

Revista Formadores

Vivências e Estudos



V CONGRESSO SUL-AMERICANO DE PESQUISA
DA EDUCAÇÃO ADVENTISTA

Investigação Científica

A serviço da Missão 2023

V COSUDI - PORTUGUÊS

Volume 16 Número 3 Dezembro 2023

ISSN: 2177-7780 - ONLINE ISSN: 1806-5457 - IMPRESSA

DOI: 10.25194/rfv16i3.1663

Esdras Silva Sales Barbosa

esdras_advento@hotmail.com

Graduando em Direito, Faculdade Adventista da Bahia (FADBA), Cachoeira, BA, Brasil.

Artur Oliveira de Almeida

arturalmeilda637@gmail.com

Graduando em Direito, Faculdade Adventista da Bahia (FADBA), Cachoeira, BA, Brasil.

Maíla Nascimento Santos

mainsmai@hotmail.com

Graduanda em Direito, Faculdade Adventista da Bahia (FADBA), Cachoeira, BA, Brasil.

Rianne Beatriz Barbosa Machado

riane-beatriz@hotmail.com

Graduanda em Direito, Faculdade Adventista da Bahia (FADBA), Cachoeira, BA, Brasil.

Israel Cunha Ferreira

israel.ferreira@adventista.edu.br

Mestre em direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Docente da Faculdade Adventista da Bahia (FADBA), Cachoeira, BA, Brasil.

Faculdade Adventista da Bahia

BR 101, Km 197 – Caixa Postal 18 – Capoeiruçu
- CEP: 44300-000 - Cachoeira, BA

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PRECEDENTE JUDICIAL DA ADPF 132 E ADI 4277

RESUMO

Os precedentes judiciais tem sido um dos temas mais relevantes do processo civil na contemporaneidade. Com o recente processo de constitucionalização do processo civil, existe a possibilidade deste ramo do direito de ser um meio de efetivação dos direitos fundamentais. Neste trabalho, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva no Brasil, foi escolhida não só pelo simbolismo, mas pela possibilidade de um precedente judicial efetivar direitos fundamentais a toda uma comunidade. Este estudo cuida de adentrar na discussão sobre o sistema de precedentes brasileiros, como também a discussão acerca dos benefícios e perigos da importação do Common Law.

Palavras-chave:

Precedentes judiciais. Direitos fundamentais. Processo civil. Direito de Família.

Keywords:

Judicial precedents. Fundamental rights. Civil suit. Family Law.

BARBOSA, Esdras Silva Sales; ALMEIDA, Artur Oliveira; SANTOS, Maíla Nascimento; MACHADO, Rianne Beatriz Barbosa; FERREIRA, Israel Cunha. A efetivação dos direitos fundamentais através do precedente judicial da ADPF 132 e ADI 4277. **Revista Formadores**: vivências e Estudos. Cachoeira, Bahia, v. 16, n.3, p. 72 - 87, Dezembro 2023.

ABSTRACT

Judicial precedents have been one of the most relevant topics in contemporary civil procedure. With the recent process of constitutionalization of civil procedure, there is the possibility of this branch of law to be a means of implementing fundamental rights. In this work, the decision of the Federal Supreme Court that recognized the homoaffective union in Brazil, was chosen not only for its symbolism, but for the possibility of a judicial precedent to implement fundamental rights to an entire community. This study takes care of entering the discussion about the Brazilian precedent system, as well as the discussion about the benefits and dangers of importing the Common Law.

1 INTRODUÇÃO

Será abordado neste artigo, os precedentes judiciais como ferramenta da efetivação dos direitos fundamentais na ADPF 132 e ADI 4277. Mas antes de adentrar na discussão acerca do tema, é imprescindível entender a contextualização histórica a respeito dos precedentes judiciais e sua distinção com a jurisprudência. O sistema de precedentes permitiu, antes de tudo, um eficaz grau de segurança jurídica e hoje, está presente no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Civil de 2015.

Neste presente artigo, faremos também a análise jurídica relacionada aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, incluindo a discussão acerca dos precedentes judiciais serem estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro. Como também

O presente trabalho tem como principal objetivo relacionar os direitos fundamentais com os precedentes judiciais e demonstrar como eles se comportaram no julgamento da ADPF 132 e na ADI 4277.

Por meio de uma abordagem qualitativa, argumenta-se os resultados dos estudos feitos por meio de análises e percepções acerca dos precedentes judiciais como ferramenta da efetivação dos direitos fundamentais na ADPF e ADI já mencionadas, tratando-se de uma revisão bibliográfica, esquadriando artigos, doutrina judicial e as decisões judiciais concernente à decisão proferida no julgado. Realizado por meio de um método explicativo, visa-se conectar ideias, a fim de explicar a importância de tal conteúdo para a área jurídica.

Será apresentada uma discussão geral, com contextualização histórica sobre o sistema de precedentes, diferenciando-o do sistema jurisprudencial e como os precedentes são efetivados no Brasil. Faz-se necessário, ainda, uma síntese acerca dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e como os precedentes podem ser úteis na efetivação de tais direitos. E por fim, será apresentado uma análise acerca dos referidos julgados.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS: NO COMMON LAW E NO CIVIL LAW

2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

A princípio, é indispensável compreender os sistemas da *civil law* e *common law* para este estudo dos precedentes judiciais como ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais, pois tais tradições jurídicas foram essenciais para a formação dos precedentes.

Como bem assegura René David (1978), *Common law* é um sistema de direito que foi desenvolvido na Inglaterra, sobretudo pela ação dos chamados Tribunais Reais de Justiça, os quais constituíram um direito “comum” a todo o país. Foi estruturada, sobretudo, como um direito jurisprudencial, desenvolvendo a ideia de que decisões anteriormente tomadas também representavam o Direito, servindo como balizamento para as futuras decisões (THAMAY, *et al.*, 2021).

Em contrapartida, a *civil law* teve em sua origem a preocupação com a completude do sistema jurídico a ser realizado por meio de codificação (BARBOZA, 2014). Dessa forma,

Essa tradição buscava a previsibilidade, a cognoscibilidade e a calculabilidade, necessárias à segurança jurídica, seriam alcançadas pelo respeito à lei e sua estrita aplicação. Na *common law* esses mesmos objetivos eram buscados por meio da observância dos precedentes judiciais, em um direito construído a partir de casos concretos (*case law*) (THAMAY, *et al.*, 2021, p. 25).

Assim, o êxito ao respeito aos precedentes durante o processo histórico, especificamente no sistema *common law*, permitiu antes de tudo um eficaz grau de segurança jurídica e ainda, conferiu um elevado grau de racionalidade à atuação do Judiciário inglês (THAMAY, *et al.*, 2021). Taruffo (2014) afirma que os precedentes já não são mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common law*, estando presente também em quase todos os sistemas, incluindo o de *civil law*.

2.2 BREVE DISTINÇÃO ENTRE JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES

Desde o século passado, pode-se observar no Direito brasileiro uma tendência ao fortalecimento da eficácia da jurisprudência, e mais recentemente, dos precedentes judiciais. É se suma importante, tratar a respeito das diferenças entre esses dois sistemas, tendo em vista que são institutos distintos.

A princípio, “jurisprudência” pode ser compreendida como a ciência do direito, ou em outro sentido, como um conjunto de pareceres oriundos dos juriconsultos. (VIANA E NUNES, 2017).

Em relação aos precedentes, que é de fato o tema do presente estudo, geralmente estão relacionados a uma decisão formada de um caso particular, diferentemente da jurisprudência que é formada a partir de uma pluralidade frequente de decisões relativa a vários casos concretos, ou seja, é impossível identificar qual das decisões foi determinante para sua formação (TARUFFO, 2014). Ou seja, precedente é um evento do passado que se adequa servindo como parâmetro para as ações presentes e futuras. Logo, quando um juiz de Direito, embasa sua decisão em um caso resolvido do passado, diz-se que tal decisão ocorreu de acordo com um precedente (KREBS, 2015).

2.3 O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

O tema de precedentes judiciais, internamente na realidade brasileira, é eventualmente tratado como algo novo instaurado pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível, entretanto, observar nitidamente tais institutos já previstos em um contexto histórico. O Brasil, sendo colônia de Portugal e como um país integrante à tradição do sistema da *civil law*, subordinava-se ao ordenamento jurídico da sua metrópole. Mas como variados institutos do Direito português apresentaram um respeito aos precedentes judiciais como uma qualidade do sistema jurídico daquela época, o Brasil já havia tido um certo contato com a figura dos precedentes há séculos. (THAMAY, *et al.*, 2021).

Claramente, a busca pelo entendimento dos precedentes judiciais ultrapassa os limites do processo e diz respeito, especialmente ao direito comparado e à teoria geral do direito, e o principal destaque aqueles países que se sujeitam ao sistema jurídico da tradição da *common law* (LIPPMANN, 2021).

É indiscutível que sempre houve na sociedade brasileira, devido a influência do positivismo jurídico, a afirmação de que somente a lei é considerada uma fonte do Direito e com isso, surge o sistema *civil law*, no qual a aplicabilidade do Direito está essencialmente firmada no direito positivado, escrito, conforme tratado anteriormente (THAMAY, *et al.*, 2021).

Atualmente, considera-se como um dos principais problemas presentes no Judiciário Brasileiro são o excesso de ações e de recursos que se fazem presentes cotidianamente nos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância, e até mesmo nas Cortes Superiores. Há inúmeros efeitos que são causados por esse problema, como a lentidão na entrega de prestação jurisdicional, e com isso há uma consequente ineficiência da defesa jurídica exercida pelo Estado. Além de, obviamente, o aglomerado de litigiosidade ser uma das principais causas desse problema, tem-se também a omissão de respeito aos precedentes judiciais por parte das autoridades judiciais e dos próprios ministros da Corte Superior (KREBS, 2015).

Evidencia-se com a chegada do “novo” Código de Processo Civil em 2015, que há uma estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, instrumento esse que proporciona aos julgadores, no momento de fundamentação das decisões, a aplicação de decisões proferidas anteriormente aos casos semelhantes, com o intuito de haver uma previsibilidade e estabilidade do Direito (THAMAY, *et al.*, 2021).

O Código de Processo Civil de 2015, demonstra uma ênfase ao direito jurisprudencial e é a partir de uma visualização mais ampla de seu texto normativo, que se compreende facilmente esse sistema em todas as fases processuais, de acordo com o procedimento comum. Assim,

A força que as decisões passadas podem vir a exercer sobre os casos a serem julgados mostra-se monumental desde a confecção da petição inicial. A assertiva fica evidente pela leitura do art. 311, especificamente em seu inciso II, pois este possibilita a concessão de tutela de evidência²³³ se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (VIANA E NUNES, 2017, p. 261).

Dessa forma, o Código, ora bem analisado, apresenta prestígio ao direito jurisprudencial, mas é importante destacar que o aspecto normativo direcionado a tal direito é o que representa o chamado sistema de precedentes judiciais (VIANA E NUNES, 2017).

3. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente é importante salientar a igualdade que o ser humano possui, e a necessidade de seus direitos serem resguardados. Com o decorrer dos anos, os indivíduos sempre possuíram necessidades básicas a serem sanadas e resguardadas, e para isso foi implementado os direitos fundamentais, que como o próprio nome diz, são fundamentais para a subsistência humana.

Essa decisão expressa no Art. 5º da Constituição de 88, por vida, liberdade, segurança, saúde etc., vem de um contexto histórico, marcado por dificuldades e lutas. Baseando-se na revolução americana e especialmente na revolução francesa, em que os ideais eram Liberdade, Igualdade e Fraternidade, e com isso foram sendo construídos fundamentos para chegarmos no que estamos hoje, 79 incisos de essenciais direitos para a vida.

Entretanto, é importante salientar que “os direitos dos homens se distinguem de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direito universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos.

A universalidade da titularidade consiste nisto, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens. A determinação do círculo dos titulares causa vários problemas, dos quais dois devem aqui interessar: o primeiro resulta do emprego do conceito de homem; o segundo problema nasce disto, que então, quando se considera o conceito biológico do homem, somente homens como indivíduos podem ser titulares de direitos do homem(ALEXY,1999).

O que concerne ao conceito de direito do homem, assim, não causa problemas, de um direito do homem do particular falar depois que seu grupo, sua comunidade ou seu Estado é protegido na existência, na identidade ou no desenvolvimento. O titular de tais direitos, que têm a integração do particular em sua comunidade como objeto e fundamento, permanece o homem particular. Trata-se, em tais direitos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da

personalidade na dimensão da comunidade. As coisas, porém, modificam-se quando, como titulares desses direitos, aparecem o grupo, a comunidade ou o Estado. (ALEXY,1999)

Uma das qualidades essenciais para os direitos do homem é que eles são direitos morais. O conceito de direito moral é ambíguo. Aqui ele deve ser empregado como conceito contrário para o conceito de direito jurídico-positivo.

À universalidade da estrutura dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos, cabe, com isso, uma universalidade de validade que é definida por sua fundamentabilidade perante cada um que aceita uma fundamentação racional.

Guerra civil entra em questão, como instância de concretização, somente o Estado. O direito moral à vida implica, portanto, um direito moral à proteção por direito positivo estatal. Nesse sentido, existe um direito ao Estado, mais sucintamente, um direito moral ao direito positivo (ALEXY, 1999).

Baseando-se ainda em contextos históricos, vale ressaltar que para os “direitos fundamentais” serem estabelecidos da forma em que são hoje, foi necessário todo um desenvolvimento, primeiramente surge uma peça importantíssima para todo esse processo, o conhecido “CÓDIGO DE HAMURABI”, que tinha como objetivo, defender direitos de propriedade, o direito à vida, além da dignidade, da família, honra e supremacia das leis para com os governantes. Com isso o sistema democrático e a organização religiosa contribuíram veementemente para inserir legalmente esse sistema.

Mais tarde com a integração da religião e com os ideais franceses (igualdade, liberdade e fraternidade), originou-se à Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada na capital francesa em 10/12/1948. Representando então a primeira tentativa da humanidade em estabelecer parâmetros humanitários válidos universalmente para todos os homens, independentes de raça, sexo, poder, língua, crença etc (SILVA, 2006).

Entretanto, baseando-se nos direitos humanos, a Constituição Federal de 88 estabeleceu a participação dos cidadãos e a supervisão em relação aos Direitos Humanos, não delegando apenas ao Estado a proteção e aplicação desses direitos.

Desse modo, Os Direitos Fundamentais, possuem algumas características marcantes. Dentre elas destacam-se:

- a- Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais;
- b- Imprescritibilidade: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes;
- c- Irrenunciabilidade: os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma;
- d- Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;
- e- Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política;
- f- Concorrência: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo;

g- Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos;

h- Interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos;

i- Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta (SILVA, 2006).

É de suma importância ressaltar as gerações pelas quais os direitos fundamentais passaram: Os direitos da primeira geração foram inspirados nos ideais iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. São eles os Direitos da Liberdade religiosa, política, civil clássica como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal, a liberdade de expressão, liberdade de gênero e etc (SILVA, 2006).

Segunda geração, são representados pelos direitos de Igualdade, neles estão à proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, cultura etc.

Terceira geração foi desenvolvida no século XX, ela é relacionada ao Direito a Fraternidade, no qual está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso etc. Essa geração é marcada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois abrangem uma coletividade.

Quarta geração que surgiu dentro da última década, por conta do grande desenvolvimento tecnológico, eles seriam os Direitos da Responsabilidade, tais como a promoção e manutenção da paz, à democracia, à informação, à autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética, direitos difusos, ao direito ao pluralismo etc. (SILVA,2006).

Diante disso, chega-se a conclusão que:

“o que se observa, entretanto, é uma grande mudança nos sistemas jurídicos na segunda metade do século XX, com a revolução dos direitos humanos. [...] diversos países vêm adotar constituições democráticas com catálogos de Direitos fundamentais – como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988 – ou incorporar documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de pilar nas estruturas jurídicas do sistema de civil law para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel da jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição a priori desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto.” (BARBOZA, 2014, p. 116)

Ademais, é necessária uma análise acerca de se os precedentes judiciais podem operar como efetivação dos direitos fundamentais elencados em nosso ordenamento jurídico.

4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base no que foi discorrido no presente artigo sobre precedentes judiciais e direitos fundamentais, nos cabe agora entender como ambos funcionam em uma relação. Antes de qualquer discussão temos que compreender o significado da palavra efetivação, para assim estarmos cientes do que será abordado neste tópico. Efetivação nada mais é do que a concretização, a confirmação e execução de algo que foi trazido anteriormente a discussão.

Com a chegada dos precedentes judiciais no código de processo civil no ano de 2015, passou-se a entender que os precedentes judiciais possuem um papel fundamental dentro do Direito, pois ele utiliza-se da força jurisdicional do magistrado para fazer cumprir obrigações estatais em um momento que esses direitos estão sendo violados ou suspensos (THAMAY, *et al.*, 2021).

É importante ainda compreendermos que os precedentes judiciais possuem duas funções que são utilizados como base da sua existência, seriam elas: proteger o indivíduo em face de eventuais abusos ou arbitrariedades do Estado, legitimando, pois, somente as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento e, em um segundo momento, também servindo como instrumento norteador da atividade jurisdicional. (THAMAY, *et al.*, 2021).

Sobre os Direitos Fundamentais cabe salientar que os direitos e garantias fundamentais são direitos constitucionais na medida em que são inseridos no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. (MORAES, Alexandre, 2022)

Sob a ótica da eficácia vertical (Estado-indivíduo), os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho:

“a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes, 1993, p. 541)

Sobre os Direitos Fundamentais é de entendimento universal que apesar da vasta luta travada nos últimos anos, ainda podemos encontrar violações ocorrendo em esquinas ou quaisquer lugares que formos.

Com relação a isso podemos citar o direito à liberdade, um direito que possuiu bastante destaque no Brasil a partir da abolição da escravidão com a Lei Áurea em 1888. Mas devido a escravidão velada ainda existente no Brasil, atualmente a liberdade de diversas pessoas não são compradas como mercadorias como na época da escravidão, mas sim aliciadas, geralmente as vítimas desses

atos são pessoas analfabetas e com baixa educação formal, pouca noção de direitos humanos ou trabalhistas, além de perspectivas sociais limitadas, e, muitas vezes, imigrantes em situação irregular em determinado país. (IGNACIO, Julia, 2020)

Segundo dados da ONU, atualmente existem mais de 40 milhões de vítimas da escravidão moderna, essa escravidão pode se dar em ambiente urbano, atividades terciárias como construção civil e indústria têxtil, e em ambiente rural que abrange pecuária, agricultura, carvoarias e madeiras. (ONU, 2018)

Ainda neste ano dentro do Brasil foi descoberto o caso mais antigo de exploração, com base nas informações colhidas pela imprensa a vítima dessa exploração era uma senhora que passou 72 anos em uma situação análoga à escravidão, neste caso em específico a senhora não casou, não teve filhos e perdeu completamente o contato com seus familiares, é completamente correto afirmar que a vida dessa senhora foi retirada. (NOVO, *et al.*, 2022)

Situações como a que trouxemos acima tem sido cada vez mais encontradas e infelizmente a maioria das pessoas que nela se encontram não possuem a ciência que ela tem um direito fundamental defendido por lei que é sua liberdade.

Se atentando ao mundo jurídico podemos observar a violação de alguns direitos fundamentais defendidos por lei, se estudarmos minuciosamente decisões judiciais podemos constatar violações como arbitrariedade por parte do juiz e com isso a existência de julgamentos injustos, esses fatos infelizmente ocorrem de forma costumeira, um exemplo desta afirmação é o EUA. (IGNACIO, Julia, 2020).

Nos EUA 75% das anulações de sentenças na Justiça Penal ocorrem por conta de erros de identificação de suspeitos e os problemas não envolvem apenas fotografias, mas também a exibição dos suspeitos em um quarto de observação geralmente separado por um vidro, demonstrando que usar tais técnicas pode dar margem a erros graves. (BALIARDO, Rafael, 2011).

Tendo em vista o que observamos acima, os precedentes possuem um objetivo muito claro em relação aos Direitos fundamentais, o seu papel é a estabilização do próprio direito, trazendo uma maior certeza e segurança jurídica às decisões judiciais, fazendo assim com que sejam respeitados todos os direitos fundamentais defendidos na Constituição Federal. (THAMAY, *et al.*, 2021).

5. ADPF 132 E ADI 4277: OU DE COMO OS PRECEDENTES JUDICIAIS GARANTEM DIREITOS

A discussão sobre os precedentes judiciais serem ferramentas da efetivação dos direitos fundamentais, levanta a possibilidade de se discutir diversos casos célebres julgados pelas cortes superiores. Um desses precedentes é o que possibilitou o reconhecimento da união homoafetiva, e que possibilitou uma mutação constitucional do entendimento do termo família.

A importante decisão do Supremo tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, abrem caminho para discutirmos “a vocação de nosso tempo para a jurisdição” e de como ela deve estar em concordância com os preceitos constitucionais (PICARDI, Nicola, 2004).

Em outubro de 2011, o Supremo Tribunal Federal, julgou conjuntamente as citadas ações, utilizando-se da interpretação do texto constitucional para afastar o texto original do art. 1.723 do Código Civil, para uma leitura de acordo com a constituição. Tornando-se uma das decisões mais relevantes do supremo na última década. O ministro Celso de Melo (BRASIL, 2011), afirmou em seu voto que:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns. Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão do mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

Durante o ano de 2008, foi apresentada a citada ADPF pelo então governador do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, que naquela data reclamou que a união estável reconhecida pelo estado fosse estendida aos funcionários públicos do Estado (GUIMARÃES, CARVALHO, 2017).

No inteiro teor da Arguição, estava fundamentado que a recusa do reconhecimento de união estável (omissão) violava os direitos fundamentais presentes na constituição, como por exemplo, o direito à liberdade e a isonomia, além de desrespeitar a segurança jurídica e a liberdade (BRASIL, 2011).

Já em 2011, a Procuradoria Geral da União, entrou com o pedido junto ao STF de releitura do artigo 1.723, de acordo com a constituição de 1988, visto que não há diferenças entre pessoas na carta magna vigente. Obviamente, este julgado da suprema corte, mobilizou a sociedade.

Algumas entidades como por exemplo o Partido Socialista do Brasil (PC do B), Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais (ABGLT), como também a Advocacia Geral da União (AGU), manifestaram-se pela procedência do pedido. Contra o pedido, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), juntamente com igrejas e personalidades conservadoras (GUIMARÃES, CARVALHO, 2017).

O relator do caso, o saudoso Ministro Carlos Ayres, argumentou se utilizando de Kelsen, que o que “não está juridicamente proibido ou obrigado, é permitido juridicamente. Também entendeu ser os direitos sexuais basilares da Constituição, sendo que não deveria haver diferenças entre as diversas orientações sexuais (STRECK, 2014).

Na data, a sustentação do então Procurador geral do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso foi muito elogiada. O relevante pesquisador de direito constitucional, teve naquela data a

oportunidade de abrir caminho para sua chegada a suprema corte dois anos depois do julgamento da ADPF 132.

Obviamente, a decisão recebeu críticas ferrenhas. Como do conhecido constitucionalista Lenio Streck, que define a decisão como ativismo judicial. Para ele, juristas progressistas erram ao usar o judiciário para realizarem muitas vezes sua vontade sem respeitar o legislativo e o texto constitucional (STRECK,2014).

Sem embargo, discorda-se do prestigiado professor, e no sentido contrário em concordata com a decisão do excelso pretório, visto que este deve muitas vezes ter caráter contra majoritário e estar em defesa dos esquecidos pelas discussões. Junior (2019, p. 53), nos lembra que:

O desempenho dessa decisiva tarefa por parte do Tribunal não tem o condão de interferir negativamente nas ocupações do legislador democrático. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão postas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, desde os princípios da República (MENDES, 2018).

Esta decisão tem característica veiculam-te, tendo de ser respeitada por todos os órgãos do judiciário em todo o país. Para além da conquista, necessitamos discorrer acerca dos antecedentes jurídicos e sociais que levaram a memorável decisão. Os direitos da comunidade LGBTQIAP+ tem sido negado no estado social e pelos operadores do direito.

Desta forma, quando a constituição de 1988, em seu terceiro artigo discorre sobre a igualdade do indivíduo, e sobre sua liberdade para se identificar da forma que lhe parecer adequada, abre precedentes para discutir a união homoafetiva e a adoção de crianças por esta parcela da população.

A ideia de família tanto na carta magna como no Código civil, só existe por causa do princípio da afetividade, que discorre sobre a proteção institucional sobre grupos familiares que são unidos por causa do afeto entre aqueles indivíduos (JÚNIOR, BENIGNO, p.588). O significado deste princípio em sua forma contemporânea, afasta o entendimento contrário que afirmar que as relações homoafetivas não podem ser reconhecidas por não procriarem.

Porém este estigma vem mudando visto que a família contemporânea pode dispensar a procriação, mas não pode dispensar o carinho e o respeito (JÚNIOR, BENIGNO p.591). Com o novo entendimento do STF, o casamento não é apenas a união de um homem e uma mulher, mas uma união afetiva, onde dois indivíduos decidem compartilhar a vida.

Por isso, através da ideia de afetividade, podemos ter um tratamento igualitário entre qualquer tipo união amoroso, visto que o princípio da igualdade preza pelo respeito a todos sem discriminação. Até o precedente judicial da ADPF 132 estava o sistema judicial brasileiro negando as mudanças sociais, e as conquistas da comunidade LGBTQIAP+.

Após a mudança de paradigmas que está decisão oportunizou, a citada comunidade tem o direito ao casamento como amparado pelo direito pátrio, e esta mudança tem sortido efeito. No estado de Goiás, uma transexual teve seu direito a dignidade amparada pela lei Maria da Penha (BRASIL,

2011). Ou mesmo, quando o Tribunal de Justiça de São Paulo, teve que converter uma união estável em casamento (LOTTI,2012).

O case estudado sem sobra de dúvidas é uma grande conquista, entretanto ainda há muito a ser lutado. O preconceito contra as famílias homoafetivas é enorme. (SILVA, 2015, p.10), nos lembra que:

A família homoafetiva, portanto, demanda tanta tutela quanto qualquer outro modelo familiar, e, no entanto, ainda sofre na obscuridade e é vista como um tabu, o que se verifica não só pela questão da homofobia, mas pela própria questão legislativa não inclusiva, levando-se em conta não só a questão da homossexualidade em si, como ainda o é a própria união estável, apesar de todos os avanços legislativos.

Porém, a sociedade vem mudando juntamente com o direito. Sendo assim, espera-se que as decisões evoluam positivamente para defender e dar direitos as minorias marginalizadas além de garantir as devidas condições para tais anseios.

CONCLUSÃO

Após a análise feita por este trabalho, é necessário fazer algumas ponderações acerca do papel dos precedentes judiciais em nosso sistema jurídico. Em primeiro lugar, o sistema de precedentes judiciais vem ganhando força na sistemática do processualismo civil. As decisões judiciais que constroem um julgado que serve de modelo para as decisões futuras, tem promovido celeridade judicial e a facilitação de afastar lides desnecessárias.

Ao passo que os precedentes judiciais tem contribuído para a efetivação dos direitos fundamentais visto que através das decisões e mudanças jurisprudenciais, a suprema corte tem levado adiante a necessidade de constranger a sociedade aos ditames constitucionais e sociais.

O case estudado nesse artigo, versa sobre a união homoafetiva, que acabou por obstruir toda a opinião pública acerca da mudança de paradigma social e textual. Desta forma, o precedente judicial foi julgado nos idos de 2011. A Suprema Corte entendeu que era necessário reconhecer e realizar uma mutação nos textos que vertiam acerca de uniões afetivas na Constituição e no Código civil. Visto que todos são iguais perante a lei, e devem ter todos os direitos afetivos reconhecidos e demonstrado na comunidade.

Ao esquadriharmos as opiniões contrárias e a favor, entendemos durante o estudo que a mudança de paradigma neste case pontual, nos leva a entender que é papel do judiciário defender e julgar para construir uma cultura de efetivação dos direitos fundamentais.

Compreende-se a complexidade das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, e o perigo do ativismo judicial por parte dos Ministros da corte. Mas é importante pensar o direito através do paradigma constitucional democrático, muitas vezes esquecida pelo executivo e pelas votações do legislativo.

Ao fim, é necessário continuar estudando e promover o debate do precedente judicial, sendo que este se coloca como um dos novos modelos de sistematização da constitucionalização do processo civil. A problemática é extensa e danosa, mas é uma intersecção relevante entre os estudos constitucionais e o papel democrático do processualismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ABILIO, A. G. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, POLÍTICAS DE AFIRMAÇÃO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBT. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 2, n. 2, p. 77-99, 31 jul. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/414/387>. Acesso em 16 mar 2023.

ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 55–66, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47413. Disponível em: <https://hml-bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV** [online]. 2013, v. 9, n. 1 [Acessado 5 Setembro 2022] , pp. 65-92. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>>. Epub 18 Out 2013. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>.

BALIARDO, Rafael. EUA reavaliam método de reconhecimento de suspeitos. **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-30/evitar-erro-eua-reavaliam-metodo-reconhecimento-suspeitos>. Acesso em: 24/09/2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica**). São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. 9788502214682. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502214682/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator (a): Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio. 2011, Dje 14.10.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, Autos 201103873908, 1ª Vara Criminal, Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães, j. 23/09/2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

COSTA, Angelo Brandelli e NARDI, Henrique Caetano. O casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo. **Revista Estudos Feministas** [online]. 2015, v. 23, n. 01 [Acessado 1 setembro 2022], pp. 137-150. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n1p/137>>. ISSN 0104-026X. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n1p/137>.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Tradução por CARVALHO, Hermínio A. 2ª ed. Lisboa: Editora Meridiano Ltda, 1978.

GUIMARÃES, Rafael Siqueira de. CARVALHO, Ciro Antonio das Mercês. Julgamento da ADPF no 132: Análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 216, p. 207-229, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536856>. Acesso em 04 de set. De 2022.

IGNACIO, Julia. Violações de direitos humanos no mundo: qual o panorama?. **Politize!**, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 24/09/2022.

JÚNIOR, Dempsey Pereira Ramos; BENIGNO, Eric Pires. CASAMENTO HOMOAFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO: TENDÊNCIAS SEGUNDO UMA VISÃO HISTÓRICA, ECONÔMICA E ANTROPOLÓGICA. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 13, n. 2, p. 581-609, jul./dez. 2013 - ISSN 1677-64402

JUNIOR, Sérgio Elemar Leonhardt . O Supremo Tribunal Federal e as minorias: uma análise das decisões em demandas relativas à não discriminação e realização do direito de igualdade. Dissertação de Mestrado. **Universidade de Santa Cruz do Sul**, Santa Cruz do Sul, 2019.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz et al. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

LIPPMANN, Rafael Knorr. **Precedente judicial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio

Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Acesso em: 04 set. 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/455/edicao-2/precedente-judicial>

LOTTI, Paulo – Tribunal de Justiça de São Paulo – Conselho Superior da Magistratura, Recurso n. 0034412-55.2011.8.26.0071. Para a íntegra da sustentação oral por ele realizada, vide: Acesso em: 02 set. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 24 set. 2022.

NOVO, Daniella; GRAELL, Fernanda; SILVESTRINI, Luiza; VINCAX, Marcus. Idosa é resgatada no Rio após 72 anos em situação análoga à escravidão; é caso mais antigo de exploração no Brasil. **G1**, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/05/13/idosa-e-resgatada-no-rio-apos-72-anos-em-situacao-analoga-a-escravidao.ghtml>. Acesso em: 24/09/2022

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/12/1696261>. Acesso em: 24/09/2022

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. 9786555598469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 30 ago. 2022

VIANA, Antônio Aurélio de S.; NUNES, Dierle. **Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. 9788530978112. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978112/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

SILVA, Flavia Martins André; **Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista)**. 2006; disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=lang_pt&id=x35yEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP7&dq=direitos+fundamentais+constitui%C3%A7%C3%A3o&ots=PHL_x6elfx&sig=7vulzvsHKtzdVEBJG8ewTXz3fbw&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10/11/2022

SILVA, Giana de Marco Vianna da; CATALAN, Marcos Jorge. O registro de biparentalidade homoafetiva: um estudo de caso. **Revista Síntese Direito de Família**, n. 92, out./nov. 2015. p. 10.

STRECK, Lenio. Luis. O caso da ADPF 132: defender o texto da constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)? **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 280–304, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24685>. Acesso em: 1 set. 2022.