

## La construcción del precedente en el *Civil Law*

**Organizers:** Marina Gascón Abellán, Álvaro Núñez Vaquero  
[Marina.gascon@uclm.es](mailto:Marina.gascon@uclm.es); [alvaro.nunez@uach.cl](mailto:alvaro.nunez@uach.cl)

**Language:** Spanish, English, Portuguese.

### Description

Aunque el seguimiento de precedentes suele ser visto como un rasgo distintivo de los sistemas de *Common Law*, el recurso al precedente es también una constante en los sistemas de *Civil Law*, donde el precedente es asimilado a menudo a la idea de jurisprudencia. También en estos sistemas los jueces adoptan sus decisiones atendiendo a lo que otros tribunales (particularmente los Tribunales Supremos y Constitucionales) han dicho en supuestos análogos. Es más, el seguimiento de precedentes trasciende el plano puramente interno, pues los tribunales estatales prestan cada vez más atención al modo en que otros altos tribunales extranjeros o internacionales han resuelto casos significativos.

La finalidad de este workshop es estimular una reflexión sobre el papel institucional y el valor de distintos aspectos de la práctica del precedente en los ordenamientos de *Civil Law* que comparten unas mismas características. Con este objetivo el Workshop discutirá algunos aspectos relevantes: 1) Sobre el status y valor del precedente en los sistemas de *Civil Law*, con particular atención a su función en la justificación de las decisiones judiciales, así como a la relación entre el seguimiento de precedentes y el «gobierno de las leyes»; 2) Sobre la formación del precedente y su práctica en los sistemas de *Civil law*; con especial referencia al papel de los hechos y al valor de los *obiter dicta*; 3) Sobre la creciente influencia del precedente de los tribunales extranjeros y la formación del precedente «transnacional»; 4) Sobre la relación entre precedente y jurisprudencia y la dificultad para convertir a las Cortes Supremas en verdaderas cortes de precedentes.

### Programme

Tuesday, 9th July (14:00 – 18:30), Room HS 12

*The role of precedent in mixed Common Law-Civil Law jurisdictions.* KATYA KOZICKI e IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI (Universidade Federal do Paraná, Brazil).

*A regra do precedente no sistema de Justiça civil brasileiro – Stare decisis ou jurisprudência vinculante?* RODRIGO DE SOUZA GONÇALVES (Universidade de Coimbra, Portugal)

*Precedente, seguridad jurídica y principio de legalidad.* GEMA MARCILLA CÓRDOBA (Universidad de Castilla-la Mancha. España)

*Un análisis sobre la formación del precedente.* DAVID SIERRA SOROCKINAS (Universidad de Antioquia, Colombia)

*La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes.* ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO (Universidad Austral, Chile).

*Obiter Dicta in an Extended Sense: Judicial Pronouncements Out of the Case-Files.* THOMAS BUSTAMANTE (Federal University of Minas Gerais, Brazil)

*Precedentes judiciales, estado de derecho y racionalidad jurídica.* ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE (Universidad de Granada, España)

*La referencia a la jurisprudencia como herramienta interpretativa.* PAULINA KONCA (Universidad de Silesia, Polonia)

*Precedente, jurisprudencia y motivación de la sentencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia eficazmente su función?* MARINA GASCÓN ABELLÁN (Universidad de Castilla-la Mancha, España)

*Challenges for the construction of a stable precedent practice in the Brazilian Supreme Court.* FERNANDO RIBEIRO LEAL (FGV Direito Rio, Brazil).

*Glocal Equilibrium: The Bidirectional Use of Foreign Constitutional Precedent.* RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ (ITAM)

*Precedente extranjero. ¿Diálogo o discurso?* LEONOR MORAL SORIANO (Universidad de Granada, España)

*A influência dos precedentes externos sobre direitos humanos na interpretação do direito interno.* ADRIANO SANT'ANA PEDRA (Faculdade de Direito de Vitória – Espírito Santo, Brazil)

## Abstracts

*Rodrigo de Souza Gonçalves* (Universidade de Coimbra, Portugal)

[A regra do precedente no Sistema de Justiça brasileiro – stare decisis ou jurisprudência vinculante?](#)

### RESUMO

O artigo analisa o efeito vinculante na tradição do *civil law*, desde a “primazia da jurisprudência” no medievo, até o fenômeno da “interferência horizontal” entre *common law* e *civil law* no séc. XX, demonstrando que o sistema brasileiro permanece vinculado à tradição romanista. Após, demonstra a inexistência de uma genuína regra do precedente, bem como, aponta a dificuldade de se categorizar o modelo jurisdicional brasileiro, seja no paradigma do *stare decisis* seja na concepção de *jurisprudência constante*, caracterizando um modelo *sui generis* dentro da tradição do *civil law*. Ao final, aponta-se um caminho possível para a concretização do *stare decisis* no sistema brasileiro.

## ABSTRACT

This paper analyzes the binding effect in the civil law tradition, from the "primacy of jurisprudence" in the Middle Ages, to the phenomenon of "horizontal interference" between common law and civil law in the 20th century, demonstrating that the Brazilian system remains linked to the Romanist tradition. After, it shows the lack of a genuine rule of precedent, as well as, it points out the difficulty of categorizing the Brazilian jurisdictional model, either in the stare decisis paradigm or in the conception of constant jurisprudence, being a sui generis model within the civil law tradition. At the end, a possible path is identified for the implementation of stare decisis in the Brazilian system.

Rodrigo0904@gmail.com

*David Sierra Sorockinas* (Universidad de Antioquia, Colombia)

[Un análisis sobre la formación del precedente.](#)

## RESUMEN

Este trabajo propone un concepto de precedente como resultado de la interpretación, dentro del esquema conceptual de una nueva teoría. Uno de los objetivos de esta teoría es establecer una distinción entre el precedente y la regla del precedente. De acuerdo con este marco, se describen las principales características del concepto de precedente: i) el precedente es la interpretación de una sentencia dada por un juez; ii) la regla del precedente consiste en la extensión –vía analogía– de la aplicación de una regla particular a casos similares, y iii) se pueden reconocer tres etapas diferentes en el proceso de formación del precedente: a) inicial (el conjunto de las sentencias que el juez puede utilizar para deliberar sobre un nuevo caso); b) intermedia o embrionaria (los abogados y el juez que intervienen en el proceso proponen varias interpretaciones); c) definitiva (el juez elige las razones a partir de una sentencia anterior para apoyar su decisión en un nuevo caso).

## ABSTRACT

This paper puts forward the concept of precedent as a result of interpreting, within the conceptual scheme of a new theory. One of the aims of this theory is to illustrate the distinction between the precedent and the rule of precedent. Within this framework, the main features regarding the concept of precedent are described: i) the precedent is the interpretation of a sentence given by a judge; ii) the rule of precedent consists in the extension – via analogy – of the application of a specific rule to similar cases; iii) three different stages in the precedent's formation process can be recognized: a) initial (the whole of the legal sentences the judge can use in order to deliberate upon a new case); b) intermediate or embryonic (the lawyers and the judge involved in the proceeding propose several interpretations); c) final (the judge chooses the reasons from a previous sentence to support his decision regarding a new case).

sierradavid@gmail.com

Álvaro Núñez Vaquero (Universidad Austral, Chile).

## La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes.

### RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es mostrar la relevancia que tienen los hechos a la hora de aplicar los precedentes. Para ello, se analizarán dos tesis contrapuestas acerca de la relación entre precedente y analogía: la primera, formulada por Frederick Schauer, según la cual precedente y analogía son instituciones diferentes y contrapuestas; la segunda, defendida por una gran multitud de autores, según la cual los precedentes han de ser interpretados/aplicados por analogía. Una vez descartada la tesis de la incompatibilidad entre precedente y analogía, se pasa a analizar el papel que juegan los hechos del caso en la interpretación y aplicación de precedentes jurisdiccionales. Se comienza analizando qué podemos entender, respectivamente, por interpretación, aplicación y analogía, para, posteriormente, analizar si los precedentes han de ser interpretados y/o aplicados analógicamente. Se finaliza con una breve conclusión normativa.

alvaro.nunez@uach.cl

Thomas Bustamante (Federal University of Minas Gerais, Brazil)

## Obiter Dicta in an Extended Sense: Judicial Pronouncements Out of the Case-Files

### ABSTRACT

Although the expansion of the powers of the judicial branch is a global phenomenon, in some jurisdictions the normative force of judicial legislation is even more damaging because of the circumstances, the form and the effects of certain judicial pronouncements. Sometimes judges interpret the law in interviews, ceremonial speeches, lectures, academic publications and other non-strictly adjudicative capacity. While these pronouncements do not resolve a concrete legal dispute, they anticipate a legal opinion and have pragmatic implications analogous to those of precedents in a strict sense. Even though they do not purport to be legally binding, citizens, lawyers, politicians, companies and the press receive these pronouncements with the same authority as an *obiter dicta* or a non-strictly authoritative judicial precedents. Furthermore, judges in the higher courts know exactly how their pronouncements are going to be received by the audience and intentionally make these pronouncements in order to settle the law in a certain way, before hearing the arguments of the parties and the opinions of their colleagues. This papers describes the most typical circumstances and legitimacy problems of these malpractices and gives a handful of examples from the Brazilian jurisdiction, which constitute clear instances of this practice.

thomas@gmail.com

*Antonio Manuel Peña Freire* (Universidad de Granada, España)

## Precedentes judiciales, estado de derecho y racionalidad jurídica.

### RESUMEN

Este trabajo pone de manifiesto que la aplicación judicial del derecho y, en particular, sus métodos constitutivos –procedimientos judiciales, participación de las partes en el proceso, actitud considerada del juez, publicidad de las sentencias, vinculación a la jurisprudencia y precedentes, etcétera– son condición del Estado de derecho, pues contribuyen a hacer posible el gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos. Ahora bien, una concepción instrumental del Estado de derecho, vinculada a un modelo estrictamente formal de adjudicación, no garantiza que el comportamiento de los individuos quede siempre efectivamente gobernado por reglas ni puede evitar manifestaciones de arbitrariedad judicial. Por esta razón, adicionalmente, analizaré si una teoría material del Estado de derecho es apta para asegurar cierta racionalidad en la aplicación del derecho y puede suplir esas limitaciones y asegurar una realización plena del ideal del gobierno de las reglas o imperio de la ley.

### ABSTRACT

This work shows that the judicial application of the law and, in particular, its constitutive methods -judicial proceedings, participation of the parties in court proceedings, considered attitude of the judge, publicity of sentences, binding force of jurisprudence and precedents, etc.- are a condition of the rule of law, because they contribute to make possible that the individual's behavior is governed by rules. However, an instrumental conception of the rule of law, linked to a strictly formal model of adjudication, does not assure that the behavior of individuals is always effectively governed by rules nor can it avoid arbitrary judicial manifestations. For this reason, additionally, I will analyze whether a substantial theory of the rule of Law is capable of assuring a certain rationality in the application of the law and can overcome those limitations and ensure full realization of the ideal of the rule of law.

apena@ugr.es

*Paulina Konca* (Universidad de Silesia, Polonia)

## La referencia a la jurisprudencia como herramienta interpretativa.

### RESUMEN

1. En mi ponencia intentaré plantear cuál es el estatus de la referencia a la jurisprudencia en la justificación de una resolución judicial. Los tribunales a menudo se refieren a argumentos usados por otros tribunales en la motivación de las resoluciones judiciales, intentando con ello reforzar su argumentación. Pero también la propia declaración de que "en jurisprudencia se supone que ..." se considera un argumento para adoptar una interpretación concreta de la disposición ("argumento de la jurisprudencia"). La referencia a la jurisprudencia es un argumento de uso frecuente. En este punto, uno debería preguntarse si el argumento de la jurisprudencia es una herramienta interpretativa, una guía interpretativa o quizás una forma especial de interpretación jurídica.

Las herramientas interpretativas pueden formar parte de la ley, o de la práctica dominante, o de puntos de vista comúnmente aceptados expresados en la literatura. El estado de las reglas interpretativas es un tema importante porque el proceso de aplicación de la ley y sus resultados se basan no solo en el texto legal, sino también en una serie de directrices interpretativas. Las mismas normas se pueden entender de diversas maneras dependiendo de cómo se usan las herramientas para interpretarlas. Las herramientas interpretativas y directrices interpretativas son muchas: materiales legislativos, preámbulos, diccionarios, exposiciones de motivos, cánones de interpretación y referencias a la jurisprudencia. ¿Pero es realmente la jurisprudencia una *herramienta interpretativa* o es tan solo un *método para elegir herramientas* de interpretación?

2. También es necesario considerar cuál es el papel del tribunal que interpreta las disposiciones poco claras o ambiguas. Para ilustrar este asunto presentaré uno de los muchos casos en que una disposición imprecisa dio lugar a la creación de dos doctrinas jurisprudenciales diferentes. Ese ejemplo, uno de tantos, es interesante por dos razones. Primero porque, aunque la jurisprudencia no fue coherente ni uniforme, tanto los tribunales que apoyaron una cierta interpretación de la disposición (llamémosla “primera doctrina”) como los que apoyaron otra interpretación completamente diferente (“segunda doctrina”) se refirieron al argumento de la jurisprudencia (aunque naturalmente siempre se referían a las justificaciones de los tribunales que dictaminaban de manera similar). Segundo porque, al final, el Tribunal Supremo Administrativo decidió resolver la disputa y, al mismo tiempo, el legislador también decidió hacerlo. El Tribunal Supremo aprobó la primera doctrina, y el legislador comenzó a trabajar en la enmienda y aclaró la disposición a favor de la segunda doctrina. Me preguntaré qué es lo que en una situación así deberían hacer los tribunales de rango inferior y qué es lo que realmente hacen. ¿Qué es lo más importante: la intención del legislador, o tal vez algún otro valor?

Vale la pena señalar que la uniformidad de la doctrina también aumenta la previsibilidad de la ley y la confianza de los ciudadanos en el estado. Al mismo tiempo, sin embargo, *the written law* permite implementar la política estatal y llevar a cabo reformas. ¿Cómo buscar un equilibrio entre estas necesidades? ¿Cuál es el papel del tribunal en el *civil law*?

paulinakonca@gmail.com

Marina Gascón Abellán (UCLM, España)

[Precedente, jurisprudencia y motivación de la sentencia. ¿Cumple la jurisprudencia eficazmente su función?](#)

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar en qué medida, en los sistemas de *Civil Law*, la jurisprudencia es capaz de cumplir eficazmente su función unificadora del derecho y cuáles son, en su caso, los requisitos para que ello sea así.

Como paso previo examinaré algunos presupuestos sobre el valor y alcance de la vinculación a la jurisprudencia. En este punto sostendré lo siguiente: 1º) *El seguimiento de la jurisprudencia es valioso*, pues al reducir la diversidad interpretativa contribuye a realizar mejor la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley; 2º) Como reflejo de ese valor asistimos a la *incorporación progresiva de mecanismos de jurisprudencia vinculante* en

nuestros sistemas; 3º) Pero la vinculación a la jurisprudencia ha de interpretarse en *términos compatibles con el principio democrático, la independencia judicial y el carácter difuso de la jurisdicción*, lo que significa que esa vinculación no cancela sino que potencia el diálogo entre tribunales.

Después examinaré si, a la vista de la praxis judicial existente en nuestros ordenamientos, *puede la jurisprudencia cumplir eficazmente su función de unificación del derecho*. Mi respuesta a esta pregunta es “no”, y para darla procederé en dos pasos: 1º) Primero sostendré que *hay una conexión entre la fundamentación de una decisión y su capacidad para crear eficazmente jurisprudencia*. La manera en que se estructura y motiva la sentencia es importante para que la jurisprudencia pueda de hecho reducir la diversidad interpretativa en el sistema; y 2º) Después analizaré *algunos déficits habituales* que afectan a la motivación de las sentencias y que obstaculizan o incluso arruinan la función jurisprudencial.

ABSTRACT

I will examine here to which extent, in the Civil Law systems, *jurisprudencia* (or precedent) effectively fulfils its role of unification of the law, and which are, if any, the requirements to achieve such goal. The specific question posed is whether, in view of the general practice in most Civil Law systems, the *jurisprudencia* is capable to reduce interpretative diversity in the adjudication of the law. My answer to this question is “no”, and to do so I will proceed in two steps: 1) Firstly, I will hold that *there is a connection between the grounding of a judgment and its capacity to form effectively “jurisprudencia”*. 2) Secondly, I will analyze *some frequent defects* in the way to ground the judgments which hamper or even ruin the jurisprudential function.

Marina.gascon@uclm.es

*Fernando Ribeiro Leal* (FGV Direito Rio, Brazil).

## Challenges for the construction of a stable precedent practice in the Brazilian Supreme Court

ABSTRACT

After presenting quantitative data and specific examples about the use of previous decisions within the decision-making praxis of the Brazilian Supreme Federal Court, I highlight four issues which hinder the development of a stable precedent practice in the court. The issues involve (i) conceptual discrepancies and (ii) application, (iii) creation and (iv) communication challenges. In the first case, it is hard to identify what counts as a precedent of the court, since it is possible to find within its decisions references to multiple aspects of previous rulings as binding, such as the result of the case itself, the ratio decidendi, and the summary of the decision. Moreover it is nebulous whether the binding force of a precedent, according to the court, derives from authoritative or substantive reasons. Second, despite all theoretical debates about the appropriateness of analogical or rule-based reasoning for guiding the due use of precedents, application difficulties follow from the absence of clear patterns to differentiate present from past cases. In the third level, I emphasize institutional aspects that affect the capacity of a

ruling to work as a precedent, mainly if it results from the aggregation of individual opinions or the adoption of a per curiam decision-making model. Finally, I point out some issues related to the construction of the summary of the rulings which also impairs the identification of what the court exactly decided and why, since they may have insufficient or excess information or even might simply represent the summary of the opinion of the judge designated to elaborate them.

Fernando.leal@fgv.br

*Rodrigo Camarena González (ITAM, México)*

### [Glocal Equilibrium: The Bidirectional Use of Foreign Constitutional Precedent.](#)

#### ABSTRACT:

Localist, globalists, and glocalists argue about the use of foreign constitutional precedents. Localists reject foreign precedents as an alien imposition. By contrast, globalists claim that judges engage in a universal dialogue where convergence among jurisdictions is evidence of a supposed global consensus. As an intermediate position, glocalists reject the global/local dichotomy. Glocalists use analogical reasoning to use foreign precedents. Two jurisdictions may be committed to overlapping principles. Thus, foreign precedents do not work as evidence of consensus, but as tools for self-understanding and self-improvement. However, glocalist's methodologies remain unclear. How should judges use foreign precedents in a manner that is constrained by local elements but is also insightful from a global one? This paper argues that the criterion is more than an analogy between cases. Instead, it is domestic coherence between precedential rules and constitutional principles. Foreign precedents allow detecting domestic assumptions that must be confirmed, anomalous precedents that must be revised, and gaps that must be filled by 'glocalizing', i.e. adapting foreign law to the local context.

#### RESUMEN

Existe un debate entre localistas, globalistas y glocalistas acerca del uso del precedente constitucional extranjero. Los localistas rechazan su uso por ser una imposición extranjera. En cambio, los globalistas sostienen que los jueces forman parte de un dialogo universal en el que la convergencia entre sistemas jurídicos es evidencia de un supuesto consenso global. Como una posición intermedia, los glocalistas rechazan la dicotomía entre lo global y lo local. Ellos usan el criterio analógico para usar precedentes extranjeros. Dos órdenes constitucionales pueden estar comprometidos con principios similares. De esta manera, los precedentes funcionan no como evidencia de un consenso universal sino como herramientas para una mejor auto-comprensión y de perfeccionamiento. Sin embargo, las metodologías glocalistas son poco claras. ¿Cómo deben los jueces usar los precedentes extranjeros de tal manera que su uso este constreñido por elementos locales pero también sea enriquecedor desde una perspectiva global? Este artículo sostiene que el criterio debe ser algo más que una simple analogía entre casos. En realidad, el criterio debe ser la coherencia nacional entre reglas de precedentes y principios constitucionales. El uso de precedentes extranjeros permite detectar asunciones sobre el derecho nacional que deben ser confirmadas, precedentes



anómalos que deben ser revisados, y lagunas que deben ser colmadas mediante la ‘glocalización’ del derecho extranjero, es decir, mediante su adaptación al contexto local.

Rodrigo.camarena@itam.mx

*Leonor Moral Soriano* (Universidad de Granada, España)

## Precedente extranjero. ¿Diálogo o discurso?

### RESUMEN

Es llamativo que cuando hablamos de los precedentes, sean estos nacionales o internacionales, parece que nos vemos abocados a utilizar una terminología más cercana a la agronomía que a la dogmática del Derecho. Así, hablamos de fuentes del Derecho, o del humus (el sustrato) del Derecho; incluso del “herbarium jurídico”. Además, cuando nos preguntamos por la utilización de los precedentes internacionales no abandonamos el campo semántico: trasplantar (instituciones jurídicas o interpretaciones judiciales) o bien, fertilizar, abonar, o incluso polinizar el Derecho, son las imágenes que se suelen utilizar para referirnos a su uso. Otra imagen extendida a la hora de estudiar los precedentes internacionales es la del diálogo judicial.

Sostendré aquí que la doctrina del diálogo carece de método alguno que justifique la elección de las decisiones extranjeras por lo que las críticas de arbitrariedad y activismo judicial alimentan las posiciones de quienes refutan el valor de decisiones extranjeras. Si bien se comparten las críticas de falta de método, en este artículo me referiré al uso racional de los precedentes extranjeros y en concreto en su papel en el discurso jurídico como canon de interpretación. Se abandona de la doctrina del diálogo judicial para abrazar la del discurso jurídico.

Con este cometido, en el trabajo analizo las distintas formas de diálogo judicial y de diálogo institucional entre jueces; examino el papel de los precedentes en el contexto del descubrimiento para luego abordar su estudio en el contexto de la justificación acudiendo al argumento comparado y al Derecho comparado. Finalmente, analizo que el uso de los precedentes como canon de interpretación en el discurso jurídico no dista de la doctrina del precedente persuasivo del Common Law.

### ABSTRACT

It is striking that when we talk about precedents, be they national or international, it seems that we are bound to use a terminology closer to agronomy than to the dogmatic of Law. Thus, we speak of sources of Law, or humus (the substrate) of Law; even of "legal herbarium". In addition, when we ask ourselves about the use of international precedents we do not abandon the semantic field: transplant (legal

institutions or judicial interpretations), or fertilize, or even pollinate the law, are the images that are usually used to refer to their use. Another extended image when studying international precedents is that of judicial dialogue.

I will argue throughout these pages that the doctrine of dialogue lacks any method that justifies the choice of foreign decisions, so criticisms of arbitrariness and judicial activism feed the positions of those who refute the value of foreign decisions. Although the criticisms of lack of method are shared, in this article I will refer to the rational use of foreign precedents and specifically in their role in legal discourse as a canon of interpretation. The doctrine of judicial dialogue is abandoned to embrace that of legal discourse.

To this aim, I analyze the different forms of judicial dialogue and institutional dialogue among judges; I examine the role of the precedents in the context of the discovery and then I approach their study in the context of justification using comparative argument and comparative law. Finally, I analyse that the use of precedents as a canon of interpretation in legal discourse does not differ from the doctrine of persuasive precedent of the Common Law.

lmoral@ugr.es

*Adriano Sant'Ana Pedra* (Faculdade de Direito de Vitória – Brazil)

[A influência dos precedentes externos sobre direitos humanos na interpretação do direito interno.](#)

ABSTRACT

Este estudo objetiva analisar, a partir do exame da estrutura da norma constitucional, como a interpretação do direito constitucional em matéria de direitos humanos pelos Tribunais Constitucionais pode sofrer influências externas. Para tanto, é preciso distinguir quando o uso de precedentes externos deriva de tribunais internacionais e quando o uso decorre de tribunais constitucionais estrangeiros.

Através da pesquisa sobre o uso dos precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, é possível concluir que o tribunal tem utilizado precedentes estrangeiros, cada vez mais, especialmente da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Alemão. Não obstante, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal do Brasil utiliza o precedente estrangeiro com mais frequência como obiter dictum, porquanto utiliza mais como um argumento para completar o raciocínio, mas sem desempenhar um papel chave na formação da decisão. Todavia, há alguns poucos casos nos quais o Tribunal utiliza precedentes estrangeiros como ratio decidendi, ou seja, como razão para decidir. A referência a precedentes estrangeiros, ou mesmo à opinião pública internacional, confere ao Tribunal Constitucional uma ferramenta adicional e potencialmente útil para a solução de temas complexos em torno dos direitos humanos.

É possível verificar que, mesmo quando não se trata de direito vigente – como é o caso de decisões proferidas por Tribunal Constitucional estrangeiros –, a jurisprudência externa acaba por exercer certa influência na interpretação da Constituição de determinado país. Não obstante, para preservar a integralidade da ordem jurídica receptora do precedente, é preciso levar em consideração o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo é o resultado da interpretação do texto normativo, ou seja, o que é expresso pelo teor literal bem como todos os recursos

interpretativos auxiliares, sendo formado a partir dos dados da linguagem. Assim, com relação a este aspecto, em primeiro lugar, é necessário verificar se a norma sobre a qual a Corte estrangeira baseou sua decisão também possui hierarquia constitucional. Em segundo, é necessário haver uma proximidade de entre os programas normativos dos diferentes países considerados. De fato, textos constitucionais de países diferentes em geral são muito similares com relação a direitos fundamentais, principalmente se estes países pertencem ao mesmo sistema de proteção internacional de direitos humanos. Quanto ao âmbito normativo, também é necessário ter o cuidado na escolha do precedente estrangeiro, pois a Corte e a ordem constitucionais externos devem ter uma identificação com os valores consagrados na ordem constitucional receptora, haja vista que a realidade é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma, e toda norma incorpora em seu conteúdo a realidade do âmbito normativo.

*Katya Kozicki e Igor Maestrelli Zarnicinski (Universidade Federal do Paraná, Brazil)*

### [The role of precedent in mixed Common Law-Civil Law jurisdictions.](#)

#### ABSTRACT

In the Western world, each nations' legal systems have usually been described as belonging to either one of two highly notorious categories: either the Roman-Germanic, civil law tradition or the common law tradition. The roles that statutes and precedent assume in those traditions are usually described to be very different. Nonetheless, there are existant legal systems that belong to a third legal family: mixed common law-civil law jurisdictions. Studying the legal structure of such systems may provide us with insight as to the future role of judge-made law and precedent in legal systems that currently belong to the civil law family.

The phenomenon of globalization has as one of its hallmarks an increase in worldwide communication, resulting in accelerated exchanges between different countries, peoples and cultures. Being a part of culture, Law has not escaped globalization. National legal systems have been adopting, transplanting legal institutions and notions from other States' own legal systems. Each country's Law may overflow both the civil law tradition and the common law tradition as the usual "containers" of national legal realities. The two great legal families of the civil law and the common law are converging, it has been said. That being considered, there are already examples of legal systems (national or otherwise) that do not belong purely either to the common law family or to the civil law family. Places that have been under unusually strong influence from both Anglo-American Law and Continental European Law have sometimes given rise to legal systems that are markedly hybrid, belonging to neither one of the Western legal traditions and yet belonging to both. Those common law-civil law hybrids are usually called "mixed jurisdictions" (shorthand for "mixed common law-civil law jurisdictions").

Scholars have previously identified legal systems that are usually classified as belonging to that third legal family of mixed jurisdictions — most notorious among these are South Africa, the American state of Louisiana, the island of Malta, the Philippines, the unincorporated American territory of Puerto Rico, the Canadian province of Quebec, and Scotland. As varied in geographic and demographic characteristics as those different areas might be, their legal systems have very similar elements. As such, those legal

systems can give us insight into the role that precedent may play in the civil law tradition in the future, as the effects of globalization encroach more and more and put further pressure over the usual civil law institutions.

The origins of the civil law tradition date back to Roman law, and it actually comprises subtraditions inside itself. Amidst those subtraditions, the Roman civil law subtradition has great importance. It can be traced back to the *Corpus Iuris Civilis* of Roman emperor Justinian and it held great influence over the development of private law in the greater civil law tradition. Of similar importance is the revolution subtradition, which can be traced back to the eighteenth century and its (at the time) radical new ideas of natural rights, separation of powers, rationalism, statism and nationalism. The revolution subtradition had critical impact on the organization of the legal system in the civil law tradition and on most of its public law. In the civil law sphere, statutes are said to hold the prominent position amidst all sources of law, and judicial decisions play a lesser (if any) part in the creation of the Law.

In the common law sphere, precedents and judge-made law have much larger importance, and the idea of *stare decisis* gives great power to the Judiciary branch of government in the creation of Law. That is due to the history of the common law tradition, which dates back to the Norman conquest of England and to the establishment of the common law itself, as law administered by judges in the name of the king himself.

As for mixed jurisdictions themselves, they have three basic characteristics: first, they have risen over the dual foundations of the common law tradition and the civil law tradition, like a bridge rises over both margins of a river, being firmly planted in either side. Second, there is a quantitative aspect to their mixedness. One may say that there are no true pure legal systems — all legal systems have hybrid elements. However, most Western legal systems have very strong, obvious ties to a single one of the two great families of either the common law or the civil law. In mixed jurisdictions, notwithstanding, a very large number of institutions, principles and rules can be ascribed to one of the previously mentioned great families. It is a quantitative matter: “pure” legal systems have very few imported elements, and almost all institutions, principles and rules belong to one single legal family. Mixed jurisdictions are clearly bijural, so that one knows when one is transitioning from an internal civil law tradition area to an internal common law tradition area. To put it simply, mixed jurisdictions are “cut in half”. There are no such boundaries in “pure” legal systems. Third, there is a clear structural division in mixed jurisdictions. In all current examples, the civil law elements are limited to the private law sphere. That being so, there is a clear distinction in those jurisdictions between private Continental European law and public Anglo-American law.

Those characteristics are the basis upon which arises another important distinctive element of mixed jurisdictions: lawyers and legal scholars do not receive their education and professional formation in relation to just the civil law or the common law aspects of their own legal system. Similarly, the judicial system in such jurisdictions does not have courts specializing in the common law tradition or in the civil law tradition. Under such circumstances, judges and lawyers are aware of *stare decisis*, of the importance of judge-made law, of the role of precedent; but they also have knowledge of statutes, of the Civil Codes of their respective jurisdictions, of private contractual law. One might say that in mixed jurisdictions the courts operate at times using common law tools — such as *stare*

*decisis* and precedent — while applying civil law statutes and codified civil law, for example.

The recent recognition of the importance of precedent in the civil law legal systems may be said to be an aspect of worldwide pressure being exerted by the common law family onto the civil law family. The analysis of the extant mixed jurisdictions may provide us with the necessary tools to foresee (and then prepare for) the future role of precedent in civil law legal systems, especially since civil law jurisdictions that have tried to adopt mandatory observance of precedent (such as Brazil) have behaved in the same pattern previously established by mixed jurisdictions, particularly as to what regards the structural division of civil law and common law in private and public law respectively.