.

Dois anos depois, o Escritório Europeu de Patentes (EPO, sigla em inglês) recusou um pedido para patentear um rato no qual um gene foi introduzido para causar a perda de seu pelo, pois constatou que os benefícios (pesquisa sobre queda de cabelo) não compensavam o dano aos animais.

Como forma de assegurar o equilíbrio entre direitos de PI e a livre circulação de mercadorias, na década de 1970, o TJUE começou a desenvolver a doutrina da “exaustão de direitos”. O princípio foi inicialmente definido no caso *Terrapin v. Terranova*⁴ como:

Resulta do que antecede que o titular um direito de propriedade industrial e comercial protegido pela legislação de um Estado-membro não poderá invocar esta legislação para se opor à importação de um produto que foi lançado legalmente no mercado de um outro Estado-membro pelo próprio titular ou com o seu consentimento.⁵

Isso não depende de a primeira venda/comercialização ocorrer em um Estado-membro onde um direito de PI existe; basta que as mercadorias sejam colocadas em circulação pelo

³ ESCRITÓRIO EUROPEU DE PATENTES (EPO). Harvard College's Onco Mouse Application, OJ EPOR 501. Munique, 3 de outubro de 1990.

⁴ EUROPEAN UNION. European Court of Justice. *Terrapin v Terranova*, ECR 1039. Luxemburgo, 22 de junho de 1976.

⁵ Ibid.

titular do direito de PI, ou com o seu consentimento. Assim, no caso *Merck v. Stephar*,⁶ uma patente foi detida em todos os Estados da Comunidade Europeia, exceto a Itália. Os réus importaram o produto da Merck, comercializado na Itália, para a Holanda. As regras de livre movimentação do tratado da CE impediram a Merck de utilizar sua patente holandesa para impedir as vendas na Holanda.

3. A Harmonização da Ordem pública e Propriedade Intelectual – Estudos de Caso

Em relação à propriedade intelectual, lições podem ser aprendidas com os casos do ISDS baseados em PI existentes. Tomemos por exemplo o caso *Eli Lilly v. Canada*.⁷ Em novembro de 2012, a Eli Lilly & Co. iniciou um processo contra a lei canadense de concessão de patentes de medicamentos, alegando que a invalidação de uma patente prejudicou os lucros futuros da empresa e requerendo indenização de US\$ 500 milhões. A reclamante submeteu a disputa à arbitragem internacional conforme o Capítulo 11 do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA, sigla em inglês), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1994, e o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, sigla em inglês) como adotadas pela Resolução 31/98 da Assembleia Geral, de 15 de dezembro de 1976. Por acordo entre as partes, o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID) serve como autoridade administrativa para este processo. Nesta arbitragem, a reclamante afirma que as reivindicações decorrem da invalidação de suas patentes canadenses que protegem os medicamentos comercializados no Canadá, como *Strattera* e *Zyprexa*. Os tribunais canadenses invalidaram essas duas patentes em 2010 e 2011, respectivamente, em virtude de não atenderem à exigência da lei de patentes canadense de uma invenção seja “útil”.

Além disso, o caso da Philip Morris destaca a ameaça real que a soberania corporativa pode impor à legislação interna e à ordem pública em geral. A Austrália venceu a batalha jurídica internacional para manter suas medidas de controle sobre o tabaco com a Philip Morris argumentando que isso infringiu suas marcas registradas.⁸ A questão da ordem pública levantada pelo caso é um ponto de grande interesse, pois até que o ISDS e a soberania corporativa fossem incorporados como cláusulas válidas nos acordos comerciais, o eixo horizontal de disputas entre os Estados tinha que ser trazido a nível governamental. A Philip Morris Asia Limited realça como a corporação pode desafiar verticalmente os governos de maneira direta e, portanto, foi legalmente capaz de começar um processo de arbitragem contra o governo australiano em 2011. A Philip Morris foi capaz de utilizar a

⁶ EUROPEAN UNION. European Court of Justice. *Merck v Stephar*, CMLR 463. Luxemburgo, 14 de julho de 1981.

⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Eli Lilly and Company v Canada*, Case No. UNCT/14/2. Washington D.C., 16 de março de 2017.

⁸ UNCITRAL. Permanent. Court of Arbitration (PCA). *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Case No. 2012-12. Singapura, 8 de março de 2017.

cláusula de proteção da propriedade intelectual no acordo bilateral entre Austrália e Hong Kong para argumentar que a exclusão de suas marcas registradas violou as disposições de investimento estrangeiro do *Investment Promotion and Protection Agreement* de 1993, entre Austrália e Hong Kong.⁹

O que ambos os casos destacam é que, embora as abordagens das decisões tenham sido diferentes, há uma real ameaça à soberania e a uma ordem pública mais ampla pelo acréscimo de cláusulas de propriedade intelectual aos acordos comerciais internacionais.

⁹ Ibid.

Referências:

ESCRITÓRIO EUROPEU DE PATENTES (EPO). Harvard College's Onco Mouse Application, OJ EPOR 501. Munique, 3 de outubro de 1990. Disponível em: < <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t900019ep1.html> >. Acesso em: 7 maio 2020.

EUROPEAN UNION. European Court of Justice. *Merck v Stephar*, CMLR 463. Luxemburgo, 14 de julho de 1981. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0187> >. Acesso em: 7 maio 2020.

_____. European Court of Justice. *Terrapin v Terranova*, ECR 1039. Luxemburgo, 22 de junho de 1976. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0119> >. Acesso em: 7 maio 2020.

FRONTIER ECONOMICS; BUSINESS ACTION TO STOP COUNTERFEITING AND PIRACY (BASCAP). *Estimating the Global Economic and Social Impacts of Counterfeiting and Piracy*. Londres: Frontier economics, fev. 2011. Disponível em: < <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/ICC-BASCAP-Global-Impacts-Full-Report-2011.pdf> >. Acesso em: 7 maio 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Eli Lilly and Company v Canada*, Case No. UNCT/14/2. Washington D.C., 16 de março de 2017. Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf> >. Acesso em: 7 maio 2020.

UNCITRAL. Permanent. Court of Arbitration (PCA). *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Case No. 2012-12. Singapura, 8 de março de 2017. Disponível em: < <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/421/philip-morris-v-australia> >. Acesso em: 7 maio 2020.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. *Human Genome Sciences Inc. v. Eli Lilly and Company*, UKSC 51. Londres, 2 de novembro de 2011. Disponível em: < <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2010-0047.html> >. Acesso em: 7 maio 2020.

Capítulo 5

Cooperação Jurídica Internacional e o Princípio da Jurisdição: Lições do Direito de Família

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

tradução por Daniela Cardoso

Resumo

Este resumo expandido tem o objetivo de apontar a necessidade de conceituar o princípio da jurisdição e identificar suas principais controvérsias no campo da cooperação jurídica internacional. Questões relacionadas à noção de ordem pública, autonomia privada, direitos e garantias procedimentais, dentre outros, tem provado ser fundamentais para um entendimento mais adequado da matéria jurisdicional a partir da perspectiva da cooperação jurídica internacional. O estudo específico endereçará a abordagem da Convenção de Haia para os aspectos civis do rapto internacional de crianças relacionados ao tema “direito de custódia” sob o Direito de Família.

Palavras-chave

Cooperação jurídica internacional, jurisdição; direito de família.

Desde março de 2016, o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) regula, em maiores detalhes, as questões dos limites da jurisdição nacional brasileira e os instrumentos da cooperação jurídica internacional envolvendo o sistema judicial. Questões relacionadas à jurisdição brasileira, existência (ou ausência) de litígios, ratificação de sentenças judiciais estrangeiras, eleição de foro em contratos internacionais, assistência direta, carta rogatória, foram tratadas nas regras contidas nos artigos 21 a 41 do CPC.

O direito brasileiro vivencia uma transformação na cultura que envolve relações transnacionais. A busca por maior agilidade, efetividade e celeridade na resolução de conflitos, estimulando investimentos estrangeiros no país, encorajando a resolução consensual de conflitos – através de conciliação, mediação e negociação – são aspectos que demonstram um novo estágio inaugurado no sistema jurídico brasileiro nas relações internacionais.

A maior agilidade nos atos procedimentais – incluindo os judiciais – requer a presença de regras especiais que favoreçam o preenchimento de soluções que possam ser dadas aos conflitos. Existe um dever de cooperação entre os Estados nacionais para assegurar o pleno funcionamento dos sistemas judiciais e, em última instância, assegurar o bom funcionamento das sociedades e dos governos nacionais.

À luz do princípio da unidade jurisdicional, o monopólio de função jurisdicional foi atribuído às autoridades judiciais no Brasil, mas isto está sendo questionado atualmente devido aos vários problemas relacionados à efetividade da solução dos conflitos de interesse. No contexto dos chamados conflitos coletivos, que são verificados com frequência crescente, é essencial refletir sobre os procedimentos judiciais que foram expressamente adotados no sistema processual brasileiro, especialmente no que se refere à noção de efetividade das soluções.

Como exemplo, a Convenção de Haia sobre o acesso internacional à justiça, aprovada em 1980, busca estabelecer uma similaridade entre a aplicação das regras sobre assistência jurídica às pessoas não-domiciliadas em território brasileiro, como a isenção de depósito para propor uma ação (art. 14 da referida Convenção). No caso brasileiro, houve uma “intensa interação entre o Ministério da Justiça, que atua como uma autoridade central, e a Defensoria Pública Geral, que presta assistência para os necessitados”.¹

Os tempos atuais impõem uma revisão do conceito de jurisdição, que tem sido tradicionalmente ligado ao monopólio do Estado nacional e à vontade concreta da lei como um “atributo de soberania”.² Existe uma tendência de progressivamente valorizar a autonomia privada na busca pela resolução de controvérsias no ambiente do Estado democrático.

Na esfera civil e empresarial (ou comercial), é reconhecido que os contratantes podem eleger determinada jurisdição estatal nacional para resolver conflitos futuros que podem

¹ ARAÚJO, N. de; RAMOS, A. de C. (Org.) *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade - 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Editora Arraes, v.1, 2018. p. 124.

² MOSCHEN, V. R. Borges; ZANETI JÚNIOR, H. Temas controversos do Direito Processual Civil Internacional: A Cláusula de Eleição de Foro e os Limites do Exercício Jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. In: RAMOS, A. de C. (Org.). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. 1.ed. Belo Horizonte: ARRAES, 2016, v. 1, p. 357.

originar da relação contratual. Este é uma cláusula para eleição de foro ou um acordo de foro expandido.

No sistema jurídico brasileiro, algumas questões emergiram: i) o juízo eleito pelos contratantes pode não reconhecer e, portanto, não julgar as demandas judiciais? ii) um juízo deve declinar o caso em favor de outro que tenha sido eleito pelos contratantes (agora litigantes)? iii) qualquer sentença expedida pelo juízo eleito deve ser reconhecida no juízo derogado?³

Tais questões são mais importantes de acordo com a maior ou menor sensibilidade dos Estados nacionais em termos de reconhecimento da autonomia privada na submissão da resolução de disputas para determinada jurisdição. Existem duas características relacionadas à cooperação jurídica internacional que estão associadas com as noções de multiculturalismo e com a busca pela uniformidade no entendimento e reconhecimento de certos fenômenos e institutos jurídicos.

A cláusula de eleição de foro, em contratos internacionais, constitui uma disposição de acordo com a qual os contratantes estipulam que processos judiciais podem ser iniciados apenas na jurisdição escolhida de comum acordo. Entretanto, existem limites para sua estipulação, como a disponibilidade de direito substantivo envolvido na questão, respeito ao equilíbrio entre as partes (e à “paridade de armas”) e a preservação da observância dos direitos e garantias processuais do Estado democrático.⁴

Na Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, a Convenção sobre os Acordos de Eleição foi aprovada em 2005, sendo o principal objetivo da referida Convenção estabelecer instrumentos de cooperação jurídica internacional para permitir maior flexibilidade, efetividade e segurança aos contratos em matérias civis e comerciais, com base na autonomia privada. Um dos principais aspectos da Convenção anteriormente mencionada representa o dever dos Estados nacionais de julgar os processos baseando-se na cláusula de eleição de foro (artigo 5,2) e, então, descartar a possibilidade de usar a doutrina do “*forum non conveniens*”.

Também existem regras que estabelecem a obrigação dos Estados Nacionais de reconhecer e executar julgamentos e decisões proferidas no exercício da jurisdição do Estado eleito pelos contratantes (artigo 8). Estas regras estão em sintonia com as regras do CPC brasileiro, especialmente o artigo 25, que trata da derrogação da jurisdição brasileiras quando as partes tiverem acordado sobre outro foro, seja no instrumento contratual internacional ou através de um ato separado do contrato.

Além dos contratos internacionais, o Direito Internacional Privado também tem se ocupado da questão da jurisdição sobre certos assuntos sensíveis, como a Convenção de Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Esta Convenção estabelece a

³ Ibid., p.358.

⁴ Ibid., p. 359.

impossibilidade do Estado requerido não decidir sobre o direito de guarda da criança até que a questão do retorno (ou não) da criança ao Estado requerente tenha sido resolvida (Artigo 16 da Convenção).

Ainda sobre as questões relativas ao sequestro internacional de crianças, há uma recomendação da Conferência de Haia para obter “decisões-espelho” que possam refletir o mesmo conteúdo que foi decidido no Estado Requerido também no Estado Requerente, como, por exemplo, na regulação dos direitos de visita a favor de um dos pais da criança.

A pesquisa a ser desenvolvida aponta para a necessidade de conceitualizar o princípio da jurisdição e de identificar as principais controvérsias envolvidas no respectivo tema no campo da cooperação jurídica internacional. Questões relacionadas à noção de ordem pública, autonomia privada, direitos e garantias procedimentais, dentre outros, demonstraram ser fundamentais para um entendimento mais adequado da matéria jurisdicional a partir da perspectiva da cooperação jurídica internacional.

Referências:

ARAÚJO, N. de; RAMOS, A. de C. (Org.) *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade - 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Editora Arraes, v.1, 2018

MOSCHEN, V. R. Borges; ZANETI JÚNIOR, H. Temas controversos do Direito Processual Civil Internacional: A Cláusula de Eleição de Foro e os Limites do Exercício Jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. In: RAMOS, A. de C. (Org.). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. 1.ed. Belo Horizonte: ARRAES, 2016, v. 1, p. 357-372.

Capítulo 6

Cooperação Jurídica Internacional e os Princípios do Reconhecimento e da Execução de Decisões Estrangeiras: Lições do Direito Sanitário

Sarah Lucy Cooper

tradução por Paula Ladeira Vidal

Resumo

O presente artigo discute a prestação de cuidados de saúde adequados nas prisões no contexto dos procedimentos de liberação humanitária, que tipicamente permitem aos prisioneiros solicitar sua soltura antecipada por razões médicas. O trabalho proporciona uma visão geral dos procedimentos nos Estados Unidos e na Inglaterra e País de Gales, bem como exorta as duas jurisdições a cooperarem no desenvolvimento de práticas melhores para a liberação humanitária.

Palavras-chave

Cooperação internacional; reconhecimento e execução de decisões estrangeiras; Direito Sanitário.

Sumário

1. Introdução
2. Cooperação internacional: perseguindo interesses comuns
3. Liberação humanitária nos Estados Unidos e na Inglaterra e País de Gales
4. Desenvolvendo práticas melhores (juntos)
5. Conclusão

1. Introdução

A cooperação internacional consiste em interações para o alcance de objetivos comuns. Onde interesses comuns emergem, a cooperação pode se desenvolver e se sustentar. Enfrentando os desafios da prestação de cuidados de saúde adequados em sistemas prisionais que comportam populações idosas e clinicamente complexas, com recursos e infraestruturas limitados, os Estados Unidos (EUA) e a Inglaterra, juntamente com o País de Gales, possuem interesse no desenvolvimento de melhores práticas para a determinação de quais circunstâncias, se houver, garantem a liberação antecipada de prisioneiros por razões médicas. Ambas as jurisdições estabeleceram procedimentos de liberação humanitária (*compassionate release*), que tipicamente permitem a soltura antecipada devido a problemas de saúde, mas várias reformas são necessárias. O presente artigo sugere que, motivados por seus interesses compartilhados, os EUA e a Inglaterra e País de Gales devem cooperar para a conformação de melhores práticas para a liberação humanitária, bem como propõe uma série de questões a fim de fomentar o debate.

2. Cooperação internacional: perseguindo interesses comuns

A cooperação internacional consiste em “interações para o alcance de objetivos comuns quando as preferências dos atores não são nem idênticas (harmonia) nem irreconciliáveis (conflito)”¹ (tradução nossa). Ela pode se referir a uma gama de interações, incluindo “compartilhamento de pesquisas, produção, comércio, proteção de investimentos e *know-how* industrial [...]”² (tradução nossa) e ocorrer a nível bilateral, multilateral, regional ou, até mesmo, global, envolvendo uma diversidade de agentes e instituições intergovernamentais e/ou transnacionais.³ Com o intuito de promover os ideais da “comunidade maior”⁴ (tradução nossa), a cooperação internacional “requer a existência de uma partilha de interesses”⁵ (tradução nossa), a fim de ganhar força. Onde tais interesses emergem, a cooperação pode se desenvolver e se sustentar. Isso é refletido nas áreas em que a cooperação existe atualmente, como segurança, investigações criminais, proteção ambiental, uso de espaços compartilhados (e.g., espaço sideral), economia, saúde e promoção dos direitos humanos. A cooperação internacional reconhece que há valor, como Griffin descreve neste volume,

¹ PAULO, Sebastian. *International cooperation and development: A conceptual overview*. Bonn: German Development Institute, 2014. p. 3.

² EROKHIN, Vasilii; GAO, Tianming; ZHANG Xiuhua. *Handbook of research on international collaboration, economic development, and sustainability in the Arctic*. Hershey, PA: IGI Global, Business Science Reference, 2019. p. 23.

³ PAULO, op. cit.

⁴ WOLFRUM, Rüdiger. *International law*. In: _____ (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.9.

⁵ Ibid.

“[n]a troca aberta de ideias, valores e escolhas entre as nações, cada uma respeitando as contribuições das outras.”⁶

Dado o uso rotineiro da prisão como punição a nível mundial e os desafios inerentes à prestação de cuidados de saúde adequados nos sistemas prisionais, um interesse (geralmente) partilhado pela comunidade internacional é a determinação de quais circunstâncias, se houver, garantem a liberação antecipada de um prisioneiro por razões médicas. Essa tarefa requer que as partes interessadas decidam quando as desvantagens associadas a um preso que não cumpre completamente sua pena são compensadas pelas vantagens de sua soltura antecipada. Também é uma tarefa acompanhada de “muitas distrações”⁷ (tradução nossa). Profissionais de saúde, assim como acadêmicos de justiça criminal, reconheceram as inerentes tensões envolvidas. Como relatam dois profissionais de saúde do Reino Unido que pesquisam sobre cuidados paliativos na prisão:

Os prisioneiros têm direito a cuidados de saúde iguais aos de qualquer outro paciente, mas não à custa do risco de dano à sociedade. Inevitavelmente surgem tensões ao se tentar respeitar a autonomia das pessoas que tiveram sua liberdade restringida pelo Estado, especialmente, quando se considera o lugar de morte preferido de um preso [...] o aprisionamento proporciona proteção pública, prevenção de reincidência e reabilitação. Para o prisioneiro enfermo que se aproxima do fim da vida, pode-se argumentar que o encarceramento adicional não serve a nenhum propósito; a fragilidade física torna a reincidência e o dano público improváveis e a iminência da morte torna a reabilitação em grande parte irrelevante.”⁸ (tradução nossa)

Os procedimentos de liberação humanitária – quando alusivos a questões médicas – tipicamente permitem a soltura antecipada em razão de doença terminal grave, não terminal e/ou relacionada com a idade. Assim, eles procuram navegar por essas tensões e ponderar interesses relevantes. Esses procedimentos estão presentes em diferentes sistemas de justiça ao redor do mundo, inclusive nos EUA e na Inglaterra e País de Gales.

3. Liberação humanitária nos Estados Unidos e na Inglaterra e País de Gales

Os procedimentos de liberação humanitária nos EUA e na Inglaterra e País de Gales compartilham a composição típica da liberação humanitária, isto é, englobam método,

⁶ Ver, neste mesmo volume, GRIFFIN, Lissa. Cooperação jurídica internacional e o princípio da igualdade entre nações: lições do direito penal e processual penal. In: PERLINGEIRO, Ricardo; GHIO, Emilie (Orgs.). *Princípios gerais da cooperação jurídica internacional: uma abordagem temática e comparativa*. Niterói: Nupej-Uff, 2020 (prelo).

⁷ GREIFINGER, Robert B. Commentary: Is It Politic to Limit Our Compassion? *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 27, n. 3, p. 234, set. 1999.

⁸ BURTONWOOD, James; FORBES, Karen. Early Release Rules for Prisoners at End of Life Need Reform. *The BMJ Opinion*, Londres, 12 jun. 2019.

denominação, critérios de admissibilidade e processo customizado, além de envolverem interação multiagente e possuírem resultados relatados.⁹

Nos EUA, os prisioneiros federais podem solicitar a liberação humanitária (ou “redução da pena”, como também é conhecida) em duas situações. A primeira refere-se aos casos em que os presos possuem “razões extraordinárias e convincentes”, as quais podem estar relacionadas à condição médica, idade, circunstâncias familiares, entre outros. A segunda refere-se aos presos com setenta anos de idade ou mais, que tenham cumprido trinta anos de prisão, e que o Diretor do Departamento de Prisões (em inglês, *Bureau of Prisons* – BOP) determine não representarem um perigo para os demais. Após um processo envolvendo instituições de correção federais e o BOP, o tribunal federal de sentença do prisioneiro (orientado pelas diretrizes da Comissão de Sentença dos EUA) toma uma decisão final.¹⁰ Em relação aos estados americanos, uma pesquisa mostra que todos, com exceção de Iowa,¹¹ possuem pelo menos um procedimento de liberação humanitária.¹² Os métodos de liberação humanitária incluem liberdade condicional, clemência/comutação da pena, indultos, modificações de sentenças, confinamento prolongado com supervisão, programas de descanso e licenças com cerca de cinquenta denominações diferentes. As práticas de exclusão podem se basear na ofensa cometida, na admissibilidade da liberdade condicional e nos requisitos da sentença. Os critérios de admissibilidade em casos de condições não terminais normalmente exigem que o prisioneiro esteja sujeito a problemas graves de saúde ou deficiências que o incapacitem significativamente, enquanto os procedimentos relativos a condições terminais podem variar desde a exigência de que a morte seja “iminente” até que ela deva ocorrer dentro de vinte e quatro meses. A idade é referenciada de diversas maneiras, inclusive como principal critério de admissibilidade. O risco à segurança pública, o bem-estar do preso e o custo também podem influenciar a decisão a respeito da admissibilidade da liberação. Os processos geralmente envolvem a interação sequencial das múltiplas partes interessadas, incluindo peticionários (e/ou seus representantes), agentes de correção, profissionais médicos e autoridades responsáveis pela soltura. As condições de liberação podem variar desde a concordância com a divulgação de registros clínicos e localização e com a submissão periódica a avaliações médicas, até a supervisão intensiva e o pagamento de taxas. Uma alteração nas circunstâncias também pode resultar na revoga-

⁹ Para o detalhamento dos referidos procedimentos, ver, em geral, COOPER Sarah L. A Case for Broadening Arizona’s Approach to Compassionate Release. *Law Journal for Social Justice*, Arizona, v. 13, p. 3-23, jun. 2020.

¹⁰ §3582, (c), (1), (A), (i) e (ii), do Título 18 do Code of Laws of the United States of America. Ver também: U.S. DEPT OF JUSTICE FED (Federal Bureau of Prison). Compassionate release/reduction in sentence: Procedures for implementation of 18 U.S.C. §§ 3582 and 4205(G). Washington, DC, 17 jan. 2019.

¹¹ Ver FAMILIES AGAINST MANDATORY MINIMUMS. *Iowa State Memo*, jun. 2018. Note-se, contudo, como o próprio memorando indica, a mídia reporta que houve um caso de liberação humanitária em Iowa, mas não há procedimentos identificáveis.

¹² Ver, em geral, PRICE, Mary. Everywhere and nowhere: Compassionate release in the States. *Families Against Mandatory Minimums*, jun. 2018; e os Memorandos Estaduais (*State Memo*) associados ao relatório FAMM. *Find your state’s compassionate release policy*, jun. 2018.

ção da medida. Em geral, os procedimentos carecem de relatórios compreensíveis e sistemas de rastreamento.¹³ Pesquisas sugerem que os procedimentos de liberação humanitária são usados com “parcimônia”¹⁴ (tradução nossa).

Na Inglaterra e País de Gales, a Liberação Antecipada com Base Humanitária (*Early Release on Compassionate Grounds – ERCG*), permite ao Secretário de Estado liberar um prisioneiro condenado por tempo determinado em qualquer momento da execução da pena, se existirem “circunstâncias excepcionais”¹⁵ que o justifiquem. Esse processo não requer expressamente a consulta ao Conselho de Liberdade Condicional (*Parole Board*). Em contrapartida, a liberação antecipada humanitária de um condenado à prisão perpétua,¹⁶ que funciona sob os mesmos critérios, exige a consulta ao conselho.¹⁷ A Ordem (PSO) nº 6000 do *HM Prison Service (Parole Release and Recall)* estabelece o procedimento relativo aos presos condenados por tempo determinado¹⁸ e sugere circunstâncias excepcionais, como “doença terminal [em que] a morte é provável que ocorra em breve [...]”¹⁹ (assinalando três meses como um “período apropriado”²⁰) e “em que o prisioneiro esteja acamado ou gravemente incapacitado”²¹ (tradução nossa). O processo de solicitação envolve uma interação entre o prisioneiro, o Governador, o Médico Oficial, o Oficial de Condicional e o Departamento de Saúde.²² Considerações sobre o risco à segurança pública, informações conhecidas pelo tribunal de julgamento e sentença, e o(s) propósito(s) a que serve a liberação orientam o

¹³ Para autoridades e um resumo expandido dessa visão geral, ver COOPER, op. cit.

¹⁴ RHINE, Edward E.; PETERSILIA, Joan; REITZ, Kevin R. The Future of Parole Release. *Crime & Justice*, v. 46, n.1, p. 279, 1 jan. 2017, n. 11 (“These include compassionate release or ‘medical parole’, mainly available to inmates with disabling or terminal illnesses, and the executive’s clemency powers, which in most jurisdictions are used sparingly (Barkow 2009; Love 2009; American Law Institute 2011, § 305.7)” [Estes incluem liberação humanitária ou “liberdade condicional médica”, disponível principalmente para reclusos com doenças incapacitantes ou terminais, e os poderes de clemência do Executivo, que na maioria das jurisdições são usados com parcimônia (Barkow 2009; Love 2009; American Law Institute 2011, § 305.7)], tradução nossa).

¹⁵ Seção 248, subseção (1) do Criminal Justice Act 2003 (“The Secretary of State may at any time release a fixed-term prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner’s release on compassionate grounds.” [O Secretário de Estado pode, a qualquer momento, liberar em licença um prisioneiro condenado por tempo determinado, se estiver convencido da existência de circunstâncias excepcionais que justifiquem a sua soltura com base em fundamentos humanitários], tradução nossa).

¹⁶ Seção 30, subseção (1) do Crime (Sentences) Act 1997 (“The Secretary of State may at any time release a life prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner’s release on compassionate grounds.” [O Secretário de Estado pode, a qualquer momento, liberar em licença um prisioneiro perpétuo, se estiver convencido da existência de circunstâncias excepcionais que justifiquem a sua soltura com base em fundamentos humanitários], tradução nossa).

¹⁷ Seção 30, subseção (2) do Crime (Sentences) Act 1997 (“Before releasing a life prisoner under subsection (1) above, the Secretary of State shall consult the Parole Board, unless the circumstances are such as to render such consultation impracticable.” [Antes de liberar um prisioneiro perpétuo na forma da subseção (1) acima, o Secretário de Estado deve consultar o Conselho de Liberdade Condicional, a menos que as circunstâncias sejam tais que tornem essa consulta impraticável], tradução nossa).

¹⁸ HM PRISON SERVICE. Prison Service Order 600. Parole Release and Recall. Londres, 31 mar. 2005. Capítulo 12.

¹⁹ Ibid., capítulo 12, p. 3, §12.4.1.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., capítulo 12, p. 3, §12.4.2.

²² Ibid., capítulo 12, p. 3, §12.5 - 12.5.3.

processo. A Ordem (PSO) nº 6000 ressalta que a liberação antecipada humanitária “é concedida apenas nos casos mais excepcionais”²³ (tradução nossa). Pareceres sugerem que isso, de fato, ocorre.²⁴ A Ordem (PSO) nº 4700 do HM Prison Service, por sua vez, estabelece o procedimento relativo aos prisioneiros condenados à prisão perpétua.²⁵ O documento aplica a mesma terminologia no tocante a doença terminal, tempo e incapacidade,²⁶ mas envolve consideração específica sobre: a) o risco de reincidência; b) se o encarceramento futuro reduziria a expectativa de vida do preso; c) cuidados externos e meios de tratamento; e d) se a liberação antecipada trará benefício significativo ao prisioneiro e à sua família.²⁷ O processo envolve interação com a Seção de Proteção Pública (*Public Protection Casework Section*) e o Conselho de Liberdade Condicional.²⁸

4. Desenvolvendo práticas melhores (juntos)

A reforma da liberação humanitária é um debate em curso tanto nos EUA como na Inglaterra e País de Gales. Em ambas as jurisdições (e além), tais discussões têm sido associadas com a necessidade de enfrentar os desafios da prestação de cuidados de saúde adequados nas prisões, onde as infraestruturas médicas são limitadas, o pessoal e os recursos financeiros finitos, as condições desafiadoras, e há uma série de problemas médicos graves sofridos por diversos grupos, bem como ponderações políticas variadas.²⁹ Assim, os

²³ Ibid., capítulo 12, p. 1, § 12.1 (“Early release on compassionate grounds may be considered on the basis of a prisoner’s medical condition or as a result of tragic family circumstances. It is granted in only the most exceptional cases.” [A liberação antecipada de base humanitária pode ser fundamentada na condição médica do prisioneiro ou em circunstâncias familiares trágicas. É concedida apenas nos casos mais excepcionais], tradução nossa).

²⁴ Ver, por exemplo, UK PARLIAMENT. House of Commons Debate. *Column 208WH*. Londres, 20 out. 2009 (“Maria Eagle: Some 28 per cent. of applications for compassionate release are granted in England and Wales.” [Maria Eagle: 28% dos pedidos de liberação humanitária são concedidos na Inglaterra e País de Gales], tradução nossa).

²⁵ HM PRISON SERVICE. Prison Service Order (PSO) 4700. Chapter 12. Indeterminate sentence prisoners compassionate release on medical grounds [Liberação humanitária por razões médicas de prisioneiros perpétuos] (Tradução nossa). Londres, 12 abr. 2010.

²⁶ Ibid., p. 1, §12.2.1.

²⁷ Ibid.,

²⁸ Ibid., p. 1-2, §12.3.1 – 12.4.

²⁹ Para uma seleção de literatura relevante sobre o tema, ver, em geral: AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNIONS. *At America’s expense: The mass incarceration of the elderly*. Nova Iorque, jun. 2012; TRAVIS, Jeremy; WESTERN, Bruce; NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Eds.). *The growth of incarceration in the United States: Exploring causes and consequences*. Washington, DC: The National Academies Press, 2014; CLOUD, David. *On life support: Public health in the age of mass incarceration*. Nova Iorque: Vera Institute of Justice, nov. 2014; COOPER, op cit.; PRICE, op. cit.; BURTONWOOD, op. cit.; STEINER, Eva. Early release for seriously ill and elderly prisoners: Should French practice be followed? *Probation Journal: The journal of community and criminal justice*, v. 50, n.3, p. 267–276, 1 set. 2003; HANDTKE, Violet; BRETSCHNEIDER, Wiebke; ELGER, Bernice; WANGMO, Tenzin. The collision of care and punishment: Ageing prisoners’ view on compassionate release. *Punishment & Society*, v. 19, n.1, p. 5–22, 1 jan. 2017; DIRECTORATE GENERAL HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW. Comitê Europeu para Problemas Criminais (Conselho da Europa). *White paper on prison overcrowding*. Estrasburgo, 30 jun. 2016; UK PARLIAMENT. House of Commons Debate. *Prisoner Release Decision, Column 201WH*. Londres, 20 out. 2009; UK PARLIAMENT. House of Commons Debate. *Column 229WH*, Londres, 20 out. 2009.

pensadores têm focado em diversas ideias, incluindo a necessidade de aproveitar a experiência dos métodos disponíveis, de empregar denominações mais acessíveis aos leigos, de criar critérios de admissibilidade adequados e medicinalmente informados para doenças terminais e não terminais, de estabelecer mecanismos de recurso, de restringir práticas de exclusão, de construir processos eficientes, de proporcionar educação e treinamento aos agentes envolvidos, de implementar sistemas de relatório e rastreamento, de adaptar os requisitos para liberação e, finalmente, de levar em conta os objetivos da política penal (inclusive a segurança pública) e os padrões de direitos humanos.³⁰ A Covid-19, em particular, acendeu os desafios da prestação de cuidados de saúde adequados nas prisões.³¹

Dado seu interesse comum no enfrentamento de tais adversidades, os EUA e a Inglaterra e País de Gales devem cooperar para o desenvolvimento de práticas melhores. Através da cooperação cuidadosa, essas práticas não só podem ser sensíveis às idiossincrasias jurídicas e culturais das jurisdições em questão, como também aos princípios mais universais que emergem em casos de liberação humanitária, a exemplo da aplicação da ciência médica, da busca da proteção da saúde³² e dos direitos dos prisioneiros,³³ conforme reconhecidos em normativas internacionais de direitos humanos. Elas podem tirar proveito de toda a diversidade de interações de cooperação, desde o compartilhamento de metodologias de pesquisa e bases de evidência, até o intercâmbio de *know-how* comparativo entre as partes interessadas e o coinvestimento em exercícios de análise. Elas podem encorajar a interação em diferentes níveis (e.g., envolvimento conjunto com a Organização Mundial da Saúde), instituições (e.g., facilitando diálogos entre instituições “gêmeas”, como o BOP e o *HM Prison Service*) e disciplinas (e.g., saúde, sistema correcional, direito e liberdade condicional).

A partir dessa perspectiva, as seguintes questões são apresentadas como catalisadoras da discussão entre as partes interessadas:

1. Quais objetivos a liberação humanitária deve buscar? Quais interesses devem ser levados em conta e como eles podem ser equilibrados?
2. Quais métodos são mais apropriados para coordenar a liberação humanitária e como os procedimentos relevantes devem ser denominados?

³⁰ Ibid.

³¹ Em relação aos EUA, ver, por exemplo, VERA INSTITUTE OF JUSTICE. We must urgently do more to address COVID-19 behind bars and avoid mass infection and death: Guidance for Attorney General Barr, governors, sheriffs, and corrections administrators. Brooklyn, NY, 11 maio 2020 (atualizado em 12 maio 2020). Em relação à Inglaterra e País de Gales, ver PRISON REFORM TRUST. Tackling the spread of coronavirus in prison, Londres, [20--] (em constante atualização).

³² Artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “[...] o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”.

³³ A vulnerabilidade dos prisioneiros é reconhecida em instrumentos internacionais de direitos humanos. O artigo 10 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especificamente dispõe que “[t]oda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana [...]”. Mais amplamente, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela) promulgam várias normas, inclusive em relação à administração das instalações e do pessoal de correção, ao padrão de vida dos prisioneiros e a cuidados de saúde.

3. Quais critérios de exclusão (não relacionados à saúde), se houver, devem ser aplicados e com que fundamentos?
4. Os critérios de admissibilidade devem ser informados por princípios relevantes da ciência médica e, em caso afirmativo, como isso pode ser alcançado?
5. Como podem ser construídos processos eficientes e claros de modo a levar em conta os requisitos probatórios, os padrões de prova, as competências das autoridades decisórias e a necessidade de uma revisão célere?
6. Aqueles a quem é concedida a liberação humanitária devem estar sujeitos a requisitos de soltura e, em caso afirmativo, que forma esses requisitos devem assumir e por quê?
7. A que propósitos os sistemas de relatório e rastreamento devem servir e quem deve coordená-los? Esses sistemas devem ser obrigatórios? Que forma devem assumir?
8. Que tipo de apoio necessitam as partes interessadas (incluindo prisioneiros e suas famílias, advogados, profissionais de saúde, equipe de correção e autoridades responsáveis pela soltura), a fim de se envolverem efetivamente em procedimentos de liberação humanitária? Como, especificamente, as partes interessadas podem ser auxiliadas a desenvolver um entendimento dos papéis, competências e objetivos das outras partes interessadas?

5. Conclusão

Tendo em vista seus interesses partilhados e procedimentos em comum, o presente artigo exorta os EUA e a Inglaterra, juntamente com o País de Gales, a cooperarem para o desenvolvimento de práticas melhores para a liberação humanitária, sugerindo uma série de questões com a intenção de fomentar o debate entre as partes interessadas. Dada a ampla relevância da liberação humanitária em jurisdições ao redor do mundo, esse chamado à cooperação poderia ser difundido de maneira proveitosa. Não importa a amplitude do esforço cooperativo, porém, as questões apresentadas devem servir como um ponto de partida útil.

Referências:

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNIONS. *At America's expense: The mass incarceration of the elderly*. Nova Iorque, jun. 2012. Disponível em: <<https://www.aclu.org/report/americas-expense-mass-incarceration-elderly>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model penal code: Sentencing*, tentative draft No. 2. Philadelphia, 2011.

BARKOW, Rachel. The politics of forgiveness: Reconceptualizing clemency. *Federal Sentencing Reporter*, v. 21, n. 3, p. 153-159, 2009.

BURTONWOOD, James; FORBES, Karen. Early release rules for prisoners at end of life need reform. *The BMJ Opinion*, Londres, 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://blogs.bmj.com/bmj/2019/06/12/jim-burtonwood-early-release-rules-for-prisoners-at-end-of-life-needed-reform/>>. Acesso em: 4 jun. 2020.

CLOUD, David. *On life support: Public health in the age of mass incarceration*. Nova Iorque: Vera Institute of Justice, nov. 2014. Disponível em: <<https://www.vera.org/publications/on-life-support-public-health-in-the-age-of-mass-incarceration>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

COOPER, Sarah L. A Case for broadening Arizona's approach to compassionate release. *Law Journal for Social Justice*, Arizona, v. 13, p. 3-23, jun. 2020.

DIRECTORATE GENERAL HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW. Comitê Europeu para Problemas Criminais (Conselho da Europa). *White paper on prison overcrowding*. Estrasburgo, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806f9a8a>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

EROKHIN, Vasilii; GAO, Tianming; ZHANG Xiuhua. *Handbook of research on international collaboration, economic development, and sustainability in the Arctic*. Hershey, PA: IGI Global, Business Science Reference, 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Resolução 70/175 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Nova Iorque, 17 dez. 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FAMILIES AGAINST MANDATORY MINIMUMS. *Iowa State Memo*, jun. 2018. Disponível em: <https://famm.org/wp-content/uploads/Iowa_Final.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. *Find your state's compassionate release policy*, jun. 2018 (em constante atualização). Disponível em: <<https://famm.org/our-work/compassionate-release/everywhere-and-nowhere/>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

GREIFINGER, Robert B. Commentary: Is it politic to limit our compassion? *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 27, n. 3, p. 234-237, set. 1999.

GRIFFIN, Lissa. Cooperação jurídica internacional e o princípio da igualdade entre nações: Lições do direito penal e processual penal. In: PERLINGEIRO, Ricardo; GHIO, Emilie (Orgs.). *Princípios gerais da cooperação jurídica internacional: uma abordagem temática e comparativa*. Niterói: Nupej-Uff, 2020 (prelo).

HANDTKE, Violet; BRETSCHEIDER, Wiebke; ELGER, Bernice; WANGMO, Tenzin. The collision of care and punishment: Ageing prisoners' view on compassionate release. *Punishment & Society*, v. 19, n. 1, p. 5–22, 1 jan. 2017.

HM PRISON SERVICE. Prison Service Order 4700. Chapter 12: Indeterminate sentence prisoners compassionate release on medical grounds. Londres, 12 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/offenders/psos/ps0-4700-indeterminate-sentence-manual>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. Prison Service Order 600. Parole Release and Recall. Londres, 31 mar. 2005. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/downloads/offenders/psipso/ps0/ps0-6000.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

LOVE, Margaret Colgate. Sentence reduction mechanisms in a determinate sentencing system: Report of the second look roundtable. *Federal Sentencing Reporter*, v. 21, n. 3, p. 211–225, fev. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Nova Iorque, 16 dez. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nova Iorque, 16 dez. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 5 jun. 2020.

PAULO, Sebastian. *International cooperation and development: A conceptual overview*. Bonn: German Development Institute, 2014. Disponível em: <https://www.die-gdi.de/uploads/media/DP_13.2014.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2020.

PRICE, Mary. Everywhere and nowhere: Compassionate release in the states. *Families Against Mandatory Minimums*, jun. 2018. Disponível em: <<https://famm.org/wp-content/uploads/Exec-Summary-Report.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

PRISON REFORM TRUST. *Tackling the spread of coronavirus in prison*. Londres, [20--]. Disponível em: <<http://www.prisonreformtrust.org.uk/PressPolicy/News/Coronavirus>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

RHINE, Edward E.; PETERSILIA, Joan; REITZ, Kevin R. The future of parole release. *Crime & Justice*, v. 46, n.1, p. 279–338, 1 jan. 2017.

STEINER, Eva. Early release for seriously ill and elderly prisoners: Should french practice be followed? *Probation Journal: The Journal of Community and Criminal Justice*, v. 50, n.3, p. 267–276, 1 set. 2003.

TRAVIS, Jeremy; WESTERN, Bruce; NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Eds.). *The growth of incarceration in the United States: Exploring causes and consequences*. Washington, D.C: The National Academies Press, 2014.

UK PARLIAMENT. House of Commons Debate. *Column 208WH*. Londres, 20 out. 2009. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm091020/halltext/91020h0005.htm#09102038000329>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. House of Commons Debate. *Column 229WH*. Londres, 20 out. 2009. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm091020/halltext/91020h0008.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

_____. House of Commons Debate. *Prisoner release decisions, Column 201WH*. Londres, 20 out. 2009. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm091020/halltext/91020h0004.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

UNITED KINGDOM. Crime (Sentences) Act 1997. Londres, 21 mar. 1997. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/43/contents>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. Criminal Justice Act 2003. Londres, 20 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

UNITED STATES. Code of laws of the United States of America. Title 18 - Crimes and criminal procedure. Washington, DC, 25 jun. 1948. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (FEDERAL BUREAU OF PRISON). Compassionate release/reduction in sentence: Procedures for implementation of 18 U.S.C. §§ 3582 and 4205(G). Washington, DC, 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.bop.gov/policy/progstat/5050_050_EN.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

VERA INSTITUTE OF JUSTICE. *We must urgently do more to address covid-19 behind bars and avoid mass infection and death: Guidance for attorney general barr, governors, sheriffs, and corrections administrators*. Brooklyn, NY, 11 maio 2020. (atualizado em 12 maio 2020). Disponível em: <<https://www.vera.org/downloads/publications/coronavirus-guidance-crisis-behind-bars.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

WOLFRUM, Rüdiger. International law. In: _____ (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Capítulo 7

Cooperação Jurídica Internacional e Questões Processuais: Lições do Direito Administrativo e Ambiental

Ricardo Perlingeiro

tradução por Daniela Cardoso

Resumo

O presente projeto busca identificar, discutir e consolidar os princípios procedimentais de cooperação jurídica internacional no direito de Estados instados a cooperar com outros. A metodologia de pesquisa inclui a análise das regras procedimentais atuais de cooperação jurídica internacional no direito brasileiro, do Reino Unido e da União Europeia, com um foco no direito administrativo e ambiental.

Palavras-chave

Cooperação jurídica internacional, ordem pública, assistência mútua, direito administrativo, direito ambiental.

Sumário

1. Introdução
2. Autoridades do Estado requerido que são competentes para decidir sobre o pedido de cooperação
3. Legitimidade *ad causam* para iniciar o processo de cooperação internacional
4. Tradução e interpretação no processo de cooperação jurídica internacional
5. Conteúdo da decisão resultante da avaliação de compatibilidade com a ordem pública do Estado requerido
6. Eficácia da decisão de controle da ordem pública
7. Momento do processo de controle da ordem pública

1. Introdução

A cooperação jurídica internacional discutida neste texto está associada à atuação coordenada entre Estados com o objetivo de garantir que as funções básicas do Estado, tais como aplicação de leis e a proteção de direitos (jurisdição) sejam efetivas através das fronteiras quando necessário.

De um lado, do ponto de vista do sistema internacional de direitos humanos, os Estados têm o dever de salvaguardar liberdades negativas e positivas, o que inclui tanto a proteção de direitos individuais quanto a punição daqueles que violem os direitos de outrem. Se a natureza de tais deveres públicos reclamar que se ultrapassem as fronteiras nacionais, o Estado que é instado a cooperar tem o dever e não apenas o poder discricionário de viabilizar a cooperação jurídica internacional.

Por outro lado, do ponto de vista do direito interno, os Estados requeridos devem preservar seu poder soberano para investigar e controlar a ordem pública, ou seja, os Estados requeridos devem cooperar internacionalmente na medida em que a cooperação for compatível com os seus princípios fundamentais e com a sua própria noção da cláusula do devido processo legal, substantivo e procedimental.

Portanto, a cooperação jurídica internacional depende de regras processuais que sejam influenciadas pela posição em que se encontram os Estados Requeridos, que se veem presos, de um lado, entre os deveres internacionais de cooperar e, de outro, pelos seus deveres constitucionais de se absterem de cooperar para preservar sua própria *ordre publique* [ordem pública].

Neste contexto, o presente estudo busca identificar, discutir e consolidar os princípios processuais do controle de compatibilidade de um ato de cooperação com a ordem pública (doravante resumida como “controle da ordem pública”) a ser exercido pelas autoridades e juízos de um Estado que seja demandado a cooperar com outro. A metodologia de pesquisa inclui uma análise das regras processuais de cooperação jurídica internacional vigentes nos ordenamentos jurídicos do Brasil, do Reino Unido e da União Europeia com foco em direito administrativo e direito ambiental.

2. Autoridades do Estado requerido que são competentes para decidir sobre o pedido de cooperações

Qual é a esfera de poder decisório do Estado requerido que é competente para sopesar os interesses entre o dever internacional de cooperar e o dever nacional de proteger a ordem pública?

A resposta depende das disposições legais do Estado requerido acerca das características do ato de cooperação a ser praticado em seu território e de quais de seus órgãos são constitucionalmente competentes para praticar tais atos.

Por exemplo, imagine que seja necessário executar a decisão de uma autoridade ambiental estrangeira que objetiva proibir uma indústria localizada no território do Estado requerido e próximo à margem de um rio que deságua no território do Estado requerente. Se, no Estado requerente, as autoridades administrativas forem competentes para executar decisões administrativas ambientais, então estas mesmas autoridades seriam responsáveis pelo processo de controlar a decisão para assegurar a compatibilidade com a ordem pública interna; contudo, se apenas os tribunais pudessem executar decisões administrativas, como é frequentemente o caso no Brasil, então os tribunais seriam responsáveis por controlar a compatibilidade da decisão administrativa estrangeira com a ordem pública do Estado requerido.

3. Legitimidade *ad causam* para iniciar o processo de cooperação internacional

Quem é competente para iniciar o processo de controle em matéria de cooperação jurídica internacional? A propósito, trata-se de um controle que deve ser iniciado pelas partes interessadas ou que deve ser iniciado *ex officio* pelas autoridades do Estado requerido?

No caso de uma medida de cooperação jurídica internacional que se destine a exercer um direito para além das fronteiras nacionais, somente o titular do direito pode tomar tal iniciativa. Portanto, qualquer pessoa que se sinta lesada pela implementação de um ato de cooperação deve tomar a iniciativa para demandar à autoridade competente o controle da cooperação jurídica internacional. Isto vale não apenas para questões de direito privado, o que seria bastante óbvio, mas também para questões de direito administrativo no que se refere à defesa de um indivíduo contra decisões administrativas que privem os cidadãos de direitos. Entretanto, no caso de pessoas vulneráveis, como os menores de idade, é compreensível que eles sejam sempre representados por autoridades específicas nos Estados Requeridos.

Se a cooperação internacional envolver um pedido para que as autoridades de persecução administrativa sancionatória de outro país ajam em seu próprio território, como no caso da execução transnacional dos poderes de uma autoridade ambiental, o processo de controle deve ser iniciado pelas autoridades judiciais e administrativas do Estado requerente. Estas autoridades estrangeiras, tendo competência para participar no processo de cooperação, podem ser representadas por autoridades centrais ou por qualquer outra autoridade administrativa ou judicial do Estado requerido, contanto que não coincida com a autoridade competente para controlar a conformidade com a ordem pública.

No entanto, deve-se salientar que o papel de autoridades intermediárias, como a Autoridade Central, deve se limitar a facilitar a cooperação, de modo que aquelas sejam prescindidas sempre que não se façam necessárias. O Estado requerido deve estimular a comu-

nicação direta entre as partes legitimadas e as autoridades com poderes para controlar a cooperação internacional no Estado requerido.

4. Tradução e interpretação no processo de cooperação jurídica internacional

A compreensão dos idiomas em questão é de fundamental importância para viabilizar a cooperação entre os Estados. Portanto, é perfeitamente natural reconhecer que os Estados têm o dever de assumir os custos com intérpretes e tradutores para aqueles que não dispõem dos recursos necessários exigidos para o processo de cooperação internacional. Contudo, é a compreensão e não a tradução e a interpretação que deve ser considerada uma condição absoluta para a cooperação internacional. Sendo assim, a tradução e a interpretação podem ser dispensadas nos casos em que as autoridades demandadas e partes legitimadas sejam proficientes no idioma do Estado requerente.

5. Conteúdo da decisão resultante da avaliação de compatibilidade com a ordem pública do Estado requerido

Qual a intensidade do controle da ordem pública exercido pelo Estado requerido para avaliar se o ato de cooperação solicitado em seu território é compatível com a ordem pública? Deve o controle se limitar à ordem pública do Estado requerido ou se estender ao direito vigente no Estado requerente?

É típico de sistemas jurídicos refratários à cooperação internacional ampliar seu processo de controle de modo a incluir questões decididas no Estado requerente sem qualquer relação com a ordem pública vigente no Estado requerido. Isso porque, se o órgão de controle no Estado requerido se tornar uma instância recursal plena da decisão estrangeira, na prática, tal Estado estará se estabelecendo como um Estado com jurisdição universal.

Logo, é mais consistente com um sistema jurídico aberto à cooperação jurídica internacional se o Estado requerido apenas controlar sua própria ordem pública ao invés de examinar as leis vigentes no Estado requerente, como se diz no direito italiano, o Estado requerido deveria se limitar a um *giudizio di deliberazione*.

Uma exceção aparente à regra acima ocorre com determinadas medidas urgentes na cooperação jurídica internacional. Em princípio, apenas a corte do processo principal é competente para proferir medidas cautelares. No entanto, há situações em que a urgência é tão premente que não seria efetivo postular a medida de urgência em um Estado para que posteriormente, se obtivesse o seu efeito no território de outro Estado. A postulação pela medida de urgência pode, assim, ser apresentada diretamente para a corte do Estado requerido em relação a um processo pendente ou futuro no Estado requerente. Nesse caso específico, a corte do Estado requerido não apenas exercerá o controle da ordem pública de seu próprio país, mas também será responsável por examinar as questões de *fumus boni*

iuris [probabilidade de sucesso no mérito do caso] e *periculum in mora* [perigo na demora] da pretensão judicial de acordo com a legislação vigente no Estado requerente.

6. Eficácia da decisão de controle da ordem pública

É a decisão de controle da ordem pública uma decisão que nacionaliza internamente o ato de cooperação e o equipara às demais decisões administrativas e judiciais praticadas no Estado requerido? Em outras palavras, pode um processo perante uma corte ou autoridade administrativa estrangeira, se não forem contrárias à ordem pública do Estado requerido, ensejar a oposição de *litis pendens* ou *res judicata* em relação aos outros processos em curso no Estado requerido?

Na verdade, negar tais efeitos equivaleria a recusar a cooperação: de nada serviria a cooperação jurídica internacional se uma decisão administrativa ou judicial futura pelas autoridades do Estado requerido sempre prevalecer sobre decisões estrangeiras que já tenham sido, expressa ou implicitamente, admitidas pelas autoridades de controle daquele mesmo Estado.

7. Momento do processo de controle da ordem pública

Qual é o momento mais apropriado para ocorrer o controle da ordem pública pelo Estado requerido, antes ou após o ato de cooperação requerido ter entrado em vigor?

A resposta depende do nível de confiança mútua entre os Estados e, assim, da propensão do sistema jurídico do Estado requerido de ser mais ou menos inclinado a cooperar com o Estado requerente. Um sistema jurídico que não esteja altamente disposto a cooperar opta por um controle preliminar, tal qual ocorre na legislação do Brasil e do Reino Unido, o que torna a produção de efeitos da decisão estrangeira condicionada a um “reconhecimento” prévio. Entre os Estados da União Europeia, entretanto, o Reino Unido opta por um sistema de cooperação mais aberto, ao admitir o reconhecimento automático de decisões judiciais estrangeiras e a possibilidade de controle *a posteriori*.

Referências:

BRASIL. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a cobrança internacional de alimentos para crianças e outros membros de família e o protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de prestar alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm>.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MERCOSUL. Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, de 18 de fevereiro de 2002.

_____. Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, de 10 de dezembro de 1998.

_____. Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 27 de junho de 1992.

_____. Protocolo de Medidas Cautelares, de 16 de novembro de 1994.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. Montevideu, 8 de maio de 1979.

_____. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Montevideu, 8 de maio de 1979.

_____. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Cidade do Panamá, 30 de janeiro de 1975.

_____. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Cidade do Panamá, 30 de janeiro de 1975.

_____. Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Montevideú, 8 de maio 1979.

THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters, 2 de julho de 2019.

_____. Convenção relativa ao reconhecimento e execução de decisões em matéria de prestação de alimentos a menores. Haia, 15 de abril de 1958. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=38>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

UNIÃO EUROPÉIA. Decisão-quadro do Conselho da União Europeia, n. 2002/584/JAI, de 13 de junho de 2002. Relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros

_____. Regulamento n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

_____. Regulamento n. 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 relativo aos processos de insolvência (reformulação).

UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. Crime International Cooperation Act, 2003. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/32/pdfs/ukpga_20030032_en.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Obtaining Assistance from the UK in Asset Recovery. Disponível em: <<https://star.worldbank.org/document/uk-guide-asset-recovery>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Requests for Mutual Legal Assistance in Criminal Matters – Guidelines for Authorities Outside of the United Kingdom, 2015. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Treaty between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Federative Republic of Brazil on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, 7 de abril de 2005.

Autores

• **Emilie Ghio** é Lecturer in Law na *Birmingham City University* (Reino Unido). Seus projetos se situam no âmbito do debate jurídico e político em torno da integração europeia e do uso da harmonização como ferramenta legislativa, incluindo evidências empíricas do campo do direito falimentar transnacional. Participou de diversos projetos internacionais que tiveram impactos políticos além do ambiente acadêmico. É Doutora em Direito pela *University College Cork* (Irlanda).

Contato: Emilie.Ghio@bcu.ac.uk

• **Guilherme Calmon Nogueira da Gama** é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), professor adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e professor titular da Faculdade de Direito do IBMEC/RJ. Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e bacharel em Direito pela UERJ. Desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Contato: gcalmon@trf2.gov.br

• **Leticia Fontestad** é professora titular de Direito Processual. Coordenadora de projetos de investigação tanto nacionais como internacionais sobre Cooperação Jurídica Penal Internacional. É professora de Direito Processual Civil e Penal e autora de várias publicações sobre suas principais linhas de investigação: direito processual penal internacional; direito processual marítimo; e direito da concorrência ou mediação.

Contato: lfp@uma.es

• **Lissa Griffin** é especialista em processo penal e processo penal comparado. Tem vasta produção acadêmica sobre direito penal, Condenação Injusta e questões de processo penal comparado. Ajudou a elaborar e leciona no curso de capacitação para estudantes do segundo ano da *Pace Law School*. Antes de se juntar à *Pace*, a professora Griffin trabalhou com contencioso recursal nas esferas cível e penal tanto na esfera privada quanto na *Legal Aid Society*. É autora de dois tratados: *Federal Criminal Appeals* e *Multidefendant Criminal Cases: Federal Law and Procedure*. Leciona processo penal; processo penal comparado; e responsabilidade profissional e interrogação, aconselhamento e negociação. Ministrou aulas, ainda, no *London Law Program*.

Contato: lgriffin@law.pace.edu

• **Nadia Naim** é Associate Head of Global Engagement na *Universidade de Coventry* e realiza amplas pesquisas sobre propriedade intelectual internacional e desenvolvimento financeiro islâmico. Tem diversas publicações sobre a Integração entre as Finanças Islâmicas e a Propriedade Intelectual, além de ter apresentado diversos trabalhos em conferências e de atuar como professora convidada internacional.

Contato: ad5268@coventry.ac.uk

• **Ricardo Perlingeiro** é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, tendo desenvolvido pesquisa de pós-doutorado (como Gastforscher) no *Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer*. É professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Tem coordenado projetos internacionais de pesquisa na área do direito processual internacional e do direito processual administrativo.

Contato: ricardoperlingeiro@id.uff.br

• **Sarah Lucy Cooper** é Reader in Interdisciplinary Legal Studies na *Birmingham City University*, Diretora de Pesquisa da Faculdade de Direito e Senior Fellow da *UK Higher Education Authority* do Reino Unido. É organizadora da obra *Controversies in Innocence Cases in America* (Routledge, 2014), sendo autora de diversas publicações sobre a relação entre Ciência e Direito.

Contato: Sarah.Cooper@bcu.ac.uk

Tradutoras

• **Daniela Cardoso** é aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e estagiária do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

• **Paula Ladeira Vidal** é aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e estagiária do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Texts in English

Note

This work is a compilation of abstracts in English and Portuguese prepared by the speakers of the roundtable on “Theory and practice of the general principles of international legal cooperation: a thematic and comparative approach”, held on the Zoom platform by the Collaborative Research Network/CRN1 on May 29, 2020, at the 2020 Annual Meeting of the Law Society Association. The roundtable, chaired by Fernanda Duarte and organized by Ricardo Perlingeiro and Emilie Ghio, was one of the research activities developed by the PhD Program in Law of Estácio de Sá University in partnership with the Law School of Birmingham City University, with the support of the Judicial Sciences Center of Fluminense Federal University. The English version of the abstracts was originally published in volume 23 number 32 of *Juris Poiesis*, a journal of the PhD Program in Law at Estácio de Sá University.

Niterói/Birmingham, 3-4 of September 2020

Introduction

Theory and Practice of General Principles of International Legal Cooperation: a Thematical and Comparative Approach

Ricardo Perlingeiro
Emilie Ghio

This publication features extended abstracts of papers which were presented at the roundtable on International Legal Cooperation at the Law and Society Association conference in Denver, from 28 to 31 May 2020. The roundtable was organized by Professor Ricardo Perlingeiro from Estacio de Sa University (Brazil) and Dr Emilie Ghio from Birmingham City University (UK). It gathered experts from different jurisdictions across the world who discussed the theory and practice of selected general principles of international legal cooperation, from a thematical and comparative perspective.

The debate on international legal cooperation is wide and rich, and over the last two decades, many academic contributions have suggested recommendations to some of the main challenges facing international legal cooperation. However, discussions around issues of legal cooperation at international level have usually taken either a global approach, focusing on procedural challenges, or a thematical approach, focusing on specific areas of law. We believe that there is space for innovative insights that may be able to move the discussion beyond these established lines of research. This is why the Roundtable on International Legal Cooperation at the LSA conference in Denver adopted both a theoretical, as well as concrete approach, while engaging in thematical, as well as comparative debates.

The comparative element of the discussion stemmed from the variety of jurisdictions represented at the roundtable: Brazil, Spain, the UK, the USA and the EU. The presenters' varied legal backgrounds allowed for a thematical approach to the discussion around selected general principles of international legal cooperation, as presenters have expertise

in: (i) administrative law and environmental law; (ii) criminal law; (iii) family law; (iv) insolvency law; (v) intellectual property law; (vi) healthcare law; and (vii) extradition law.

Methodologically, the roundtable proceeded as follows. Selected general principles of international legal cooperation were presented. These principles included: (i) the equality of nations; (ii) harmonization; (iii) reciprocity; (iv) public order; (v) jurisdiction; (vi) recognition and enforcement; and (vii) general procedural issues. Each principle was allocated to one expert, who discussed that principle in a theoretical manner, exposing how it is exercised and perhaps, raises issues, in the context of international legal cooperation. Following this short theoretical presentation, the other discussants joined in the conversation and provided concrete examples of how the principle presented applies to their own field of expertise. Participants flagged notorious cases or instances in which these principles have caused – or solved – problems in the context of international legal cooperation.

The uniqueness of the discussion came from the fact that the discussants hold different views on a same principle, depending on their area of expertise as well as their jurisdiction. This diversity is welcomed as it illustrates the richness of the debate on international legal cooperation and encourages readers to reflect on the complementarity of these different approaches to common issues.

The extended abstracts which feature in this issue are the preliminary results of the research conducted by the LSA roundtable participants on the abovementioned general principles of international legal cooperation. Professor Guilherme Calmon, from Estácio de Sá University (Brazil) will discuss the principle of jurisdiction, from a family law perspective; Dr Leticia Fontestad Portales, from the University of Malaga (Spain) will discuss the principle of reciprocity, using examples from extradition law; Professor Lissa Griffin, from Pace University (United States) will discuss the principle of equality of nations, from a criminal law perspective; Dr Nadia Naim, from Birmingham City University (United Kingdom) will discuss the principle of public policy from an intellectual property law perspective; Professor Ricardo Perlingeiro from Estácio de Sá University (Brazil) will discuss procedural principles, using examples from administrative law; finally, Dr Emilie Ghio from Birmingham City University (United Kingdom) will discuss the principle of harmonization, from an insolvency law perspective.

Chapter 1

International Legal Cooperation and the Principle of Harmonisation: Lessons From Cross-Border Insolvency

Emilie Ghio

Abstract

This project assesses how harmonisation can be promoted and achieved in the EU without a completely uniform legal system in place. The project focuses on international legal cooperation as a means to promote harmonisation throughout the EU. It uses the area of cross-border insolvency law as a case study to investigate the interaction between harmonisation and international legal cooperation. This abstract presents the preliminary hypotheses and some preliminary conclusions of this project.

Keywords

International legal cooperation; harmonisation; insolvency law.

Contents

1. Introduction
2. Functions and agenda of harmonisation
3. Harmonisation and international legal cooperation
4. The challenges to the harmonisation of cross-border insolvency law in the EU: the role of international legal cooperation

1. Introduction

The link between harmonisation and international legal cooperation is an intimate one. In the EU, this link is particularly visible in Article 81 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). Article 81 states that “[t]he Union shall develop international legal cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments and of decisions in extrajudicial cases. *Such cooperation may include the adoption of measures for the approximation of the laws and regulations of the Member States.*”¹ Article 81 gives the EU competence to promote international legal cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments and decisions in extrajudicial cases. The acts adopted by the EU under Article 81 TFEU may serve various purposes, including ensuring the compatibility of the private international law rules of the Member States (conflict of laws and conflict of jurisdiction). The scope of this competence is not limited by subject-matter, *i.e.* any aspect of conflict of law and conflict of jurisdiction may fall under the scope of Article 81.

As a result of the broad competence it confers upon the EU,² Article 81 TFEU has been the legal basis of a growing number of regulations in the field of private international law and civil procedure. For example, the Regulation on Insolvency Proceedings (1346/2000)³ was the first Regulation adopted on the basis of Article 65 TEU (now Article 81 TFEU). Its recast version, (2015/848) is also one such regulation.⁴ The objective of the Regulation is to approximate the laws of the Member States in the area of cross-border insolvency law, which is a field falling within the scope of international legal cooperation in civil matters.⁵ Therefore, in the area of cross-border insolvency law, achieving harmonisation is intrinsically linked with international legal cooperation.

2. Functions and agenda of harmonisation

The project starts by focusing on the functions and objectives of harmonisation. This theoretical analysis first looks at the context in which the harmonisation process is taking place. It focuses on the harmonisation of cross-border insolvency law in the context of furthering the integration of the EU Single Market and ensuring its smooth functioning.

¹ Emphasis added.

² Compared for example with TFEU art. 114 which is slightly more narrow as it allows the EU to enact measures for the harmonisation of national rules only if these are necessary for the establishment and functioning of the Single Market. Therefore, compared to TFEU art. 114, TFEU art. 81 does not require that a link between the EU harmonisation measures and the proper functioning of the Single Market be proven.

³ Council Regulation 1346/2000/EC (29 May 2000) on insolvency proceedings, O.J. L160/1. [Hereinafter, the European Insolvency Regulation 2000].

⁴ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141. [Hereinafter, the European Insolvency Regulation 2015]

⁵ European Insolvency Regulation (2015) Recital 3.

This section will therefore determine what shape the harmonisation process must take to achieve the goals of creating an “ever closer union”⁶ and being “united in diversity” in order to integrate the Single Market.⁷ It looks at several Treaty provisions, such as the original EU competence to build the Single Market found in Article 2 TEC;⁸ Article 3 TEC;⁹ Article 26 TFEU;¹⁰ and Article 114 TFEU.¹¹

Second, a linguistic analysis of the word “harmonisation” is undertaken, to determine whether: (1) harmonisation shuns legal diversity; and (2) harmonisation equates uniformity. The starting point is the word “approximation” which is the most commonly used word in the Treaties when speaking of furthering the integration of the Single Market. Over time, the term “approximation” has been replaced by the more generic term “harmonisation”. However, the lack of consensus regarding the meaning of “harmonisation” in scholarly literature, as well as EU documents, has led to confusion regarding the true objectives of the EU in building the Single Market. In fact, this section shows that the word “harmonisation” is often used interchangeably with words such as “approximation”, “convergence”, “coordination” and “uniformity”.

This section concludes that:

- (1) Harmonisation does not mean uniformity, but rather, increased similarity;
- (2) Harmonisation is an umbrella term which encompasses diverse regulatory methods such as approximation, convergence and reflexive harmonisation.
- (3) Harmonisation can be achieved through different media, which include legislative measures such as regulations and directives, but also softer, more flexible media such as international legal cooperation.

3. Harmonisation and international legal cooperation

This section links the use of harmonisation measures to achieve the overarching goal of furthering the integration of the Single Market with international legal cooperation. Start-

⁶ TEU art. 1

⁷ See the Europa website at https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_en.

⁸ TEC art. 2 reads: “The Community shall have as its task, by establishing a common market and progressively approximating the economic policies of Member States, to promote throughout the Community a harmonious development of economic activities, a continuous and balanced expansion, an increase in stability, an accelerated raising of the standard of living and closer relations between the States belonging to it.”

⁹ TEC art. 3 reads: “For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include: ... (b) a common commercial policy; (c) an internal market characterised by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital; ... (h) the approximation of the laws of the Member States to the extent required for the functioning of the common market...”

¹⁰ TFEU art. 26 reads: “The Union shall adopt measures with the aim of establishing or ensuring the functioning of the internal market...”

¹¹ TFEU art. 114 reads: “[...] The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure ... adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law ... in the Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market.”

ing with a constitutional analysis of Article 81 TFEU, this section then proceeds to analyse the synergy between harmonisation and international legal cooperation. As a starting point, this interaction is considered from two angles: (1) international legal cooperation as a *premise* to harmonisation; and (2) international legal cooperation as an *alternative* to harmonisation. It is anticipated that further research in this area will lead to additional associations between international legal cooperation and harmonisation.

The aim of this research is to determine whether legislative intervention is sufficient to achieve the harmonisation (defined in Section 2). It assesses how harmonisation can be promoted without a completely uniform legal system in place by looking at the role of international legal cooperation in the harmonisation process.

4. The challenges to the harmonisation of cross-border insolvency law in the EU: the role of international legal cooperation

The final section applies the previous theoretical discussions to the field of cross-border insolvency law. It analyses the challenges to the harmonisation process and determines what role international legal cooperation plays in promoting a more harmonised EU insolvency system. Indeed, the diversity that characterises European Union Member States' national legal systems, which is both its greatest strength and a weakness, carries through to the field of corporate insolvency law. The differences in European insolvency laws are seen as an obstacle to the proper functioning of the EU Single Market as they can hamper the effective administration of insolvency proceedings, thereby creating barriers to cross-border investment.¹² As a result, harmonising the domestic insolvency regimes of the Member States has been at the top of the EU institutions' agenda over the last two decades. The latest global economic and financial crisis sped up this harmonisation frenzy as it saw an average of 200,000 firms going insolvent each year in the EU, resulting in job losses amounting to 5.1 million over three years.¹³

In the last five years alone, the European institutions have been very prolific in creating a comprehensive cross-border insolvency law framework, through the drafting of several legislative measures.¹⁴ A higher degree of harmonisation in insolvency law has therefore

¹² Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, SWD (2014) 61 final, at p.2 (Mar. 12, 2014); Commission Inception Impact Assessment "Initiative on insolvency" 2-3 (2016), https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_just_o25_insolvency_en.pdf; Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, Recital 8.

¹³ Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, SWD (2014) 62 final, 2 (Mar. 12, 2014).

¹⁴ European Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency,

been a hot topic within the EU in recent years, not only for law-makers, but also for the judiciary who is a key institution in the insolvency system. The EU has focused on harmonising different aspects of cross-border insolvency law, such as pre-insolvency restructuring, the regulation of forum shopping and increased cooperation between courts.

The project focuses on the legal obligations imposed on EU courts in cross-border insolvency law cases. It focuses on the provisions of the European Insolvency Regulation 2015, especially Recitals 48-40; Articles 41-43; and 56-59, which bring to our attention that cooperation and communication across courts are fundamental mechanisms in cross-border insolvency cases. Interestingly, Recital 48 of the Regulation also request courts to take into account best practices, standards and guidelines developed by international institutions and organisations active in the area of international insolvency law. Indeed, international legal cooperation in cross-border insolvency cases has not only been a hot topic for the EU institutions, but also for international organisations such as the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL),¹⁵ as well as academics and practitioners who have come together to draft standards, guidelines and best practices in the area of international legal cooperation in cross-border insolvency cases.¹⁶ These initiatives represent an important step forward to align national legal systems, without amounting to complete uniformity.

Relying on the theoretical analysis provided in Section 3, this part of the project then proceeds to analyse international legal cooperation in the area of cross-border insolvency law as a *premise* to its harmonisation and; (2) as an *alternative* to the harmonisation of cross-border insolvency law.

COM(2014) 1500 final; Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141; Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132.

¹⁵ See e.g. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation (1997).

¹⁶ See e.g. EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles (Dec. 2014), <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/cross-border.pdf>; EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Guidelines (Dec. 2014), <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/guidelines.pdf>. See also an ongoing project on Judicial Co-Operation supporting Economic Recovery in Europe (JCOERE), <https://www.ucc.ie/en/jcoere/>. This project aims to enhance judicial cooperation under the European Insolvency Regulation 2015 by looking at possible obstacles arising from the duty to cooperate.

Reference List

Commission Inception Impact Assessment “Initiative on insolvency” (Mar. 03, 2016), https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_just_o25_insolvency_en.pdf.

Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment, SWD (2014) 61 final (Mar. 12, 2014).

Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, SWD (2014) 62 final (Mar. 12, 2014).

Council Regulation 1346/2000/EC (May 29, 2000) on insolvency proceedings, O.J. L160/1.

Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132.

EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles (Dec. 2014), <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/cross-border.pdf>.

EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Guidelines (Dec. 2014), <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/guidelines.pdf>. See also an ongoing project on Judicial Co-Operation supporting Economic Recovery in Europe (JCOERE), <https://www.ucc.ie/en/jcoere/>.

European Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, COM (2014) 1500 final.

Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141.

Treaty on the Functioning of the European Union - TFEU

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation (1997).

Chapter 2

International Legal Cooperation and the Principle of Equality Among Nations: Lessons from Criminal Law and Procedure

Lissa Griffin

Abstract

International efforts to achieve fair, efficient and reliable criminal justice systems can benefit from the openminded exchange of ideas, values, and choices among nations, each respecting the other's contributions. Obstacles exist to the United States' fully joining this effort in its insistence on American exceptionalism and its continued reliance on unreliable evidence.

Keywords

International Legal Cooperation; Equality among nations; criminal law .

Contents

1. Introduction
2. The Durability of American Exceptionalism
3. Unreliable Factfinding
4. Conclusion

1. Introduction

In the area of criminal law and procedure, international legal cooperation is important in two respects. First, because virtually all criminal justice systems face the same concerns in balancing fairness and efficiency,¹ each system can benefit from learning about the experiences of and developments in other countries.² Second, nations can and should collaborate to address international criminal law problems through treaties and other joint efforts.³ On both fronts, successful cooperation depends at least in part on an understanding of the commonality of the issues and challenges and an openness to learning how other systems deal with these problems. Another essential element is a trust in the integrity of cooperating partners in their efforts to improve their criminal justice systems. The requirements of open-mindedness and trust allow for equal and productive cooperation internationally.

Currently, obstacles exist that interfere with the ability of the United States to engage in international legal cooperation. First, the United States is limited in its ability to learn from other systems because of the notion of American exceptionalism.⁴ Second, from the perspective of other nations, the United States is an outlier in the international criminal justice community. Wariness and distrust stem from its refusal to join or join fully in international treaties, its continued imposition of the death penalty,⁵ and its mass incarceration system. Moreover, international concerns arise from US courts' reliance on procedural and evidentiary rules that undermine the reliability of fact-finding and an adversarial system that often devalues truth and accuracy. These factors have not only interfered with the United States' historic leadership role, but have sowed distrust that prevents the United States from being a successful partner in international cooperation.

¹ See HERBERT PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* (Stanford University Press 1968) (examining the rationale of the criminal sanction).

² See, e.g., Richard S. Frase, *Comparative Criminal Justice As A Guide to American Law Reform: How do the french do it, how can we find out, and why should we care?*, 78 CAL. L. REV. 539, 544 (1990) (surveying "the prospects for future reform-oriented research on continental criminal procedure").

³ See, e.g., Treaties and Agreements, U.S. DEPT OF STATE (Mar. 7, 2012), <https://2009-2017.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2012/vol2/184110.htm> (listing countries in which the Department of Justice has negotiated Mutual Legal Assistance Treaties, allowing for the exchange of evidence and information in criminal and related matters).

⁴ Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391 (2008); Steven G. Calabresi, *A Shining City on A Hill: American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law*, 86 B.U. L. REV. 1335, 1335 (2006); Randy E. Barnett, *The Separation of People and State*, 32 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 451, 451 (2009).

⁵ Jordan M. Steiker, *The American Death Penalty: Constitutional Regulation As the Distinctive Feature of American Exceptionalism*, 67 U. MIAMI L. REV. (2) 329, 329 (2013); William W. Berry III, *American Procedural Exceptionalism: A Deterrent or A Catalyst for Death Penalty Abolition?*, 17 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 481 (2008); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 575 (2005) ("Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty.").

2. The durability of american exceptionalism

“American exceptionalism” is a phrase originally coined in the 1830s by Alexis de Tocqueville, who observed that America seemed “exceptional” as a large, new democracy that practical success over the pursuit of the arts and sciences for their own sakes.⁶ The term has come to include the much larger idea that based on its free-market democracy, its ideology of liberty, equal opportunity (as opposed to equality of outcomes), and individualism, and its history, size, geography, and constitutional political structure, the United States occupies a special place in the world and is exempt from international norms.⁷ American exceptionalism manifests itself in several ways: exempting itself from the provisions of international human rights and other treaties; a double standard, by which the United States uses standards to judge itself and countries with whom it has good relationships; and a form of legal isolation – refusing to acknowledge the laws of other countries or international tribunals.⁸ The United States is the only Western democracy that regularly refuses to adhere to international human rights treaties.⁹ It is also the only western democracy to retain the death penalty, which has resulted in the refusal of other countries to extradite their citizens to the United States.¹⁰

3. Unreliable factfinding

The United States seems to systemically devalue truth through a willingness of its courts to admit and rely on unreliable evidence. The U.S. Supreme Court itself has been criticized repeatedly for allowing the explosive growth of amicus submissions that frequently are filed by partisan organizations and contain partisan, or otherwise unreliable, “facts.”¹¹ Those facts then find their way into Supreme Court decisions that are binding on all US courts. In addition, despite the alarm sounded by the National Academy of Sciences report about the unreliability of several well-known forensic techniques and crime lab scandals, state and federal courts continue to admit and rely on unsound and unreliable scientific evidence.¹² In some cases, wrongful convictions based on unreliable proof are corrected

⁶ See ALEXIS DE TOQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* (Harvey C. Mansfield & Delba Winthrop eds. & trans., Univ. of Chi. Press 2000) (1840).

⁷ Anu Bradford & Eric A. Posner, *Universal Exceptionalism in International Law*, 52 HARV. INT’L L. J. (1) 1, 4–5 nn. 5–10 (2011) [hereinafter “Bradford”].

⁸ See AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 3–9 (Michael Ignatieff ed., Princeton University Press) (2005) (discussing American Exceptionalism).

⁹ Bradford, *supra* n. 7, at 4–5.

¹⁰ Max Fisher, *Map: Which Countries Use the Death Penalty?*, THE ATLANTIC (July 6, 2011), <https://www.theatlantic.com/international/archive/2011/07/map-which-countries-use-the-death-penalty/241490/>. For a history of abolition of the death penalty among western democracies, see Carol S. Steiker, *Capital Punishment and American Exceptionalism*, AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHT, *supra* note 8, at 59.

¹¹ Allison Orr Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, 93 N.Y.U. L. REV. 175, 175 (2018).

¹² Radley Balko, *The criminal justice system also has an ‘alternative facts’ problem*, WASH. POST (Jan. 31, 2019), <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/01/31/criminal-justice-system-also-has-an-alternative-facts-problem/>.

after many years.¹³ But the existence of procedural hurdles and a rigid commitment to the doctrine of finality permit unsound convictions to stand.¹⁴

The systemic devaluation of truth has also been manifested by recent public legal discourse that has been dominated by misinformation. Visible and publically outspoken US lawyers such as Rudolph Giuliani, the President's lawyer, and William Barr, his Attorney General, have been accused misrepresenting the truth. Mr. Giuliani has been exposed for stating untruths, and directly contradicting his own prior statements.¹⁵ He has stated publicly that "truth isn't truth."¹⁶ William Barr has perpetuated misinformation by his attempt to misconstrue the Mueller Report's findings and then claiming that the White House fully cooperated with the investigation when it did not.¹⁷ He also delegitimized the results of a full factual investigation by the inspector general.¹⁸ Similarly, Kelly Anne Conway, counsel to the President, is responsible for creating the phrase "alternative facts," an obvious oxymoron, and for legitimizing it.¹⁹

4. Conclusion

International legal cooperation on criminal justice issues presents the opportunity for the United States to contribute much and to help solve problems that cross international borders. Short of major changes in domestic law, which are beyond the scope of this article,

¹³ See, eg., *Commonwealth v. Ross*, No. 1738 WDA 2018, 2019 WL 6211324 (Pa. Super. Ct. Nov. 21, 2019) <http://www.pacourts.us/assets/opinions/Superior/out/J-S55007-19m%20-%2010423159687925902.pdf>; *Commonwealth v. Kunko*, No. 482 C 1991 (Pa. Super. Oct. 29, 2010), <https://reason.com/wp-content/uploads/assets/db/13037486936458.pdf>; *Howard v. State*, 945 So. 2d 326 (Miss. 2006) (reimposing the death sentence on a defendant convicted using bite mark evidence, with the Mississippi Supreme Court writing "Just because [the expert] has been wrong a lot, does not mean, without something more, that he was wrong here.").

¹⁴ Radley Balko, *Bad science puts innocent people in jail – and keeps them there*, WASH. POST. (Mar. 21, 2018), https://www.washingtonpost.com/outlook/bad-science-puts-innocent-people-in-jail--and-keeps-them-there/2018/03/20/f1fffd08-263e-11e8-b79d-f3d931db7f68_story.html ("Even once a field of forensics or a particular expert has been discredited, the courts have made it extremely difficult for those convicted by bad science to get a new trial.").

¹⁵ See Bennett L. Gershman, *Rudolph Giuliani and the Ethics of Bullshit*, 57 DUQ. L. REV. 293 (2019) (collecting list of untruths).

¹⁶ Rebecaa Morin & David Cohen, Giuliani: 'Truth isn't truth', POLITICO (Aug. 19, 2019), <https://www.politico.com/story/2018/08/19/giuliani-truth-todd-trump-788161>.

¹⁷ Bill McCarthy, *Latest Mostly False Fact-Checks On William Barr*, POLITICFACT (Dec. 11, 2019), <https://www.politifact.com/factchecks/list/?category=&ruling=barely-true&speaker=william-barr> (last visited Feb. 26, 2020) ("The Inspector General's report now makes clear that the FBI launched an intrusive investigation of a U.S. presidential campaign on the thinnest of suspicions."); John Kruzel, *Latest False Fact-Checks On William Barr*, POLITICFACT (April 22, 2019), <https://www.politifact.com/factchecks/list/?category=&ruling=false&speaker=william-barr> (last visited Feb. 26, 2020) ("The white house fully cooperated with the special counsel's investigation").

¹⁸ *Statement of Attorney General William P. Barr on the Inspector General's Report of the Review of Four FISA Applications and Other Aspects of the FBI's Crossfire Hurricane Investigation*, DEP'T OF JUST. (Dec. 9, 2019), <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-william-p-barr-inspector-generals-report-review-four-fisa>.

¹⁹ Rebecca Sinderbrand, *How Kellyanne Conway ushered in the era of 'alternative facts'*, WASH. POST. (Jan. 22, 2017), <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/22/how-kellyanne-conway-ushered-in-the-era-of-alternative-facts/>.

several possibilities exist for restoring the role of the United States as an equal partner in international legal cooperation. First, the Supreme Court should continue Retired Justice Anthony Kennedy's willingness to refer to international criminal justice standards in interpreting the US bill of rights.²⁰ Other, lower courts, would follow suit. Indeed, a contributing factor to Justice Kennedy's inclusion of international standards was his involvement in international judicial conferences and judicial and scholarly collaborations.²¹ This sort of cross-pollination of the judiciary – among judges at every level -- is invaluable. Second, an attempt could be made to broaden the perspective of US law students. While there is an organization for students interested in international law, there is no organization through which law students interested in criminal law and procedure can share information, developments, and insights or discuss comparative criminal procedure issues. Another possibility would be to increase the availability of international externships, through which students are exposed to and participate in the domestic criminal justice systems of other countries. Isolation and exceptionalism will not result in successful international cooperation, and trust in the integrity of cooperating nations is essential.

²⁰ See, e.g., *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) ("It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.").

²¹ See, Jeffrey Toobin, *Swing Shift: How Anthony Kennedy's Passion for Foreign Law Could Change the Supreme Court*, *The New Yorker*, Sept. 12, 2005 (describing Justice Kennedy's extensive participation in such events).

Reference List

A. DE TOQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* (Harvey C. Mansfield & Delba Winthrop eds. & trans., Univ. of Chicago Press 2000) (1840).

A. Orr Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts*, 93 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW - N.Y.U. L. REV. 175-248 (2018).

AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 3-9 (Michael Ignatieff ed., Princeton University Press) (2005).

A. Bradford & E. A. Posner, *Universal Exceptionalism in International Law*, 52 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL - HARV. INT'L L. J. (1) 1-54 (2011).

B. L. Gershman, *Rudolph Giuliani and the Ethics of Bullshit*, 57 DUQUESNE LAW REVIEW - DUQ. L. REV. 293-308 (2019).

B. McCarthy, *Latest Mostly False Fact-Checks On William Barr*, POLITIFACT (Dec. 11, 2019), <https://www.politifact.com/factchecks/list/?category=&ruling=barely-true&speaker=william-barr>.

C. S. Steiker, *Capital Punishment and American Exceptionalism*, AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHT (Michael Ignatieff ed., Princeton University Press) 57-89 (2005).

H. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* (Stanford University Press 1968).

J. Kruzel, *Latest False Fact-Checks On William Barr*, POLITIFACT (April 22, 2019), <https://www.politifact.com/factchecks/list/?category=&ruling=false&speaker=william-barr>.

J. M. Steiker, *The American Death Penalty: Constitutional Regulation As the Distinctive Feature of American Exceptionalism*, 67 UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW - U. MIAMI L. REV. (2) 329-355 (2013).

M. Fisher, *Map: Which Countries Use the Death Penalty?*, THE ATLANTIC (July 6, 2011), <https://www.theatlantic.com/international/archive/2011/07/map-which-countries-use-the-death-penalty/241490/>.

R. Balko, *Bad science puts innocent people in jail – and keeps them there*, WASHINGTON POST - WASH. POST. (Mar. 21, 2018), https://www.washingtonpost.com/outlook/bad-science-puts-innocent-people-in-jail--and-keeps-them-there/2018/03/20/f1fffd08-263e-11e8-b79d-f3d-931db7f68_story.html.

R. Balko, *The criminal justice system also has an 'alternative facts' problem*, WASHINGTON POST - WASH. POST (Jan. 31, 2019), <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/01/31/criminal-justice-system-also-has-an-alternative-facts-problem/>.

R. E. Barnett, *The Separation of People and State*, 32 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY - HARV. J.L. & PUB. POL'Y 451-454 (2009).

R. Morin & David Cohen, *Giuliani: 'Truth isn't truth'*, POLITICO (Aug. 19, 2019), <https://www.politico.com/story/2018/08/19/giuliani-truth-todd-trump-788161>.

R. Sinderbrand, *How Kellyanne Conway ushered in the era of 'alternative facts'*, WASHINGTON POST - WASH. POST. (Jan. 22, 2017), <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/22/how-kellyanne-conway-ushered-in-the-era-of-alternative-facts/>.

R. S. Frase, *Comparative Criminal Justice As A Guide to American Law Reform: How do the french do it, how can we find out, and why should we care?*, 78 CAL. L. REV. 539, 544 (1990).

Statement of Attorney General William P. Barr on the Inspector General's Report of the Review of Four FISA Applications and Other Aspects of the FBI's Crossfire Hurricane Investigation, US DEPARTMENT OF JUSTICE - DEP'T OF JUST (Dec. 9, 2019), <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-william-p-barr-inspector-generals-report-review-four-fisa>.

S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICHIGAN LAW REVIEW - MICH. L. REV. 391-466 (2008).

S. G. Calabresi, *A Shining City on A Hill: American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law*, 86 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW - B.U. L. REV. 1335-1416 (2006).

Treaties and Agreements, U.S. DEP'T OF STATE (Mar. 7, 2012), <https://2009-2017.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2012/vol2/184110.htm>.

W. W. Berry III, *American Procedural Exceptionalism: A Deterrent or A Catalyst for Death Penalty Abolition?*, 17 CORNELL JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY - CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 481-513 (2008).

Cases

Commonwealth v. Kunko, No. 482 C 1991 (Pa. Super. Oct. 29, 2010), <https://reason.com/wp-content/uploads/assets/db/13037486936458.pdf>.

Commonwealth v. Ross, No. 1738 WDA 2018, 2019 WL 6211324 (Pa. Super. Ct. Nov. 21, 2019), <http://www.pacourts.us/assets/opinions/Superior/out/J-S55007-19m%20-%2010423159687925902.pdf>.

Howard v. State, 945 So. 2d 326 (Miss. 2006).

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

Chapter 3

International Legal Cooperation and the Principle of Reciprocity: Lessons from Extradition Law¹

Leticia Fontestad Portalés

Abstract

In this work, after making a brief reference to the principle of reciprocity in general, we will refer to its application in the field of international criminal legal cooperation, specifically, its application in the extradition process. However, given that within the European Union this extradition procedure has been replaced by the European arrest warrant (“EAW”), we will end our analysis with a brief reflection on the incidence of this principle in a judicial area such as the European that is governed by the principle of mutual judicial recognition.

Keywords

International Legal Cooperation; reciprocity; extradition law; European arrest warrant.

¹ This scientific contribution is made within the framework of the Program for “Ayudas a Proyectos de I+D+i para universidades y entidades públicas de investigación del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020)”: “El uso de las TICs en la Cooperación Jurídica Penal Internacional: Construyendo la Sociedad Digital Andaluza del Futuro” (PY18-1059), being the project director Dra Leticia Fontestad Portalés.

This research work is based on the analysis of the Principle of Reciprocity, which, as one of the fundamental principles of private international law, arises in the XVII to solve the limits that derive from the application of the principle of territoriality in international traffic (*Comitas Gentium*).²

Starting from the general concept of the Principle of Reciprocity that, in general terms, assumes that States assume rights and obligations based on reciprocal treatment, we will see how it is not specifically a formal recognition, but that we are faced with a principle that goes to require states to recognize the rights of other states.

Given the origin of this principle in the Doctrine *Comitas Gentium*, we will try to analyze the meaning of it based on a territorial conception by virtue of the quality of the States, in the application of the principle of reciprocity, they may enforce their rights in the territory of another upon a reciprocal behavior.

As we see from the technical-legal point of view and, specifically for Private International Law, reciprocity implies that the application of a country's domestic law to a non-national individual or legal entity of that State is subject to the treatment given in that State the nationals of this country. In other words, territorial law applies to resident foreigners as regards the State to which it foresees identical treatment for nationals of that State.

This reciprocal treatment may or may not have its conventional origin, although more and more are added to incorporate it in certain types of international Treaties, such as, for example, those referring to extradition; those whose purpose is the recognition of tax benefits to nationals of their State in the territory of another State Party; those who recognize rights to nationals of another State Party as well as those who recognize their own nationals when said foreigners are in their territory; or, for example, those that recognize judicial decisions taken by jurisdictional bodies of another State.

Even when it is affirmed that international reciprocity has had greater relevance when there were no conventional norms that established a uniform and general regime on the obligations of the States, throughout this work we will be able to verify that in the matter of international cooperation, the principle of reciprocity acquires greater importance since when there is an international agreement or treaty, the criterion that is being applied continues to be that of reciprocity.³ Thus, in diplomatic law, for example, regardless of the conventional regime adopted through the United Nations conventions on the subject, some issues are regulated according to what is established by international reciprocity. This is

² Since the objective of this research work is not to carry out a thorough and thorough study of the principle of reciprocity, but a brief reference to the application, in general, of this principle and its implication in the extradition process, we refer to a study on this subject to the work of Francisco Pan Montojo, *Estudio de la reciprocidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia*, 9 (1-2) REDI, 147-172 (1956).

³ Specifically in international relations with the Holy See, Roca affirms that in relations between States there are hardly any differences, as far as the application of the principle of reciprocity is concerned, between the cases in which there is agreement between the States and those in those that there is no such agreement. Cfr. 65 MARÍA J. ROCA, *El Principio De Reciprocidad Y Las Relaciones Internacionales De La Santa Sede* 65, REDC 127, 136 (2008).

what happens, for example, with the freedom of movement granted to diplomatic agents within the host country.

In any case, the application of this principle should never involve a decompensation of efforts between the States involved, so that one of the States obtains a benefit clearly to the detriment of the other. Reciprocal treatment should also involve fair reciprocal treatment. In fact, as PLANTEY shows “*respect for reciprocity gives rise to good faith and credit among States*”.⁴

Given that, as Pan Montojo states “the system of private international law is based on a reciprocity basis”, after analyzing what could be called a global reciprocity, that is, of the reciprocity of the States as the foundation of international law, our scientific work focuses on the interpretation that this principle should be carried out in the specific field of extradition, which, as we all know, involves a usual procedure of international legal assistance between two States in the mutual respect of their sovereignty in compliance with the rules of International right. However, we cannot forget that the States will regulate in their own Constitution and laws what the material requirements and the procedure for carrying out such international judicial assistance are.

Specifically in the Spanish legal system, Article 13.3 Spanish Constitution, states that “*Extradition shall only be granted in compliance with a treaty or the law, in accordance with the principle of reciprocity*”. And it is article 1 of Law 4/1985, of March 21, on passive extradition that incorporates this principle when it determines that “*The Government may demand a guarantee of reciprocity from the requesting State*”.

We will then finish this research work analyzing reciprocity as a general principle of extradition emphasizing the subjects since it tends to think that reciprocity is between jurisdictional bodies instead of realizing that it is between States, as well as emphasizing the content of this principle as well as in the procedure application in itself.

Finally, remember that the principle of reciprocity is particularly widespread as a principle in the states of tradition of continental law, where it acquires the status of a binding pact. However, reciprocity is not considered a mandatory principle in common law countries.

⁴ ALAIN PLANTEY, TRATADO DE DERECHO DIPLOMÁTICO. TEORÍA Y PRÁCTICA 768 (Juan Andres Iglesias Sanz trans. 1992).

Reference List

A. Plantey, *TRATADO DE DERECHO DIPLOMÁTICO. TEORÍA Y PRÁCTICA*. Juan Andreas Iglesias Sanz Translator (1992).

SPAIN. The Spanish Constitution (1978). Madrid: Official State Gazette nº 311-1, Dec. 29, 1978. < <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/ConstitucionINGLES.pdf> > accessed 29 April 2020.

_____. Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Madrid:

Official State Gazette nº 73, Mar. 26, 1985, pages 7842 - 7845. < <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/03/21/4> > accessed 29 April 2020.

F. Pan Montojo, *Estudio de la reciprocidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia*, 9 (1-2) REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL - REDI, 147-172 (1956).

M. J. Roca, *El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede*, 65 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO - REDC 127-138 (2008).

Chapter 4

International Legal Cooperation and the Principle of Public Policy: Lessons from Intellectual Property Law

Nadia Naim

Abstract

This research paper will examine the different approaches to corporate legal theory in the international legal co-operation of International Intellectual Property (IP). The focus will be on legal cooperation as a means to promoting harmonisation in line with international standard setting from the World Intellectual Property Office (WIPO) and the World Trade Organisation (WTO). Harmonisation can be seen through the minimum standards set through WIPO for all WTO members known as Trade Related Intellectual Property Rights (TRIPS). The landmark cases of *Philip Morris v. The Commonwealth of Australia* and *Eli Lilly v Canada* will be discussed as a case study to highlight the lack of harmonisation between Intellectual Property, corporate sovereignty and Investor to State Dispute Settlements (ISDS). This abstract presents the initial hypotheses and some primary conclusions from the research.

Keywords

International Legal Cooperation; public policy; intellectual property law.

Contents

1. Introduction
2. Public policy implications for harmonisation of international IP
3. The harmonisation of public policy and intellectual property – Case studies

1. Introduction

Intellectual Property Rights are not the only form of internationally recognised form of rights subject to treaties and multilateral agreements: public policy issues are also dealt with in this way, but the two subjects have historically been dealt with in different ways. This paper intends to get you to consider the relationship between these two subjects, and whether either is more significant or more important than the other. The issue at hand is that IP rights are territorial in nature and monopolise the market whereas public policy considerations come into play when there are competing interests between the private investor and Governments. The ramifications of the current divergence from taking into account the dichotomy between IP right and public policy, can be exemplified through the case study analysis of Eli Lilly and Philip Morris. Both cases deal with IP rights, international trade agreements and corporations taking Governments to Court over an alleged breach of IP rights within the trade agreements.

2. Public policy implications for harmonisation of international IP

At the heart of all trade agreements and negotiations between different states and blocs is one fundamental principle, to increase economic ties between the trading partners. Intellectual property infringement costs the G20 countries \$125 billion annually; this includes losses in tax revenue from counterfeiting and piracy¹. In terms of the global economy, the International Chambers of Commerce (ICC) estimates the losses to the global economy from intellectual property infringements at \$1 trillion annually.²

The EC clearly appreciates the importance of IP rights, since they are specifically mentioned as a type of derogation from Articles 34 and states the provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security.

Whilst recognising these rights, the EU has sought to limit their effect due to their monopolistic nature. One way the EU has sought to do this is by encouraging businesses to seek protection of IP rights on a Community wide basis, through, inter alia, Designs Directive (98/71/EC), Regulation on Community Design 2001 (6/2002/EC), and EU Directive 89/104/EC regarding trade marks. However, whilst the existence of these instruments makes it easier to protect some IP rights throughout the EU as a whole, the EU cannot prevent businesses from exploiting different IP rights in different member states. Therefore, it has fallen to the ECJ to try to balance the competing interests that have arisen as a result of this conflict, i.e. free movement of goods vs. protection of IP rights.

¹ Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP), *Estimating the Global Economic and Social Impacts of Counterfeiting and Piracy*, FRONTIER ECONOMICS (Feb. 2011).

² *Ibid.*

At a national level, all IP legislation has public policy as an exception however how effective that is remains to be seen. As an example, The Patents Act 1977 at s1 (3) states that it is not possible to patent inventions whose commercial exploitation would be immoral or contrary to public policy. In view of the rise of genetic engineering and biotechnology, this is an increasingly contested area. In Harvard College's Onco Mouse Application,³ the case concerned a method of producing mice that would be born with cancer so that they could be used for medical experimentation. The case raised technical issues relating to what constitutes biological processes as well as questions of the morality and desirability of genetic engineering. On initial examination, the patent examiner did not consider the morality of this development. However, on appeal the board of appeal recognised the deep moral implications of manipulating the mice's genes to guarantee they would develop cancer, and instructed the examiner to "weigh up the suffering of animals and possible risks to the environment on one hand, and the invention's usefulness to mankind on the other." Applying this utilitarian balancing test, the examiner once again approved the patent.

Two years later, the European Patent Office refused an application to patent a mouse into which a gene had been introduced to cause the mouse to lose its hair, as it found the benefits (research into hair loss) did not outweigh the harm to the mice.

As a means of ensuring a balance between IP rights and free movement of goods, in the 1970s the ECJ began to develop the doctrine of "Exhaustion of Rights". The principle was initially defined thus in *Terrapin v Terranova*⁴ as:

The Proprietor of an industrial or commercial property right protected by the law of a member state cannot rely on that law to prevent the importation of a product which has lawfully been marketed in another member state by the proprietor himself or with his consent.⁵

This is not dependent on whether the first sale/marketing is in a member state where an IP right exists; it is sufficient that the goods are put into circulation by, or with the consent of, the owner of the IP right. Therefore in *Merck v Stephar*,⁶ a patent was held in every EC state except Italy. Defendants imported Merck's product, marketed in Italy, into Holland. Held, free movement rules of EC treaty prevented Merck from using their Dutch patent to prevent sales in Holland.

³ Harvard College's Onco Mouse Application, T 19/90 [1990] OJ EPOR 501 (Oct. 3, 1990).

⁴ *Terrapin v. Terranova* [1976] ECR 1039 (June 22, 1976).

⁵ *Ibid*

⁶ *Merck v. Stephar* [July 14, 1981] CMLR 463.

3. The harmonisation of public policy and intellectual property – case studies

In relation to intellectual property, lessons can be learnt from existing intellectual property based ISDS cases. Take for example *Eli Lilly v. Canada*.⁷ In November 2012, Eli Lilly & Co started proceedings against the Canadian government's law on granting drug patents, claiming that the invalidation of a patent undermined the company's future profits and are asking for \$500 million in compensation. Claimant has submitted the present dispute to international arbitration pursuant to Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, which entered into force on 1 January 1994 ("NAFTA"), and the United Nations Commission on International Trade Law's Arbitration Rules as adopted by General Assembly Resolution 31/98 on 15 December 1976 ("UNCITRAL Rules"). By agreement of the Parties, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID") serves as the administering authority for this proceeding. In this arbitration, Claimant asserts claims arising from the invalidation of its Canadian patents protecting the drugs marketed in Canada as *Strattera* and *Zyprexa*. The Canadian courts invalidated these two patents in 2010 and 2011, respectively, on the ground that they did not meet the requirement under Canadian patent law that an invention be "useful".

Further the case of *Philip Morris* highlights the real threat that corporate sovereignty can impose for domestic legislation and public policy at large. Australia won the international legal battle to uphold its control measures on tobacco with *Philip Morris* arguing it infringed their trademarks.⁸ The public policy issued raised by the case is a point of great interest as up until ISDS and corporate sovereignty was built in as valid clauses in trade agreements, the horizontal axis of disputes between states had to be brought at a governmental level. *Philip Morris Asia Limited* highlights how a corporation can vertically challenge governments directly and hence was legally able to commence arbitration proceeding against the Australian government in 2011. *Philip Morris* was able to utilise the intellectual property clause protection in the bilateral agreement between Australia and Hong Kong to argue the ban on its trademarks breached foreign investment provisions of Australia and Hong Kong's 1993 Investment Promotion and Protection Agreement.⁹

What both these cases highlight is, that although the approaches to the decisions were different, there is a real threat to sovereignty and wider public policy by adding intellectual property clauses to international trade agreements.

⁷ *Eli Lilly and Company v. Canada*, Case No. UNCT/14/2.

⁸ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

⁹ *Investment dispute settlement navigator*, INVESTMENT POLICY HUB (Dec. 31, 2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/421/philip-morris-v-australia>.

List Of Abbreviations

BASCAP - Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy
 CMLR – Common Market Law Report
 EC – European Commission
 ECJ – European Court of Justice
 EU – European Union
 G20 - Group of Twenty
 ICC - International Chambers of Commerce
 ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes
 IP - International Intellectual Property
 ISDS - Investor to State Dispute Settlements
 NAFTA - North American Free Trade Agreement
 EPO – European Patent Office
 TRIPS - Trade Related Intellectual Property Rights
 UKSC – United Kingdom Supreme Court
 UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law
 WIPO - World Intellectual Property Office
 WTO - World Trade Organisation

Reference List

Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP), *Estimating the Global Economic and Social Impacts of Counterfeiting and Piracy*, FRONTIER ECONOMICS (Feb. 2011).
 Eli Lilly and Company v. Canada, Case No. UNCT/14/2.
 Harvard College's Onco Mouse Application T 19/90 [1990] OJ EPOR 501 (Oct. 3, 1990).
 Human Genome Sciences Inc. v. Eli Lilly and Company, [Nov. 2, 2011] UKSC 51.
Investment dispute settlement navigator, INVESTMENT POLICY HUB (Dec. 31, 2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/421/philip-morris-v-australia>.
 Merck v. Stephar [July 14, 1981] CMLR 463.
 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12 (March 8, 2017)
 Terrapin v. Terranova [1976] ECR 1039 (June 22, 1976).

Chapter 5

International Legal Cooperation and the Principle of Jurisdiction: Lessons from Family Law

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Abstract

This extended abstract aims to point out the need to conceptualize the principle of jurisdiction and to identify its main controversies in the field of international legal cooperation. Issues related to the notion of public order, private autonomy, rights and procedural guarantees, among others, have proved to be fundamental for a more adequate understanding of the subject of jurisdiction from the perspective of international legal cooperation. The specific study will address Hague Convention's approach to the civil aspects of international child abduction related to the theme "right of custody" under the Family Law.

Keywords

International Legal Cooperation; jurisdiction; family law.

Since March 2016, the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) regulates, in further detail, the issues of the limits of Brazilian national jurisdiction and instruments of international legal cooperation involving the justice system. Issues related to Brazilian jurisdiction, existence (or absence) of disputes, ratification of foreign judicial sentences, choice of court agreement in international contracts, direct assistance, rogatory letter, were dealt with in the rules contained in articles 21 to 41 of the CPC.

Brazilian law experiences a transformation in the culture that involves transnational relations. The search for greater agility, effectiveness and speed in resolving conflicts, encouraging foreign investments in the country, encouraging a consensual solution to conflicts - through conciliation, mediation, negotiation - are aspects that demonstrate a new stage inaugurated in the Brazilian legal system in international relations.

The greater agility in the procedural acts - including judicial ones - requires the presence of special rules that favor the fulfillment of the solutions that may be given to conflicts. There is a duty for national States to cooperate with each other to ensure the full functioning of justice systems and, ultimately, to ensure the smooth functioning of societies and national governments.

In light of the principle of jurisdictional unity, a monopoly of jurisdictional function has been attributed to judicial authorities in Brazil, but it is currently being questioned due to the various problems related to the effective solution of conflicts of interest. In the context of the so-called mass disputes, which are verified with increasing frequency, it is essential to reflect on the judicial procedures that were expressly adopted in the Brazilian procedural system, especially regarding the notion of effectiveness of the solutions.

As an example, the Hague Convention on international access to justice, approved in 1980, seeks to establish a similarity between the application of the rules on legal assistance to non-domiciled persons in Brazilian territory, such as exemption from the deposit for filing a lawsuit (art. 14 of the said Convention). In the Brazilian case, there was an “intense interaction between the Ministry of Justice, which acts as a central authority, and the Public Defender’s Office, which provides legal assistance to those in need”.¹

Current times impose a review of the concept of jurisdiction, which has traditionally been linked to the monopoly of the national State and to the concrete will of the law as an “attribute of sovereignty”.² There is a tendency to increasingly value private autonomy in the search for the solution of controversies in the environment of the Democratic State.

In the civil and business (or commercial) sphere, it is recognized that contractors can elect a certain national state jurisdiction to resolve future conflicts that may arise from the contractual relationship. This is a clause for the choice of court or an extended forum agreement.

¹ NÁDIA DE ARAÚJO, A CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE - 125 ANOS (1893-2018) 124 (2018).

² Valesca Raizer Borges Moschen & Hermes Zaneti Júnior, *Temas controversos do Direito Processual Civil internacional*, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO 357 (André de Carvalho Ramos org.) (2016).

In the Brazilian legal system, some questions arose: i) may the court elected by the contractors not recognize and, therefore, not judge the judicial claims? ii) should a court decline the case in favor of another elected by the contractors (now litigants)? iii) should any sentence issued by the elected court be recognized in the derogated court?³

Such issues are more important according to the greater or lesser sensitivity of national States in terms of recognition of private autonomy in the submission of a dispute resolution to a given jurisdiction. There are two characteristics related to international legal cooperation that are associated with the notions of multiculturalism and the search for uniformity in the understanding and recognition of certain legal phenomena and institutes.

The court election clause, in international contracts, constitutes an act of provision according to which the contractors stipulate that only judicial proceedings can be initiated in the jurisdiction chosen by common agreement. However, there are limits to its stipulation, such as the availability of the substantive right involved in the issue, respect for the balance between the parties (and the “parity of arms”) and the preservation of observance of the fundamental rights and guarantees of the process in the Democratic State⁴.

At the Hague Conference on Private International Law, the Convention on Choice of Court Agreements was approved in 2005, the main objective of the said Convention being to establish instruments of international legal cooperation in order to allow greater flexibility, effectiveness and security to contracts in civil and commercial matters, based on private autonomy. One of the main aspects of the aforementioned Convention represents the duty of national States to judge the processes based on the clause of choice of court (article 5, 2) and, thus, to rule out the possibility of using the “forum non conveniens” doctrine.

There are also rules that establish the obligation of national States to recognize and enforce judgments and decisions handed down in the exercise of the jurisdiction of the State elected by the contractors (article 8). Such rules are in line with the Brazilian CPC rules, especially article 25 which provides for the derogation of Brazilian jurisdiction when the parties have agreed another court, either in the instrument of the international contract or by a separate act of the contract.

Apart from international contracts, private international law has also been concerned with the issue of jurisdiction over certain sensitive matters, such as the Hague Convention on civil aspects of international child abduction. This Convention provides for the impossibility of the requested State not making a decision on the child’s custody right until the issue of the child’s return (or not) to the requesting State has been resolved (article 16 of the Convention).

Still on issues related to international child abduction, there is the recommendation of the Hague Conference to obtain “mirror decisions” that may reflect the same content

³ *Id.* at 358.

⁴ Moschen & Zaneti Júnior, *supra* note 3, at 359.

as was decided in the Requested State also in the Requesting State, as for example in the regulation of the visiting rights in favor of one of the child's parents.

The research to be developed points to the need to conceptualize the principle of jurisdiction and to identify the main controversies surrounding the respective theme in the field of international legal cooperation. Issues related to the notion of public order, private autonomy, rights and procedural guarantees, among others, have proved to be fundamental for a more adequate understanding of the subject of jurisdiction from the perspective of international legal cooperation.

Reference List

N. DE ARAÚJO, A CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE - 125 ANOS (1893-2018) (2018).

V. R. Borges Moschen & H. Zaneti Júnior, *Temas controversos do Direito Processual Civil internacional*, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (Andre de Carvalho Ramos org.) 357-372 (2016).

Chapter 6

International Legal Cooperation and the Principles of Recognition and Enforcement: Lessons from Healthcare Law

Sarah Lucy Cooper

Abstract

This research paper discusses the delivery of adequate healthcare in prisons in the context of compassionate release procedures, which typically allow prisoners to seek early release from prison due to ill-health. It provides an overview of procedures in the United States and England and Wales, and urges that the two jurisdictions co-operate to model best practices for compassionate release.

Keywords

International Legal Cooperation; recognition and enforcement; healthcare law.

Contents

1. Introduction
2. International co-operation: pursuing shared interests
3. Compassionate release in the United States and England and Wales
4. Modelling best practices [together]
5. Conclusion

1. Introduction

International co-operation describes interactions to achieve common objectives. Where common interests emerge, co-operation can develop and sustain. Grappling with the challenges of delivering adequate healthcare in prison systems supporting ageing and medically-complex populations, with limited resources and infrastructures, the United States (US) and England and Wales (E&W) both have an interest in determining best practices for determining what circumstances, if any, warrant the early release of prisoners on account of ill-health. Both jurisdictions have established compassionate release procedures, which typically allow for early release because of ill-health, but various reforms are urged. This short paper suggests that, motivated by their shared interest, the US and E&W should co-operate to model best practices for compassionate release, and suggests a series of questions to catalyse discussions.

2. International co-operation: pursuing shared interests

International co-operation describes “interactions to achieve common objectives when actors’ preferences are neither identical (harmony) nor irreconcilable (conflict).”¹ It can refer to a range of interactions, including “sharing research results, production, commerce, protection of investments, and industrial know-how...”² and can occur across bi-lateral, multilateral, regional, and global levels, involving a diversity of intergovernmental and/or transnational agents and institutions.³ With an objective of promoting the interests of the “greater community,”⁴ international co-operation “requires the existence of community interests”⁵ in order to gain traction. Where such interests emerge, co-operation can develop and sustain. This is reflected across issues where international co-operation currently exists, including security, criminal investigations, environmental protection, the use of shared spaces (e.g., outer space), economics, healthcare, and the protection and promotion of human rights. International co-operation recognizes that there is value in, as Griffin describes in this volume, “the openminded exchange of ideas, values, and choices among nations, each respecting the other’s contributions.”⁶

I would like to thank panellists at the Roundtable on General Principles of International Legal Cooperation at the Law and Society Association 2020 Annual Conference for inviting me to contribute this paper and discussing its themes. Thank you to Birmingham City University L.L.B student, Emily Mouland, for her helpful research assistance.

¹ Sebastian Paulo, *International Cooperation and Development: A Conceptual overview*, DISCUSSION PAPER 13/2014, GERMAN DEVELOPMENT INSTITUTE 3 (2014).

² VASILII EROKHIN et al., HANDBOOK OF RESEARCH ON INTERNATIONAL COLLABORATION, ECONOMIC DEVELOPMENT, AND SUSTAINABILITY IN THE ARTIC 23 (2019).

³ Paulo, *supra* note 2.

⁴ Rüdiger Wolfrum, *International Law*, in THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 9 (2012).

⁵ *Id.*

⁶ See, Professor Lissa Griffin, this volume.

Given the routine use of imprisonment as a punishment world-wide and the inherent challenges of delivering adequate healthcare in prison systems, one interest shared — generally — by the international community is in determining what circumstances, if any, warrant the early release of a prisoner on account of ill-health. This task requires stakeholders to decide on when the disadvantages associated with a prisoner not serving their full sentence are offset by the advantages of early release. This task comes with “many distractions.”⁷ Healthcare professionals, as well as criminal justice scholars, have recognized the inherent tensions involved. As two UK-based healthcare professionals researching palliative care in prison, describe:

Prisoners have the right to healthcare equal to that of any other patient, but not at the expense of risk of harm to society. Tensions inevitably arise in trying to respect the autonomy of people who have had their freedom curtailed by the state, especially when considering the preferred place of death of a prisoner...imprisonment provides public protection, prevention of recidivism, and rehabilitation. For the infirm prisoner approaching the end of life it could be argued that further incarceration serves no purpose; physical frailty makes recidivism and public harm unlikely and impending death makes rehabilitation largely irrelevant.⁸

Compassionate release procedures — when related to medical issues — typically allow for early release on account of serious terminal, non-terminal, and/or age-related ill-health. As such, they seek to navigate these tensions, and balance relevant interests. These procedures are present in justice systems around the world, including in the US and E&W.

3. Compassionate release in the United States and England and Wales

Compassionate release procedures in the US and E&W share in the typical make-up of compassionate release, namely they comprise a method, label, eligibility criteria, bespoke process, involve multi-agent interaction, and have reported outcomes.⁹

In the US, federal prisoners may apply for compassionate release (also referred to as a ‘reduction in sentence’) in two instances. First, if they have “extraordinary or compelling reasons,” which can relate to medical condition(s), age, family circumstances, or other reasons. Or, second, if they are aged seventy or above, have served thirty years in prison, and the Director of the Bureau of Prisons (“BOP”) determines s/he is not a danger to others. Following a process involving federal corrections and the BOP, the prisoner’s federal

⁷ Robert B. Greifinger, *Commentary: Is It Politic to Limit Our Compassion?* 27 J.L. MED. & ETHICS (3) 234 (1999).

⁸ James Burtonwood & Karen Forbes, *Early Release Rules for Prisoners at End of Life Need Reform*, THE BMJ OPINION (June 12, 2019).

⁹ See, generally, for a breakdown of procedures by reference to this framework, Sarah L. Cooper, *A Case for Broadening Arizona’s Approach to Compassionate Release*, 13 LAW JOURNAL FOR SOCIAL JUSTICE 3-23 (2020).

sentencing court (directed by U.S. Sentencing Commission guidelines) makes a final decision.¹⁰ Across US states, research shows all but one state (Iowa)¹¹ to have at least one compassionate release procedure.¹² Compassionate release methods include parole, executive clemency/commutation, reprieves, sentence modifications, extended confinement with supervision, respite programs, and furloughs, with around 50 different labels in use. Exclusions practices can include on the basis of offence, parole eligibility, and sentencing requirements. Eligibility for non-terminal conditions typically requires that a prisoner be subject to serious medical conditions/disabilities that significantly incapacitate them, and terminal procedures can range from requiring that death be “imminent”, to that it must occur within 24 months. Age is referenced in various ways, including as the main criteria for eligibility. Risk to public safety, prisoner well-being, and cost can also inform eligibility decision-making. Processes generally involve sequenced multi-stakeholder interaction, including petitioners (and/or their representatives), corrections, medical professionals, and releasing authorities. Release conditions can range from agreeing to the public release of medical records and placements and being subject to periodic medical evaluations, to intensive supervision and fee payments. A change in circumstances can also result in revocation. Generally, procedures lack comprehensive reporting and tracking systems.¹³ Reports suggest compassionate release procedures are used “sparingly.”¹⁴

In E&W, Early Release on Compassionate Grounds (ERCG), allows for the Secretary of State to release a determinate sentenced prisoner on licence at any point in the sentence if justifying “exceptional circumstances” exist.¹⁵ This process does not expressly require consultation with the Parole Board. By contrast, ERCG for an indeterminate sentence prisoner,¹⁶ which operates under the same criteria, does require consultation.¹⁷ HM

¹⁰ 18 U.S.C. § 3582(c)(1)(A)(i)(ii) (2018). See also, U.S. Dep’t of Justice, Fed. Bureau of Prison, Compassionate Release/Reduction in Sentence: Procedures for Implementation of 18 U.S.C. §§ 3582 and 4205(G) (Jan. 17, 2019).

¹¹ See FAMILIES AGAINST MANDATORY MINIMUMS (FAMM), IOWA STATE MEMO 2 (2018). Note, however, as the memo indicates, the media reports there has been a compassionate release case in Iowa, but there are no identifiable procedures.

¹² See generally, Mary Price, *Everywhere and Nowhere: Compassionate Release in the States*, FAMILIES AGAINST MANDATORY MINIMUMS (June 2018); and the ‘State Memos’ associated with the report *Find your state’s compassionate release policy*, FAMM.

¹³ See for authorities and an expanded summary of this overview, Cooper, *supra* note 10.

¹⁴ Edward E. Rhine et al. *The Future of Parole Release*, 46 CRIME & JUST. 279 (2017) at n.11: “These include compassionate release or ‘medical parole’, mainly available to inmates with disabling or terminal illnesses, and the executive’s clemency powers, which in most jurisdictions are used sparingly (Barkow 2009; Love 2009; American Law Institute 2011, § 305.7)”.

¹⁵ s. 248(1) Criminal Justice Act 2003: “The Secretary of State may at any time release a fixed-term prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner’s release on compassionate grounds”.

¹⁶ s. 30(1) Crime (Sentences) Act 1997: “The Secretary of State may at any time release a life prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner’s release on compassionate grounds”.

¹⁷ s. 30(2) Crime (Sentences) Act 1997: “Before releasing a life prisoner under subsection (1) above, the Secretary

Prison Service's Prison Service Order (PSO) 6000 for 'Parole Release and Recall' sets out the extended procedure for determinate sentence prisoners,¹⁸ and suggests exceptional circumstances include "terminal illness [where] death is likely to occur soon..."¹⁹ (noting three months as an "appropriate period"²⁰) and "where the prisoner is bedridden or severely incapacitated."²¹ The application process involves an interaction between the prisoner, Governor, Medical Officer, Probation, and Department of Health.²² Considerations of risk to public safety, information known by the trial and sentencing court, and the purpose(s) served by granting release guide the process. PSO 6000 underscores that ERCG "is granted in only the most exceptional cases."²³ Reports suggests this is the case.²⁴ HM Prison Service's Prison Service Order 4700 sets out the extended procedure for indeterminate sentenced prisoners.²⁵ It applies the same terminology in terms of terminal illness, time, and incapacity,²⁶ but involves specific consideration of the risk of re-offending; whether future imprisonment would reduce the prisoner's life expectancy; external care and treatment arrangements; and whether early release will bring some significant benefit to the prisoner or their family.²⁷ The process involves interaction with the Public Protection Casework Section and the Parole Board.²⁸

4. Modelling best practices [together]

Reform of compassionate release is an ongoing conversation in both the US and E&W. In both jurisdictions (and beyond), such discussions have been associated with the need to address the challenges of delivering adequate healthcare in prisons, where there are limited medical infrastructures, finite staffing and funding resources, challenging conditions, a range of serious medical problems suffered across diverse groups, and varying

of State shall consult the Parole Board, unless the circumstances are such as to render such consultation impracticable".

¹⁸ HM Prison Service, PSO 6000, Parole Release and Recall (2005), Chapter 12.

¹⁹ *Id.* at Chapter 12, page 3, para. 12.4.1.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* at Chapter 12, page 3, para. 12.4.2.

²² *Id.* at Chapter 12, page 3, paras 12.5 - 12.5.3.

²³ *Id.* at Chapter 12, page 1, para. 12.1: "Early release on compassionate grounds may be considered on the basis of a prisoner's medical condition or as a result of tragic family circumstances. It is granted in only the most exceptional cases".

²⁴ *See*, for example, House of Commons Debate, *Column 208WH*, UK PARLIAMENT (Oct. 20, 2009): "Maria Eagle: Some 28 per cent. of applications for compassionate release are granted in England and Wales".

²⁵ HM Prison Service, PSO 4700, Indeterminate sentence prisoners compassionate release on medical grounds, Chapter 12 (2010).

²⁶ *Id.* at page 1, para. 12.2.1

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* at pages 1-2, paras 12.3.1 -12.4.

policy considerations.²⁹ Across these conversations minds have focussed on various ideas, including the need to harness expertise across methods available, use lay-friendly labels, generate medically-informed and appropriate eligibility criteria for terminal and non-terminal illness, establish appeal mechanisms, narrow exclusion practices, construct efficient processes, provide education and training across agents, implement reporting and tracking systems, tailor release requirements, and take account of the aims of penal policy (including public safety) and human rights standards.³⁰ Notably, COVID-19 has illuminated the challenges of delivering adequate healthcare in prisons.³¹

Given their shared interest in addressing these challenges, the US and E&W should co-operate to model best practices. Through careful co-operation, these models can be both sensitive to the legal and cultural idiosyncrasies of the specific jurisdictions, but also the more universal principles that emerge in compassionate release cases, such as the application of medical science and the pursuit of protecting health³² and prisoners' rights,³³ as promulgated through international human rights frameworks. They can take advantage of the full diversity of co-operation interactions, ranging from the sharing of research methodologies and evidence-bases, to the exchange of comparative stakeholder 'know-how', and co-investment in evaluation exercises. They can encourage interaction across various levels (e.g., joint engagement with the World Health Organization), institutions (e.g., facilitating dialogues between 'twin' institutions, such as the BOP and HM Prison Service), and disciplines (e.g., healthcare, corrections, law, and parole).

²⁹ For a selection of relevant literature see, generally, AM. CIVIL LIBERTIES UNION, *AT AMERICA'S EXPENSE: THE MASS INCARCERATION OF THE ELDERLY* (2012); NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES: EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES* 230 (Jeremy Travis et al. Eds., 2014); David Cloud, *On life support: Public health in the age of mass incarceration*, VERA INSTITUTE OF JUSTICE 5 (Nov. 2014); Cooper, *supra* note 10; Price, *supra* note 13; Burtonwood, *supra* note 9; Eva Steiner, *Early release for seriously ill and elderly prisoners: Should French practice be followed?* 50 *THE JOURNAL OF COMMUNITY AND CRIMINAL JUSTICE* (3) 267–76 (2003); Violet Handtke et al., *The collision of care and punishment: Ageing prisoners' view on compassionate release*, 19 *PUNISHMENT & SOCIETY* 5–22 (2017); Directorate General Human Rights and Rule of Law, *European Committee on Crime Problems, White Paper on Prison Overcrowding* (Council of Europe, June 30, 2016); House of Commons Debate, *Prisoner Release Decisions*, Column 201WH, UK PARLIAMENT (Oct. 20, 2009); House of Commons Debate, Column 229WH, UK PARLIAMENT (Oct. 20, 2009).

³⁰ *Id.*

³¹ See, for example, in relation to the US, *We must urgently do more to address COVID-19 behind bars and avoid mass infection and death: Guidance for Attorney General Barr, governors, sheriffs, and corrections administrators*, VERA INSTITUTE OF JUSTICE (May 11/12, 2020). See, for example, in relation to E&W, *Tackling the Spread of Coronavirus in Prison*, PRISON REFORM TRUST (2020).

³² Article 12 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: "...the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health."

³³ The vulnerability of prisoners is recognized across international human rights instruments. Article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights, specifically provides that "All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person..." More broadly, the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners – 'The Nelson Mandela Rules (NMRs)' – promulgate various standards, including in relation to the administration of corrections facilities and personnel, prisoners' living standards, and health(care).

With this in mind, the following questions are presented as a catalyst for stakeholder discussion:

1. What aims and objectives should compassionate release procedures pursue? What interests should they take account of, and how can these be balanced?
2. What methods are most appropriate for co-ordinating compassionate release, and how should relevant procedures be labelled?
3. What exclusion criteria (unrelated to health), if any, should be applied, and on what basis?
4. Should eligibility criteria be informed by relevant medical science criteria, and, if so, how can this be achieved?
5. How can efficient and clear processes be constructed to take account of evidence requirements, standards of proof, decision-maker competencies, and the need for expedited review?
6. Should those granted compassionate release be subject to release requirements, and, if so, what form should they take and why?
7. What aims and objectives should tracking and reporting systems serve, who should co-ordinate them, should they be mandatory, and what form should they take?
8. What support do stakeholders (including prisoners and their families, lawyers, medical professionals, corrections personnel and releasing authorities) need, in order to engage effectively in compassionate release procedures? How, in particular, can stakeholders be supported to develop an understanding of the roles, competencies, and aims of other stakeholders?

5. Conclusion

Given their shared interests and common practices, this short paper urges that the US and E&W co-operate to model best practices for compassionate release, suggesting a series of questions to catalyse stakeholder conversations. Given the broad relevance of compassionate release to jurisdictions around the world, this call to co-operate could usefully be extended. No matter the breadth of the co-operative endeavour, however, the questions presented should serve as a useful starting point.

List Of Abbreviations

BOP - Director of the Bureau of Prisons
 E&W - England and Wales
 ERCG - Early Release on Compassionate Grounds
 PSO - Prison Service Order
 US - United States

Reference List

- 18 U.S.C. § 3582(c)(1)(A)(i)(ii) (2018).
- AM. CIVIL LIBERTIES UNION, AT AMERICA'S EXPENSE: THE MASS INCARCERATION OF THE ELDERLY (2012).
- AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE: SENTENCING, TENTATIVE DRAFT NO. 2 (2011).
- Crime (Sentences) Act 1997, UK Act.
- Criminal Justice Act 2003, UK Act.
- David Cloud, *On life support: Public health in the age of mass incarceration*, VERA INSTITUTE OF JUSTICE (Nov. 2014).
- Directorate General Human Rights and Rule of Law, *European Committee on Crime Problems, White Paper on Prison Overcrowding* (Council of Europe, June 30, 2016), <https://rm.coe.int/16806f9a8a>.
- Edward E. Rhine, Joan Petersilia & Kevin R. Reitz, *The Future of Parole Release*, 46 CRIME & JUST. 279 (2017).
- Eva Steiner, *Early release for seriously ill and elderly prisoners: Should French practice be followed?* 50 THE JOURNAL OF COMMUNITY AND CRIMINAL JUSTICE (3) 267–76 (2003).
- FAMILIES AGAINST MANDATORY MINIMUMS (FAMM), IOWA STATE MEMO 2 (2018), https://famm.org/wp-content/uploads/Iowa_Final.pdf.
- Find your state's compassionate release policy*, FAMM, <https://famm.org/our-work/compassionate-release/everywhere-and-nowhere/>
- HM Prison Service, PSO 4700, Indeterminate sentence prisoners compassionate release on medical grounds, Chapter 12 (2010), <https://www.justice.gov.uk/offenders/psos/psos/psos-4700-indeterminate-sentence-manual>.
- HM Prison Service, PSO 6000, Parole Release and Recall (2005), <https://www.justice.gov.uk/downloads/offenders/psipso/psos/psos-6000.pdf>.
- House of Commons Debate, *Column 208WH*, UK PARLIAMENT (Oct. 20, 2009) <https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm091020/halltext/91020h0005.htm>.
- House of Commons Debate, *Column 229WH*, UK PARLIAMENT (Oct. 20, 2009).
- House of Commons Debate, *Prisoner Release Decisions, Column 201WH*, UK PARLIAMENT (Oct. 20, 2009), <https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm091020/halltext/91020h0004.htm>.

International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations General Assembly resolution 2200A (XXI) (1966).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations General Assembly resolution 2200A (XXI) (1966).

James Burtonwood & Karen Forbes, *Early Release Rules for Prisoners at End of Life Need Reform*, THE BMJ OPINION (June 12, 2019), <https://blogs.bmj.com/bmj/2019/06/12/jim-burtonwood-early-release-rules-for-prisoners-at-end-of-life-need-reform/>.

Margaret Colgate Love, *Sentence Reduction Mechanisms in a Determinate Sentencing System: Report of the Second Look Roundtable*, 21 FEDERAL SENTENCING REPORTER (3) 211-25 (2009).

Mary Price, *Everywhere and Nowhere: Compassionate Release in the States*, FAMILIES AGAINST MANDATORY MINIMUMS (June 2018), <https://famm.org/wp-content/uploads/Exec-Summary-Report.pdf>.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES: EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES (Jeremy Travis et al. Eds., 2014), <https://doi.org/10.17226/18613>.

Rachel Barkow, *The Politics of Forgiveness: Reconceptualizing Clemency*, 21 FED. SENT. R. (3) 153-59 (2009).

Robert B. Greifinger, *Commentary: Is It Politic to Limit Our Compassion?* 27 J.L. MED. & ETHICS (3) 234-37 (1999).

Rüdiger Wolfrum, *International Law*, in THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 820-36 (2012).

Sarah L. Cooper, *A Case for Broadening Arizona's Approach to Compassionate Release*, 13 LAW JOURNAL FOR SOCIAL JUSTICE 3-23 (2020).

Sebastian Paulo, *International Cooperation and Development: A Conceptual overview*, DISCUSSION PAPER 13/2014, GERMAN DEVELOPMENT INSTITUTE (2014).

Tackling the Spread of Coronavirus in Prison, PRISON REFORM TRUST (2020), <http://www.prisonreformtrust.org.uk/PressPolicy/News/Coronavirus>.

The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules), United Nations General Assembly Resolutions 70/175 (2015).

U.S. Dep't of Justice, Fed. Bureau of Prison, *Compassionate Release/Reduction In Sentence: Procedures For Implementation of 18 U.S.C. §§ 3582 and 4205(G)* (Jan. 17, 2019), https://www.bop.gov/policy/progstat/5050_050_EN.pdf.

VASILII EROKHIN, TIANMING GAO & XIUHUA ZHANG, HANDBOOK OF RESEARCH ON INTERNATIONAL COLLABORATION, ECONOMIC DEVELOPMENT, AND SUSTAINABILITY IN THE ARTIC (2019).

Violet Handtke, Wiebke Bretschneider, Bernice Elger & Tenzin Wangmo, *The collision of care and punishment: Ageing prisoners' view on compassionate release*, 19 PUNISHMENT & SOCIETY 5-22 (2017).

We must urgently do more to address COVID-19 behind bars and avoid mass infection and death: Guidance for Attorney General Barr, governors, sheriffs, and corrections administrators, VERA INSTITUTE OF JUSTICE (May 11/12, 2020), <https://www.vera.org/downloads/publications/coronavirus-guidance-crisis-behind-bars.pdf>.

Chapter 7

International Legal Cooperation and Procedural Issues: Lessons from Administrative and Environmental Law

Ricardo Perlingeiro

Abstract

The present project endeavors to identify, discuss and consolidate the procedural principles of international legal cooperation in the law of States called upon to cooperate with another. The research methodology includes the analysis of the current procedural rules of international legal cooperation under the laws of Brazil, the United Kingdom and the European Union, with a focus on administrative and environmental law.

Keywords

International Legal Cooperation, public policy, mutual assistance; administrative law; environmental law.

Contents

1. Introduction
2. Authorities of the Requested State that are competent to rule on the request for cooperation
3. Standing to initiate the international cooperation process
4. Translation and interpretation in the process of international legal cooperation
5. Content of the decision resulting from the review of compatibility with the Requested State's public policy
6. Efficacy of the public policy review decision
7. Timing of the public policy review process

1. Introduction

The international legal cooperation discussed in this article is associated with coordinated action among States with the objective of ensuring that the basic state functions, such as enforcement and protection of rights (conflict resolution) are effective across borders whenever necessary.

On the one hand, from the standpoint of the international human rights system, States have the duty to safeguard negative and positive freedoms, which includes both protecting individual rights and punishing those who violate the rights of others. If the nature of such public duties requires them to cross national borders, the State that is requested to cooperate has a duty and not just a discretionary power to enable international legal cooperation.

On the other hand, from the standpoint of national law, the Requested States must protect their sovereign power to investigate and control public order, *i.e.*, the Requested States must cooperate internationally to the extent that such cooperation is compatible with its fundamental principles and with its own version of the concept of due process of law, both substantive and procedural.

International legal cooperation therefore depends on rules of procedure influenced by the position of the Requested States, which are caught between international duties to cooperate, on the one hand, and constitutional duties to refrain from cooperating in order to preserve their own *ordre publique* [public policy].

In this context, the present study endeavors to identify, discuss and consolidate the procedural principles of the review of compatibility of a cooperative act with public policy (hereinafter referred to as “public policy review” for short) to be exercised by the authorities and courts of one State that is called upon to cooperate with another. The research methodology includes an analysis of the procedural rules of international legal cooperation in effect under the laws of Brazil, the United Kingdom and the European Union with a focus on administrative and environmental law.

2. Authorities of the Requested State that are competent to rule on the request for cooperation

What is the sphere of the decision-making power in the Requested State that is competent to weigh the interests between the international duty to cooperate and the national duty to protect public policy?

The answer depends on the provisions of the Requested State’s current laws concerning the characteristics of the act of cooperation to be practiced in its territory and which of its bodies are constitutionally competent to perform such acts.

For example, imagine it is necessary to enforce a ruling of a foreign environmental authority intended to prohibit an industry located in the territory of the Requested State and near the bank of a river that drains into the territory of the Requesting State. If, in the

Requested State, administrative authorities are competent to enforce environmental administrative decisions, then those same authorities would be responsible for the process of reviewing the ruling to ensure compatibility with national public policy; if only the courts could enforce administrative decisions, as is frequently the case in Brazil, then the courts would be responsible for reviewing the compatibility of the foreign administrative decision with the public policy of the Requested State.

3. Standing to initiate the international cooperation process

Who is competent to initiate the review process in international legal cooperation? Appropos, is it a review that must be initiated by the interested parties or is it initiated *ex officio* by the authorities of the Requested State?

In the case of a measure of international legal cooperation intended to exercise a right beyond the national borders, exclusively the rights-holder can take the initiative. Thus, any person who feels harmed by the implementation of an act of cooperation is required to take the initiative to ask the competent authority for review of the international legal cooperation. This is true not only of civil law issues, which would make it very obvious, but also issues of administrative law with respect to the defense of an individual against administrative decisions that deprive citizens of rights. In the case of vulnerable persons, however, such as minors, it is understandable that they are always represented by specific authorities in the Requested States.

If the international cooperation involves a request to another country's state prosecution authorities to take action on their own territory, as in the case of transborder enforcement of the powers of an environmental authority, the review process must be initiated by the judicial and administrative authorities of the Requesting State. Such foreign authorities, having legitimate standing to participate in the cooperation process, may be represented by central authorities or by any other administrative or judicial authority of the Requested State, so long as it does not coincide with the authority competent to review compliance with public policy.

It should be stressed, however, that the role of intermediary authorities, such as the Central Authority should be limited to facilitating cooperation, so that they should be dispensed with whenever they are not necessary. The Requested State should encourage direct communication between the authorized parties and the authorities empowered to review international cooperation in the Requested State.

4. Translation and interpretation in the process of international legal cooperation

Understanding of the relevant languages is of fundamental importance to enable cooperation among States. It is therefore perfectly natural to recognize that States have the

duty of assuming the costs of interpreters and translators for those who lack the necessary resources required for the process of international legal cooperation. Nevertheless, it is understanding rather than translation and interpreting that should be considered to be a *sine qua non* for international cooperation. Translation and interpretation may therefore be dispensed with in cases in which the requested authorities and interested parties are proficient in the language of the Requesting State.

5. Content of the decision resulting from the review of compatibility with the Requested State's public policy

How intensive must be the Requested State's review as to whether the requested act of cooperation on its territory is compatible with public policy? Should the review be limited to the public policy of the Requested State or be extended to the current laws of the Requesting State?

It is typical of legal systems resistant to international cooperation to extend their review process to include issues decided in the Requesting State without any connection with current public policy in the Requested State. This is so, because if the body of review in the Requested State becomes an instance of full appeal of the foreign decision, that State, in practice, will be setting itself up as a State with universal jurisdiction.

Thus, it is more consistent with a legal system open to international legal cooperation if the Requested State merely reviews its own public policy rather than examining the laws in effect in the Requesting State; as they say in Italian law, the Requested State should limit itself to a *giudizio di deliberazione*.

An apparent exception to the above rule occurs with certain urgent measures in international legal cooperation. In principle, solely the court of the main trial is competent to order injunctive relief measures. Nevertheless, there are situations in which the urgency is so pressing that it would not be effective to apply for the urgent measure in one State so that it may be subsequently enforced in the territory of another State. The application for the injunctive relief may therefore be submitted directly to a court of the Requested State, in connection with a pending or future proceeding in the Requesting State. In that specific case, the court of the Requested State will not only review the public policy of its own country but will also be responsible for examining issues of *fumus boni iuris* [likelihood of success on the merits of the case] and *periculum in mora* [danger in delay] of the judicial claim according to the laws in effect in the Requesting State.

6. Efficacy of the public policy review decision

Is the public policy review decision a decision that nationalizes the act of cooperation within the Requested State and makes it equivalent to the other administrative and judicial decisions made there? In other words, can a proceeding before a foreign court or foreign

administrative authority, if not contrary to the Requested State's public policy, give rise to the defense of *litis pendens* or *res judicata* in relation to other proceedings in progress in the Requested State?

In reality, denying such effects would amount to refusing cooperation: international legal cooperation would be useless if a future administrative or judicial decision by the authorities of the Requested State always took precedence over foreign decisions that have already been expressly or implicitly admitted by the review authorities of that same Requested State.

7. Timing of the public policy review process

What is the most appropriate time for the public policy review by the Requested State, before or after the requested act of cooperation has entered into effect?

The answer depends on the level of mutual trust between the States and thus the propensity of the Requested State's legal system to be more or less willing to cooperate with the Requesting State. A legal system that is not highly disposed to cooperate opts for a preliminary review, as under the laws of Brazil and the United Kingdom, which makes the enforcement of the foreign decision conditional on prior "recognition". Among the EU States, however, the United Kingdom opts for a more open system of cooperation, by allowing automatic recognition of judicial decisions and the possibility of retrospective reviews.

Reference List

- Brazil, Civil Procedural Code of March 16, 2015.
- Brazil, Law No. 13,445 of May 24, 2017 (Law on Migration) (2017-June 2019).
- EU, Council Framework Decision of June 13, 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.
- Mercosur, Agreement of December 10, 1998 on Extradition among Mercosur States.
- Mercosur, Agreement of February 18, 2002 on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters among Mercosur States, The Republic of Bolivia and the Republic of Chile.
- Mercosur, Protocol of November 16, 1994, on Injunctive Relief Measures (Protocol of Ouro Preto).
- Mercosur, Protocol of June 27, 1992 on judicial cooperation and Assistance in Civil, Commercial, Employment and Administrative Matters (Protocol of Las Leñas).
- OAS (Organization of American States), Additional Protocol to the Inter-American Convention on Letters Rogatory (B-46).
- OAS, Inter-American Convention on Execution of Preventive Measures (B-42).
- OAS, Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (B-41).
- OAS, Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (B-35).
- OAS, Inter-American Convention on Letters Rogatory (B-36).
- Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141.
- Regulation (EU) n. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.
- The Hague Conference on Private International Law, Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children.
- The Hague Conference on Private International Law, Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children.
- The Hague Conference on Private International Law, Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.
- The Hague Conference on Private International Law, The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.
- The Pan-American Union, Code of Private International Law ("Bustamante Code"), annexed to the convention signed at Havana, February 20, 1928.
- United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Crime International Cooperation Act, 2003, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/a/2003/32/pdfs/ukpga_20030032_en.pdf.

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Obtaining Assistance from the UK in Asset Recovery, <https://star.worldbank.org/document/uk-guide-asset-recovery>.

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Requests for Mutual Legal Assistance in Criminal Matters – Guidelines for Authorities Outside of the United Kingdom – 2015, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415038/MLA_Guidelines_2015.pdf.

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Treaty between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Federative Republic of Brazil on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, London, April 7, 2005.

United Nations, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

Authors

• **Emilie Ghio** is a lecturer in law at Birmingham City University (UK). She is an active scholar whose research is located within the broader legal and policy debates surrounding European integration and the use of harmonisation as a legislative tool, involving empirical evidence from the field of cross-border insolvency law. Emilie has worked on several international projects with policy impacts beyond academia. She holds a PhD in law from University College Cork (Ireland).

Contact: *Emilie.Ghio@bcu.ac.uk*

• **Guilherme Calmon Nogueira da Gama** is a full professor at the Faculty of Law of the State University of Rio de Janeiro, Associate Professor in the PhD Law Program of Estácio de Sá University and full professor at the Faculty of Law of the IBMEC in Rio de Janeiro. He holds Doctor of Law and Master of Law degrees from the State University of Rio de Janeiro and a Bachelor of Laws degree from that same university. He is a Judge at the Federal Appellate Court of the 2nd Region (Rio de Janeiro).

Contact: *gcalmon@trf2.gov.br*

• **Leticia Fontestad** is a full professor of procedural law and coordinator of national and international research projects on international judicial cooperation in criminal matters. She is a professor of civil and criminal procedural law and has written numerous publications on her main lines of research: international criminal procedural law, maritime procedural law, antitrust law or mediation.

Contact: *lfp@uma.es*

• **Lissa Griffin** is an expert in criminal procedure and comparative criminal procedure. She has written extensively on criminal law, wrongful convictions and comparative criminal procedure issues. She helped design and teaches Pace Law School's 2nd year skills course. Prior to coming to Pace, Professor Griffin was involved in criminal and civil appellate litigation privately and with the Legal Aid Society. She is the author of two treatises: *Federal Criminal Appeals and Multidefendant Criminal Cases: Federal Law and Procedure*. She teaches Criminal Procedure, Comparative Criminal Procedure, Professional Responsibility, and Interviewing, Counseling and Negotiating, and has taught in the London Law Program.

Contact: lgriffin@law.pace.edu

• **Dr Nadia Naim** is the Associate head of global engagement at Coventry University and is a leading research expert on International Intellectual property and Islamic finance development. Dr Naim has a number of research publications on the integration of Islamic finance and intellectual property as well as several conference proceedings and guest International lectures.

Contact: ad5268@coventry.ac.uk

• **Ricardo Perlingeiro** has a PhD in Law from Gama Filho University and developed a postdoctoral research program as a visiting researcher at the Public Administration Research Institute of Speyer, Germany. He is a full professor at the Faculty of Law of Fluminense Federal University, Associate Professor in the PhD Law Program of Estácio de Sá University and a Judge at the Federal Appellate Court of the 2nd Region (Rio de Janeiro). Ricardo Perlingeiro has coordinated international research projects in international procedural law and administrative procedural law.

Contact: ricardoperlingeiro@id.uff.br

• **Sarah Lucy Cooper** is a Reader in Interdisciplinary Legal Studies at Birmingham City University, the Director of Research in the School of Law, and a Senior Fellow of the UK Higher Education Authority. She is the editor of *Controversies in Innocence Cases in America* (Routledge 2014) and has published widely on the relationship between science and law.

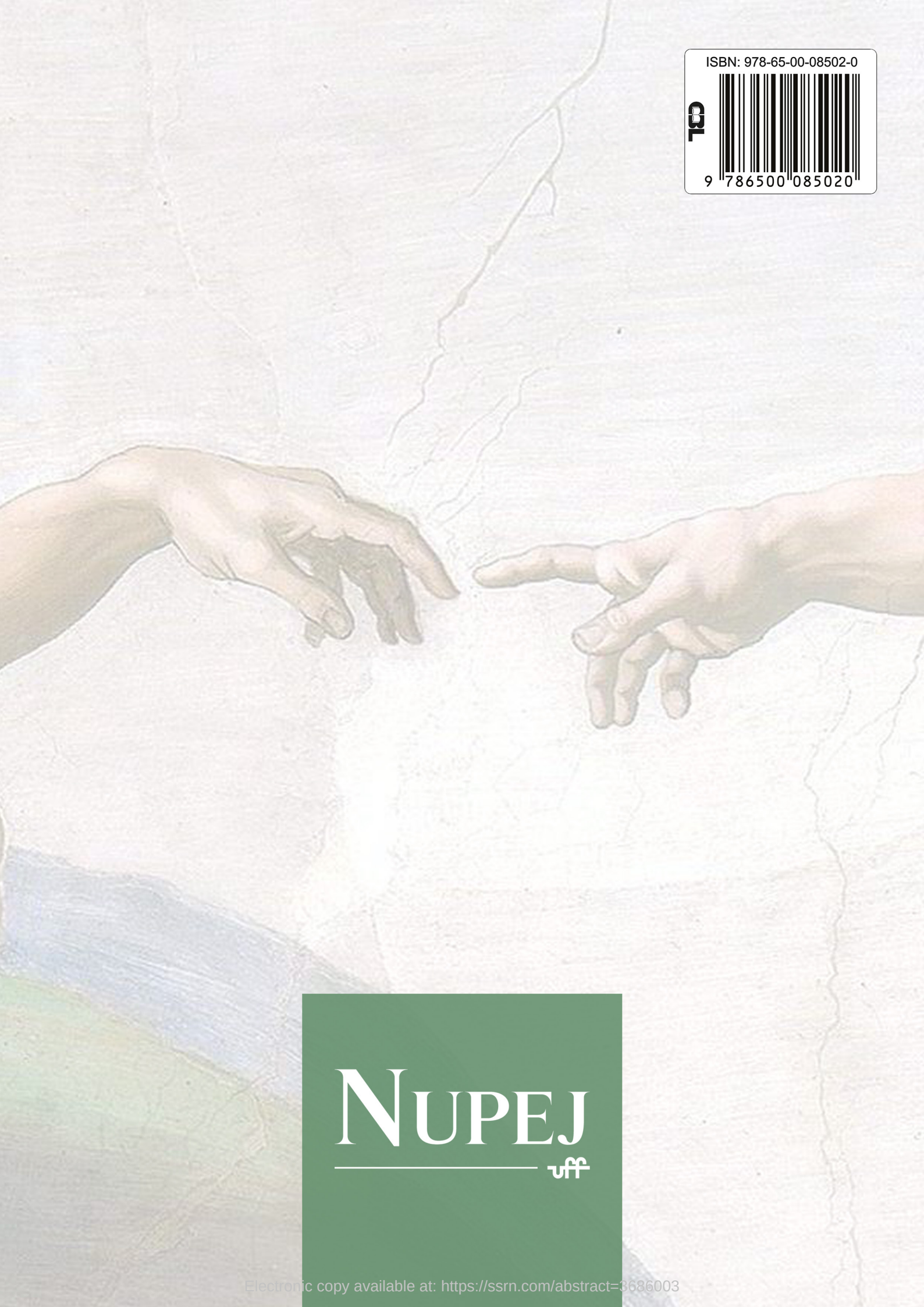
Contact: Sarah.Cooper@bcu.ac.uk

ISBN: 978-65-00-08502-0

CD



9 786500 085020



NUPEJ
uff