



João Pedro Vasconcelos Montemor Fernandes

**A FASE PÓS-DECISIONAL NA ADI Nº 4.277:
análise do diálogo interinstitucional e transformação
do Direito pelo caso das uniões homoafetivas**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação da
professora doutora
Evorah Lusci Costa
Cardoso.**

**SÃO PAULO
2016**

Resumo: O intuito desta obra é, ao mesmo tempo em que se estuda o papel político e jurídico do Supremo Tribunal Federal na criação do Direito, fugir de uma investigação que, como usualmente ocorre, comece e termine constrangida numa análise interna desta Corte. Selecionei como objeto de estudo, o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 de 2011, onde o Supremo confere às uniões estáveis homoafetivas a qualidade de entidade familiar e direitos outrora restritos às uniões entre pessoas de sexo diferente. Mais especificamente, foquei meu objetivo nas consequências práticas do mesmo caso sobre o Estado de São Paulo, pesquisando qual foi a relação entre a decisão emanada do STF e a legalização do casamento homoafetivo, assim como a relação entre a atuação do Supremo e de outros atores relevantes no caso, expondo qual teria sido o diálogo interinstitucional presente. Para isso, usei o método empírico, comparando a frequência mensal de casamentos homoafetivos celebrados após a decisão do STF com aquela de seus respectivos pares de heteroafetivos e com atos institucionais emanados de entidades que teriam influenciado direta ou indiretamente a consolidação do casamento homoafetivo. Estas entidades são: o Conselho Superior da Magistratura, a Corregedoria Geral da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça. Constata-se a inter-relação entre todos esses entes (inclusive o próprio STF) e percebe-se, ao final da pesquisa, o papel da nossa Corte Constitucional na transformação do Direito e no debate em fase pós-decisional ao decidir de maneira “incompleta”, ou seja, deixando margem para que se discuta fora dos muros da Corte questões de grande interesse político e social conexas com o caso julgado. Também ficou evidenciado o papel de todas as outras instituições citadas, o Ministério Público, os cartórios e a própria população, cuja participação propiciou a consolidação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo: entre estes papéis, às Cortes Superiores coube fortalecer a hermenêutica favorável àquele direito enquanto que, em São Paulo, o Judiciário julgava, a população demandava e os opositores questionavam, gerando lides a serem resolvidas.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; diálogo interinstitucional; casamento homoafetivo; Estado de São Paulo; fase pós-decisional.

Lista de abreviaturas e siglas:

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ARPEN-SP	Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo
CGJ	Corregedoria Geral da Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CSM	Conselho Superior da Magistratura
Des.	Desembargador
DF	Distrito Federal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Resp.	Recurso Especial
RC	Registro Civil
Rel.	Relator
RS	Rio Grande do Sul
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	4
2. METODOLOGIA.....	12
2.1. DADOS COLETADOS	12
2.1.1. Decisões em São Paulo	12
2.1.2. Casamentos	14
2.1.3. Outros documentos relevantes	15
2.2. ANÁLISE DOS DADOS	16
2.3. CONCLUSÃO.....	16
3. DESENVOLVIMENTO.....	18
3.1. CASAMENTOS.....	18
3.1.1. Números e gráfico	18
3.1.2. Análise dos números e gráfico	18
3.2. ATOS INSTITUCIONAIS	22
3.2.1. Conselho Superior da Magistratura.....	22
a. Dados coletados.....	22
b. Análise dos dados.....	25
3.2.2. STJ, CGJ e CNJ	28
4. CONCLUSÕES	31
5. REFERÊNCIAS	35
6. ANEXOS.....	39

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem visto com muita frequência o Supremo Tribunal Federal roubando a cena em jornais e revistas. Trata-se do fato de que sua atuação frequente e decisiva supera a ideia do Judiciário como mera “boca da lei”, visão tradicional e cada vez mais obsoleta deste Poder. Tal comportamento inclui, por exemplo, a produção de decisões com cunho político que transformam a lei e influenciam de várias maneiras a vida de cidadãos e cidadãs brasileiros. Por isso, o STF vira constantemente o centro das atenções.

Na via mais destacada pela qual o STF é capaz de mudar a lei, temos o controle de constitucionalidade concentrado¹, o qual pode ser exercido, dentre vários meios, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo regramento é estabelecido pela Lei nº 9.868/99 e previsto na alínea *a*), inciso *I* do artigo 102 da Constituição Federal². A mesma permite que o STF anule normas editadas, por exemplo, pelo Congresso Nacional.

Porém, existem meios de se extirpar a inconstitucionalidade de uma norma sem que seja necessário apagá-la do ordenamento jurídico. Por exemplo, a técnica da interpretação conforme a Constituição. A mesma consiste em vedar, no lugar da própria norma, apenas sua interpretação que esteja em conflito com a Constituição Federal. Ou seja, quando uma norma apresenta duas ou mais vias a que se possa compreendê-la e uma ou algumas delas for inconstitucional, apenas se impede de observar a

¹ No Brasil, adotamos o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, coexistem as espécies difusa e concentrada. O controle difuso se dá caso a caso, quando o julgador afasta aplicação da lei no caso concreto devido à inconstitucionalidade dos seus efeitos neste mesmo caso. Daí se contrapõe o controle concentrado. Alexandre de Moraes explica: “por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.” Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 720.

² Constituição Federal/1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”.

referida norma por estes pontos de vista ofensivos à Constituição. Logo, sem retirar o próprio dispositivo legal do sistema jurídico.

Por outro lado, a interpretação constitucional não se restringe ao próprio STF. Além do controle difuso de constitucionalidade exercido pelos magistrados de todo o país, qualquer pessoa que exerce seus direitos e cumpre seus deveres participa da máquina jurídica e sua dinamicidade. Portanto, apesar do papel de destaque do Supremo, a Constituição não está fechada em suas mãos, sendo cada vez mais comum a ideia de que a interpretação e aplicação da Carta Magna deveria estar ao alcance de todos.

O CASO

Em 5 de maio de 2011, o STF decidiu procedente a ADI nº 4.277³ por meio do método de interpretação conforme. O caso demandava o controle do artigo 1.723 do atual Código Civil cuja redação é a seguinte: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O motivo da proposição da ADI foi o fato de que juízes e outros agentes públicos não estavam concedendo às uniões estáveis de fato entre pessoas do mesmo sexo, os direitos correspondentes àquelas uniões de caráter heteroaferivo, principalmente no que concerne a questões previdenciárias e análogas, pois, segundo aqueles agentes públicos, a união estável homoafetiva não seria uma entidade familiar, pois não constaria no referido artigo do Código Civil.

O STF decidiu declarando que as uniões estáveis homoafetivas também são entidades familiares que devem ter os mesmos direitos que seus correspondentes heteroaferivos.

Pelo dispositivo da decisão, formado por ementa e acórdão, não fica claro se os casais homoafetivos também teriam direito ao casamento ou à conversão da união estável em casamento. Surgiu um dilema jurídico entre

³ STF: ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

aqueles que acreditavam que a decisão do STF teria tornado legal o casamento homoafetivo e aqueles que contestavam tal tese.

Possíveis evidências do conflito se mostram pelo fato de que, logo após a decisão, muitos registros civis (ou seja, cartórios) não aceitavam o casamento homoafetivo sem respaldo judicial. Segundo matéria de 22 de maio de 2011 da Folha de São Paulo, entre os 58 registros civis da cidade de São Paulo “só 3 aceitam receber o pedido de conversão em casamento e dizem que ela é possível: os de Cerqueira César (região central), Tatuapé e Itaquera (ambos na zona leste). Os outros 55 ou disseram que não receberiam o pedido ou que teriam de consultar a Justiça sobre o que fazer. Os cartórios ouvidos apresentaram diversas justificativas para recusar o pedido: da falta de regulamentação da Corregedoria do Tribunal de Justiça à precaução com os efeitos da decisão do STF”.⁴

No Estado de São Paulo, o conflito apenas foi oficialmente pacificado com a entrada em vigor do Provimento nº 41/12 da Corregedoria Geral da Justiça, em 1º de maio de 2013, que alterou as disposições das Normas de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça⁵, seguida pela vigência, no dia 14 de maio do mesmo ano, da Resolução nº 175/13 do Conselho Nacional de Justiça⁶ que teve o mesmo sentido daquele provimento.

ENQUADRAMENTO TEÓRICO

Segundo Conrado Hubner Mendes, o processo decisório realizado por cortes constitucionais costuma passar por três fases: pré-decisional, decisional e pós-decisional. A primeira inicia-se com a propositura de uma ação perante, por exemplo, o STF e termina no último momento onde

⁴ Conversão de união homossexual ainda é polêmica, *Folha de S. Paulo*, 21 mai. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2105201133.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁵ O Provimento adicionou nova subseção, nomeada “Do Casamento ou Conversão da União Estável em Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo”, às referidas normas e foi composta por um dispositivo: “88. Aplicar-se-á ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção.” Disponível em: http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=17387. Acesso em: 08 nov. 2016.

⁶ Cf. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, Diário da Justiça eletrônico, Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça, ed. nº 89/2013, p. 2, 15 mai. 2013.

legitimados a prestar informações à Corte o façam. Logo, é uma fase onde os ministros recebem informações, dados e argumentos das partes no processo e da sociedade como um todo. Podem, os meios desta recepção, ser formais ou informais (por atos processuais, por manifestações populares, etc.). Basta que indaguem sobre pontos relevantes da discussão levantada.

A segunda fase do processo decisório se inicia na deliberação interna da Corte sobre o caso e termina quando se decide o mesmo. Por fim, a terceira etapa (pós-decisional) parte da edição do documento que apresenta a decisão do Tribunal Constitucional e continua existindo em todas as consequências, debates e mudanças causadas pela decisão da Corte.⁷

Conrado Hübner Mendes também disserta sobre outro tema relevante à presente pesquisa: o diálogo interinstitucional.⁸ Sua obra foca no valor do diálogo entre Congresso e Corte Constitucional e na separação de poderes, sendo aqui adotada a mesma premissa de que realmente existe relação dialógica entre diversos atores políticos duma sociedade.

Entendo o diálogo entre instituições como a relação existente entre as atitudes das mesmas, as quais influenciam umas às outras, de maneira que um agente leva em consideração o papel e poder do outro para então agir e “dialogar com ele” e vice versa. Porém, adotando as palavras de Mendes:

[Esta relação dialógica] “Não reproduz, à perfeição, o que costumamos pensar como diálogo. Requer alguma abstração para sustentar que as interações entre as instituições são dessa natureza. [...] Não se deve cobrar dessas teorias [do diálogo] a demonstração de que as instituições estão conversando amistosa e pacificamente umas com as outras, mas ao menos uma abordagem original.”⁹

⁷ MENDES, Conrado Hübner. *O Projeto de Uma Corte Deliberativa*. In: GORZONI, Paula; PINTO, Henrique Motta; de SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 53-74.

⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁹ *Ibid*, p. 97.

Ao mesmo tempo, o diálogo, nesta monografia, não envolve a típica relação entre Parlamento e Corte, mas sim o diálogo dentro do próprio Judiciário e entre o mesmo, a Administração Pública, o Ministério Público e a sociedade. Ou seja, a monografia adapta o diálogo interinstitucional para outro contexto, mas entende que isso não muda a natureza dialógica presente nas relações entre diferentes instituições. Entre as teorias do diálogo, há dois denominadores comuns, segundo Mendes:

“a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual deve ser exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial.”¹⁰

O primeiro denominador comum citado seria aqui adaptado para envolver o entendimento de que a interpretação da constituição não é monopólio do STF, devendo ser exercida também por demais agentes do Judiciário e pelos outros poderes.

Encaixando esse aporte teórico ao caso da ADI 4.277, pode-se dizer que a decisão do STF sobre as uniões homoafetivas e as subsequentes discussões a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo se encaixam na fase pós-decisional como descrita acima. Ao mesmo tempo, as deliberações e a recepção da decisão do STF pelos cartórios, juízes, Ministério Público e sociedade civil compõem um diálogo entre a referida Corte e os demais grupos citados.

OBJETIVO

Meu objetivo é descobrir qual teria sido a relação entre a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a consolidação do direito ao casamento homoafetivo em São Paulo e entender a essência do diálogo entre o STF e os demais atores relevantes assim como os efeitos desta ADI naquele Estado durante a fase pós-decisional. Tais atores relevantes serão, como se demonstra ao longo da monografia, a Corregedoria Geral da

¹⁰ *Ibid*, pp. 98, 99.

Justiça, o Conselho Superior da Magistratura, os cartórios, o Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça e a sociedade.

Delimitei a pesquisa à Unidade Federativa de São Paulo por uma razão prática: o tempo e recursos não seriam suficientes para fazer uma pesquisa em âmbito nacional. Mas de qualquer maneira, os Tribunais de Justiça Estaduais são responsáveis individualmente sobre o tratamento da matéria em cada jurisdição, então o diálogo dos mesmos com a decisão do STF é praticamente independente um do outro. Esta monografia também se restringe a analisar fatos que se referem ao período de 2011 a 2014 devido ao fato de que os documentos encontrados não iam além disso.

Adoto aqui um conceito de direito em “direito ao matrimônio para casais do mesmo sexo” que não exista apenas em tese ou por suposição de sua validade, mas que seja conhecido e reconhecido pela sociedade e, principalmente, pelos interessados e autoridades competentes. Ou seja, é preciso que o direito seja consolidado para que ele exista.

Minha hipótese é a de que a relação entre a decisão do STF e a consolidação do direito ao casamento homoafetivo se deu no sentido de que o dispositivo da primeira criou uma *ratio decidendi*¹¹ vinculante às autoridades para a questão do casamento homoafetivo que aproximava mais o sistema jurídico à validação desta espécie de matrimônio. Ou seja, a “razão de decidir” que determina que a união estável homoafetiva também é entidade familiar correspondente em direitos e deveres à união heteroafetiva, passou de apenas uma linha hermenêutica para se tornar obrigatório, incentivando o casamento homoafetivo.

Seguindo este raciocínio, o STF teria colocado no ordenamento jurídico uma discussão hermenêutica plausível entre dois posicionamentos sobre a questão do casamento homoafetivo que não era cogitada pela

¹¹ *Ratio decidendi*, ou razão de decidir, é o fundamento jurídico que sustenta determinada decisão (resposta a qualquer questão jurídica) e, portanto, determinada consequência jurídica, isto é, sanção ou norma.

sociedade e que passou a ser colocada em pauta, sendo resolvida paulatinamente.

Por outro lado, os próprios agentes relevantes estaduais teriam sido responsáveis pela consolidação do direito ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, respondendo ao movimento da Suprema Corte numa espécie de diálogo interinstitucional onde diversas partes teriam interagido.

Este tema foi escolhido devido a dois fatores: a discussão sobre quais seriam os efeitos sobre a sociedade, positivos ou negativos, da maneira como o STF decide é frequente, pois traz decisões que, apesar de responderem a certa questão jurídica, gera outras em seu lugar e não as soluciona. Alguns argumentam que o Supremo Tribunal Federal deve deixar de decidir em casos como o da ADI 4.277, uma vez que não seria legítimo nem capaz de redigir uma decisão que pudesse regradar todo o tema envolvido em debates tão complexos, limitando-se a uma resposta binária para a questão, por exemplo, das uniões homoafetivas: seriam ou não entidades familiares. Isto, dizem, poderia ser um impasse e um desperdício de oportunidade de todo o tema ser regrado por outra instituição, como o Parlamento.¹²

Outros dizem que as decisões do STF que deixam em aberto questões jurídicas são benéficas à sociedade, pois dão oportunidade e incentivo ao mesmo tempo, para que outras entidades da sociedade participem de um debate iniciado na Corte, permitindo que se democratize a interpretação constitucional.¹³

Em segundo lugar, a pesquisa empírica sobre a jurisdição constitucional costuma focar em um ou outro tribunal superior, enquanto que a jurisdição difusa das primeiras instâncias e a participação de outros agentes não costuma ser investigada. Uma monografia com este objetivo

¹² Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *La unión entre personas del mismo género: cuan importantes son los textos y las instituciones?*. Discusiones, v. 15, pp. 171-203, 2014.

¹³ Cf. VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França and CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. Revista direito GV. 2009, vol.5, n.1, p. 38.

está inserida em questões atuais dos debates acadêmicos sobre a jurisdição constitucional brasileira e sistema político, focando em inter-relações institucionais que ultrapassam a esfera do Poder Judiciário.

A conclusão da pesquisa se baseará em fatos investigados e desenvolvidos ao longo da monografia. Não haverá argumentos doutrinários, pois, como indicado, a mesma possui cunho empírico. Por isso, demonstrarei qual foi o método adotado para se coletar e analisar os dados no item 2.

No item 3, apresentarei os dados coletados, grupo por grupo, relacionando os mesmos e estabelecendo algumas constatações empíricas. Iniciarei apresentando os dados referentes à frequência de celebração de casamentos antes dos demais dados, pois ela estabelecerá um contexto objetivo sobre o direito ao casamento homoafetivo pelo qual posso investigar as demais informações e dados obtidos.

A conclusão é apresentada no item 4, onde, a partir dos dados e constatações até então apresentados, alcançarei o objetivo desta pesquisa: expor a relação entre a decisão do STF e o desenvolvimento do direito ao casamento homoafetivo no Estado de São Paulo, incluindo como elemento imprescindível a ação e reação dos agentes que mais influenciaram sobre o tema: Judiciário, Ministério Público, sociedade e cartórios. Proponho-me a categorizar os elementos relevantes sobre a questão de maneira a apresentar se haveria e como teria ocorrido o diálogo entre os agentes.

2. METODOLOGIA

Aqui o objetivo é analisar a recepção de uma decisão vinculante do STF no Estado de São Paulo, buscando entender como as autoridades competentes responderam ao surgimento daquela decisão e qual foi a trajetória pela qual o direito ao matrimônio homoafetivo passou entre a decisão e dezembro de 2013 em São Paulo.

2.1. DADOS COLETADOS

2.1.1. Decisões em São Paulo

O primeiro paço para se encontrar as respostas objetivadas é definir em quais fontes se poderiam encontrar informações úteis ou onde se encontrariam os momentos relevantes e que expressem a existência ou não do direito ao casamento homoafetivo. A primeira fonte que me veio à mente foram os julgamentos sobre as questões da conversão de união estável homoafetiva em casamento e do casamento direto entre pessoas do mesmo gênero.

Busquei, num primeiro momento, decisões judiciais sobre o tema, no banco de dados online do Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, seja em sentenças de primeira instância, seja entre decisões de segunda instância, nada foi encontrado. Portanto, não houve judicialização da demanda no Estado de São Paulo.

A descoberta anterior se mostrou capciosa, mas logo descobri que as situações de conflito sobre o casamento homoafetivo teriam outro meio mais eficaz para serem respondidas. Trata-se do fato de que a discussão sobre a possibilidade do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo surgia nos cartórios de registro civil das pessoas naturais durante o processo de habilitação para casamento e seria respondida pela via administrativa, não judicial.

Procurei entender qual seria este processo administrativo e quem teria competência em julgar o caso para que pudesse buscar as respectivas decisões. Descobri que durante o processo de habilitação para casamento,

existiam dois momentos processuais em que se podia colocar em juízo a capacidade dos cônjuges para se casar devido ao fato de que poderiam ser do mesmo sexo: primeiramente, o próprio registrador poderia negar o prosseguimento da habilitação, a partir de onde o nubente podia exigir que se colocasse a negativa em juízo administrativo perante o juiz corregedor permanente do respectivo cartório, seguindo o rito do chamado processo de dúvida; num segundo momento, tanto o promotor de justiça que exerce função do Ministério Público, quanto terceiros poderão impugnar o processo de habilitação por meio do impedimento, que segue a mesma trajetória do processo de dúvida.

Sendo assim, o processo de dúvida só pode ser iniciado pelos nubentes e o de impedimento, por terceiros e o Ministério Público. Se os nubentes não contestarem a negativa do cartório, não haverá processo.

Seja por dúvida ou impedimento, a decisão do juiz corregedor permanente sobre a habilitação para casamento poderá passar por recurso, caso uma das partes recorra, nos termos de apelação cível perante o Conselho Superior da Magistratura do qual o Corregedor-Geral da Justiça será sempre relator natural, se for o caso de dúvida ou impedimento em habilitação para casamento.

Com isso, passei a pesquisar em outras fontes do sítio eletrônico oficial do TJSP, encontrando no item de busca denominado "Despachos/Decisões/Pareceres", no "Portal do Extrajudicial", ao inserir o termo "homoafetivo" na lacuna "Assunto", 20 (vinte) acórdãos do Conselho Superior da Magistratura em Apelação Cível.¹⁴ Outros termos também foram inseridos, mas o resultado foi o mesmo.

¹⁴ CSM: Apelação Cível 9000003-42.2011.8.26.0347/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 02 ago. 2012; CSM: Apelação Cível 9000003-42.2011.8.26.0347/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 02 ago. 2012; CSM: Apelação Cível 0034411-70.2011.8.26.0071/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 14 jun. 2012; CSM: Apelação Cível 0001545-82.2011.8.26.0564/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 14 jun. 2012; CSM: Apelação Cível 0000936-50.2011.8.26.0451/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 14 jun. 2012; CSM: Apelação Cível 0000601-12.2011.8.26.0037/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 19 jul. 2012; CSM: Apelação Cível 0004335-34.2012.8.26.0037/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 19 jul. 2012;

2.1.2. Casamentos

Outra informação relevante à pesquisa seria a quantidade de casamentos homossexuais realizados desde a decisão do Supremo. Isso demonstraria a consolidação ou não do direito ao matrimônio homoafetivo.

Em fase de pesquisa preliminar, li alguns jornais da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo disponíveis em seu sítio eletrônico e encontrei uma notícia afirmando que a ARPEN-SP criaria um banco de dados sobre o casamento homoafetivo¹⁵ e, portanto, contatei esta associação para que me disponibilizasse a informação buscada (quantidade de casamentos homossexuais desde a decisão na ADI 4.277).

Enfim consegui números mensais do Estado de São Paulo referentes às celebrações de casamento entre pares do mesmo sexo que vão até dezembro de 2012. Complementei com quantidades mensais de celebração de casamento homoafetivo do ano de 2013, cujos dados são fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.¹⁶

CSM: Apelação Cível 9000012-51.2011.8.26.0590/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 21 mar. 2013; CSM: Apelação Cível 0000750-70.2011.8.26.0566/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 24 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0002895-38.2011.8.26.0554/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 27 set. 2012; CSM: Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 30 ago. 2012; CSM: Apelação Cível 0004195-34.2011.8.26.0037/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 30 ago. 2012; CSM: Apelação Cível 0004143-09.2011.8.26.0564/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0001093-72.2011.8.26.0564/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0000114-61.2011.8.26.0063/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0000059-97.2011.8.26.0132/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0126226-80.2011.8.26.0320/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0034412-55.2011.8.26.0071/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0000363-85.2011.8.26.0168/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012; CSM: Apelação Cível 0000050-38.2011.8.26.0326/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

¹⁵ ARPEN-SP formará banco de jurisprudência sobre decisões relacionadas aos casamentos homoafetivos, *Informativo mensal ARPEN-SP*, São Paulo, ano 12 - nº 113, p. 3 (jurídico), jul. 2011.

¹⁶ Apesar de ser possível que os métodos de coleta de dados referentes aos casamentos homoafetivos da ARPEN-SP e do IBGE não sejam compatíveis, isto é pouco provável. Em dezembro de 2012 a ARPEN-SP indica a celebração de 45 casamentos homoafetivos e em janeiro de 2013, o IBGE indica 42. Além disso, no site oficial do IBGE, é indicado que "Para a coleta de informações são utilizados cinco questionários (RC.1-Nascidos Vivos; RC.2-Casamentos; RC.3-Óbitos; RC.4-Óbitos Fetais; RC.10-Folha de Cadastro) e Manual de Orientação e Verificação com orientações para o preenchimento de todos os modelos. **Os Cartórios do Registro Civil que possuem equipamentos de informática podem prestar as informações utilizando sistema informatizado próprio ou módulo cedido**

A título de comparação, pensei ser interessante colocar lado a lado a quantidade e frequência de casamentos entre casais heteroafetivos e homoafetivos, seja por números absolutos ou proporcionalmente. Por isso, adotei os dados mensais de 2011 a 2013 disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística referentes às celebrações de casamento entre pessoas do sexo oposto. Pelo IBGE, também pude descobrir o total de casamentos homoafetivos realizados em São Paulo no ano de 2014 e assim será possível comparar o ano de 2013 e 2014 para estabelecer tendências.¹⁷

2.1.3. Outros documentos relevantes

Existem ainda outros documentos editados por instituições que são relevantes ao tema e teriam influenciado o rumo do direito ao casamento homoafetivo. Os mesmos foram considerados com base na pesquisa preliminar.

Tais documentos são o Recurso Especial nº 1.183.378 – RS do Superior Tribunal de Justiça, o Provimento nº 41/12 da Corregedoria Geral da Justiça do TJSP e a Resolução nº 175/13 do Conselho Nacional de Justiça.¹⁸

O primeiro consiste em decisão que permite a um casal homossexual do Rio Grande do Sul que celebre casamento, pois lhe havia sido negado o

pelo IBGE". A mesma redação se encontra na metodologia de 2011, 2012 e 2014. Cf. [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2013/metodologia.shtm.](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2013/metodologia.shtm;); [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2012/metodologia.shtm.](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2012/metodologia.shtm;); [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2011/metodologia.shtm.](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2011/metodologia.shtm;); [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/metodologia.shtm.](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/metodologia.shtm;) Acesso em 16 nov. 2016.

¹⁷ *Estatísticas do Registro Civil*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 38, Rio de Janeiro, 2011.; *Estatísticas do Registro Civil*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 39, Rio de Janeiro, 2012.; *Estatísticas do Registro Civil*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 40, Rio de Janeiro, 2013.; *Estatísticas do Registro Civil*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 41, Rio de Janeiro, 2014.

¹⁸ STJ: Resp. nº 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011; Provimento nº 41/12 da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo está disponível em: http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=17387. Acesso em: 08 nov. 2016; Resolução nº 175, cf. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, Diário da Justiça eletrônico, Distrito Federal: Conselho Nacional de Justiça, ed. nº 89/2013, p. 2, 15 mai. 2013.

pedido perante o respectivo Tribunal de Justiça; o segundo legaliza o casamento homoafetivo no Estado de São Paulo; o terceiro legaliza o mesmo em âmbito nacional.

2.2. ANÁLISE DOS DADOS

Após a coleta dos dados mensais referentes aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo e de sexos diferentes, produzi um gráfico onde o eixo horizontal ordena os meses e o eixo vertical, o número de casamentos no mês. Portanto, são dois gráficos justapostos a fim de se comparar matrimônios de casais homoafetivos com os dos heteroafetivos. Este gráfico serve como uma espécie de base para se analisar os dados seguintes.

Num segundo momento, separei as decisões do Conselho Superior da Magistratura do TJSP de acordo com algumas variáveis: data, cidade, apelante/apelado, decisão favorável ou não ao casamento, decisão unânime ou não, posicionamento da Procuradoria (a Procuradoria-Geral de Justiça emite parecer em todas as decisões) e se se tratava de conversão ou casamento direto. Também analisei o próprio conteúdo dos acórdãos a fim de observar a fundamentação jurídica. Em seguida, tomei nota das datas da decisão do STJ, do Provimento nº 41 e da Resolução do CNJ. O posicionamento temporal destes documentos é relevante para a análise da cadeia de acontecimentos e nexos de causalidade existentes entre diversos atores.

Com isso, pude analisar as decisões e estes três outros documentos com base no gráfico formado, observando qual teria sido a influência destes elementos sobre o número de casamentos homossexuais e a consolidação do respectivo direito. Para esse processo de comparação e cruzamento de dados, fiz uso de gráficos que têm como base o primeiro (gráfico 1).

2.3. CONCLUSÃO

Na conclusão, tomarei todas as informações adquiridas a partir dos dados já coletados e analisados e tentarei atribuir a cada elemento relevante da fase pós-decisional sua função na consolidação do direito ao

casamento homoafetivo, estabelecendo, qual foi o caminho que o mesmo percorreu e qual foi a relação entre a decisão do STF e a atuação de agentes relevantes em São Paulo.

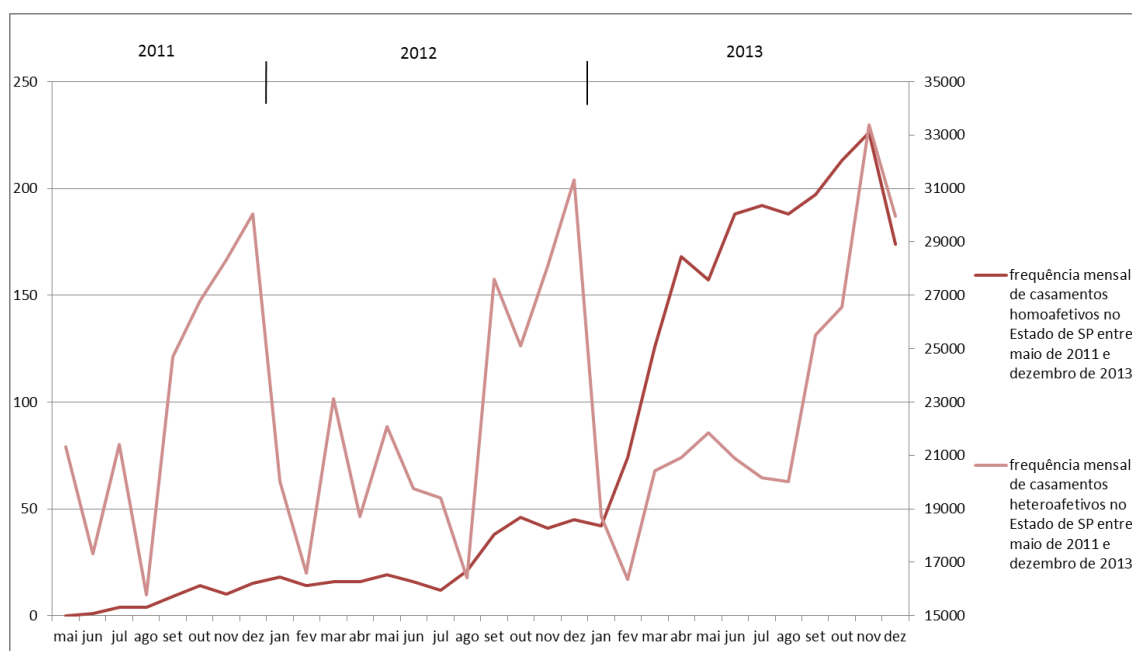
3. DESENVOLVIMENTO

3.1. CASAMENTOS

3.1.1. Números e gráfico

Ao entrar em contato com a ARPEN-SP e analisar os dados disponibilizados pelo IBGE fui capaz de criar o gráfico 1 de frequência mensal de celebração de casamentos¹⁹, homoafetivo e heteroafetivo, entre maio de 2011 e dezembro de 2013.

Gráfico 1:



O IBGE indica também que em 2014 foram celebrados aproximadamente 2.050 casamentos homoafetivos no Estado de São Paulo. O Instituto não apresentou dados mensais para 2014.

3.1.2. Análise dos números e gráfico

O gráfico é composto por duas linhas: a linha mais clara representa os casamentos heteroafetivos celebrados mensalmente entre maio de 2011 e dezembro de 2013, sendo regido pelo eixo vertical à direita (15.000 a

¹⁹ Todos os gráficos da monografia e tabelas usadas, para formação de gráfico ou apresentação de dados, se encontram em anexo.

35.000); a linha mais escura representa os casamentos homoafetivos celebrados mensalmente no mesmo espaço temporal e é regido pelo eixo vertical à esquerda (0 a 250).

Os eixos verticais são limitados pelo mínimo e pelo máximo de celebrações de casamento mensal de cada linha, portanto, é possível fazer uma comparação, resguardada a diferença de proporção, entre as duas linhas.

A frequência de casamentos heteroafetivos segue um padrão ao longo do tempo. Existem picos de celebração de casamento entre agosto e dezembro intercalados por quedas na frequência mensal entre janeiro e julho. Em 2013, a queda nas celebrações mensais se deu mais cedo: de novembro para dezembro passou-se de 33.384 para 29.944 casamentos por mês.

Os casamentos homoafetivos, por outro lado, seguem uma linha que não tem um padrão, justamente por terem surgido exatamente nesta época e ainda não haver uma padronização na frequência de celebrações de casamentos mensal até dezembro de 2013.

O primeiro casamento foi celebrado em junho de 2011 e o número de celebrações mensal de casamentos homoafetivos se manteve ascendente até outubro do mesmo ano, que apresentou 14 celebrações. Daí até julho de 2012, a linha se manteve constante com uma oscilação mensal de mínima de 10 e máxima de 19 celebrações por mês.

A partir de agosto de 2012, contudo, houve um crescimento na frequência de casamentos. De 12 casamentos em julho, a quantidade sobe para 38 em setembro, oscilando, daí, de 41 a 46 casamentos mensais entre outubro de 2012 e janeiro de 2013.

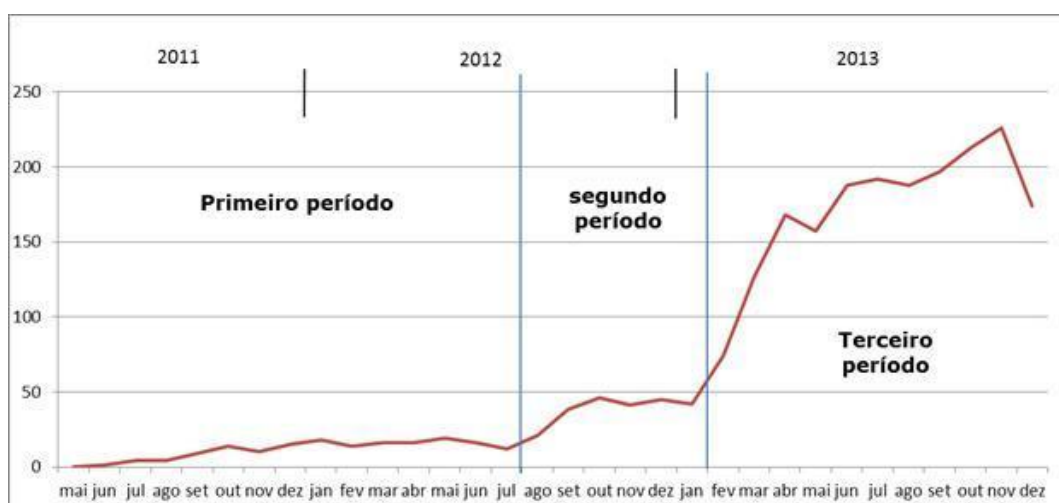
Novamente, há mais uma ascensão na frequência mensal de casamentos homoafetivos a partir de janeiro de 2013, porém é muito maior do que a anterior. De 42 casamentos em janeiro de 2012, numa linha retilínea de crescimento na frequência mensal, passamos a 168 casamentos no mês de abril. Em maio há um decréscimo para 157 casamentos, mas

que retoma o crescimento para uma média de aproximadamente 189 casamentos entre junho e agosto de 2013.

O último pico surge após agosto de 2013, quando a frequência mensal cresce de 188 naquele mês para 226 em novembro. De novembro para dezembro, há uma grande queda na quantidade mensal de celebrações do matrimônio: de 226 para 174.

Resumindo, são identificáveis, com base na frequência mensal das celebrações homoafetivas de casamento, três períodos: de junho de 2011 até julho de 2012, com uma média de 12 casamentos por mês sem grandes oscilações; de agosto de 2012 até janeiro de 2013, com uma média de 39 casamentos mensais, sendo que entre agosto e setembro há um crescimento em relação ao primeiro período e, de outubro a janeiro, estagnação deste novo patamar; de fevereiro de 2013 a dezembro de 2013, com uma média de 173 casamentos por mês, sendo que de fevereiro a abril temos uma grande aumento na frequência mensal (em abril foram 168 celebrações) seguida de um momento de menor crescimento, que não é direta como a anterior, mas instável até novembro (em novembro, foram 226 celebrações), quando, então, ocorre a diminuição de dezembro na frequência. Esta divisão em períodos gera o gráfico 2 a seguir.

Gráfico 2:



Comparando as frequências entre casais heteroafetivos e homoafetivos, percebe-se que há em ambas uma diminuição no número de casamentos mensais em dezembro de 2013. Relativamente à variação máxima de ambos, esta diminuição no número mensal de matrimônios é muito semelhante nos dois casos. Ou seja, se, em relação aos casamentos heteroafetivos, tomarmos a medida máxima (M_{max}) de celebrações num mês e lhe subtrairmos a medida mínima (M_{min}), estabeleceremos a variação máxima (V_{max}) de casamentos heteroafetivos celebrados por mês. Fazendo o mesmo com os casamentos homoafetivos, descobriremos que, ao compararmos as variações máximas com as respectivas variações apresentadas entre a quantidade de casamentos de novembro (Q_{nov}) e dezembro (Q_{dez}) de 2013 ($(2013) V_{nov, dez}$) por meio de divisão, perceberemos que a razão (R) entre a variação máxima e a do final de 2013 é semelhante entre casamentos homoafetivos e heteroafetivos. Vide a fórmula:

$$R \rightarrow R'$$

$$\frac{V_{max}}{V_{x, y}} \rightarrow \frac{V_{max}'}{V_{x, y}'}$$

$$\frac{V_{max}}{(2013) V_{nov, dez}} \rightarrow \frac{V_{max}'}{(2013) V_{nov, dez}'}$$

$$\frac{M_{max} - M_{min}}{Q_{nov} - Q_{dez}} \rightarrow \frac{M_{max}' - M_{min}'}{Q_{nov}' - Q_{dez}'}$$

$$\frac{33.384 - 15.762}{33.384 - 29.944} \rightarrow \frac{226 - 0}{226 - 174}$$

$$\frac{17.622}{3.440} \rightarrow \frac{226}{52}$$

$$5,12 \rightarrow 4,34$$

A variação no final de 2013 foi maior entre os casais homoafetivos do que entre seus pares de sexo diferente, porém, a similitude relativa é evidente.

Comparando também o total de casamentos homoafetivos em 2013 com o total de 2014, vemos que o primeiro apresenta 1.945 celebrações e o segundo, 2.050. Portanto, houve um crescimento de apenas aproximadamente 5% desta grandeza.

Um baixo crescimento no total de casamentos entre 2013 e 2014, somado com a constatação de que no final de 2013 a linha de casamentos homoafetivos mensais seguia rumo proporcionalmente semelhante ao dos heteroafetivos, os quais que já possuem uma variação padronizada, indica que os casamentos homoafetivos também teriam se padronizado quanto à sua frequência a partir de 2014.

Parece não haver motivo *a priori* para que os casamentos homoafetivos apresentem variação em sua frequência, uma vez padronizada, diferente da dos heteroafetivos, uma vez que seus celebrantes seguem vidas semelhantes e o mesmo calendário, apesar da opção sexual divergente. Portanto, o direito ao casamento homoafetivo parece ter se consolidado entre 2013 e 2014 em São Paulo.

Por outro lado, a tendência tradicional é que haja menos casamentos por mês logo após dezembro, como demonstra a virada de ano entre 2012 e 2013 relativa aos casamentos heteroafetivos. Porém, as celebrações de matrimônio entre casais do mesmo sexo aumentou drasticamente sua frequência neste período. Qual teria sido o motivo?

3.2. ATOS INSTITUCIONAIS

3.2.1. Conselho Superior da Magistratura

a. Dados coletados

Ao coletar os acórdãos das decisões em apelação cível sobre a habilitação para casamento homoafetivo do Conselho Superior da

Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, pude constatar alguns fatos e obter informações relevantes.

Ao todo, encontrei 20 acórdãos que estão distribuídos por data segundo a tabela 1.

Tabela 1:

Data	Número de decisões
24/05/2012	1
31/05/2012	8
14/06/2012	3
19/07/2012	2
02/08/2012	2
30/08/2012	1
27/09/2012	1
21/03/2013	1

De todos os recursos, em sete deles, apelante é o casal interessado no casamento direto ou conversão de união em casamento enquanto que em treze, apelante é o Ministério Público representado pelo promotor contra o casal. Portanto, em sete das sentenças, os juízes corregedores proferiram decisão contra o casamento homoafetivo e em treze, a favor. Quando o casal era apelante, apelado foi o juízo em que se proferiu a sentença ou o

oficial de registro do cartório, sendo que em três dos processos, ocorreu a primeira situação, e em quatro, a segunda.

As apelações se distribuem, quanto à origem, entre 15 cidades diferentes, portanto, algumas são reincidentes no tema. Estas são Araraquara (três apelações), São Bernardo do Campo (três apelações) e Matão (duas apelações).

A Procuradoria Geral da Justiça apresenta em todas as apelações o seu posicionamento por meio de parecer. Assim como o promotor de justiça, a Procuradoria também faz parte do Ministério Público. Pois bem, em exatamente metade dos processos, a Procuradoria Geral de Justiça apoiou o casal e na outra metade deles, foi contra o casamento homoafetivo.

Todos os acórdãos tiveram como relator o então Corregedor-Geral de Justiça, José Renato Nalini e apresentaram decisão unânime a favor do casal. O voto do relator integra a decisão do tribunal nos vinte documentos encontrados e, em todos os acórdãos a partir do dia 31 de maio de 2012, portanto em 19 dos 20 acórdãos encontrados, temos o trecho “ACORDAM os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura [...] em conformidade com o voto do Desembargador Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado”.

O voto proferido pelo Relator é idêntico em todas as decisões, apresentando como fundamentação o entendimento jurisprudencial do STF e STJ. Mais especificamente, Nalini faz alusão ao Recurso Especial nº 1.183.378-RS do Superior Tribunal de Justiça, o qual permite o casamento direto homoafetivo e, segundo o Relator, é respaldado nos princípios apresentados na decisão da ADI nº 4.277 que dá proteção às uniões estáveis homoafetivas e direitos respectivos.

Já em fase conclusiva de seu voto, o então Desembargador Nalini coloca:

“A partir da sinalização das Cortes Superiores, inúmeras as decisões amparadas e fundamentadas nesses julgados.

Inclusive em São Paulo. Se, na via administrativa, fosse alterada essa tendência, o Judiciário se veria invocado a decidir, agora na esfera jurisdicional, matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional.

Como servos da Constituição – interpretada por aquele Colegiado que o pacto federativo encarregou guardá-la – os juízes e órgãos do Poder Judiciário não podem se afastar da orientação emanada em caráter definitivo pelo STF.”²⁰

No voto de Nalini, é explicitado que não haveria ordem hierárquica entre as cortes judiciais do Brasil. Portanto, o Conselho fez uma escolha entre duas possíveis respostas, adotando a hermenêutica do STF e STJ.

Por outro lado, é verdade que o voto dá ênfase à segurança jurídica no sentido de respeitar “essa tendência”, “matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional” que não deveria ser contrariada pela Administração, sob pena de se inflacionar o Judiciário com questões já respondidas.

Em outras palavras, o fundamento do Conselho foi a segurança jurídica e a própria posição de defesa dos direitos humanos representada no STF. Há um argumento prático, o primeiro, e outro de ordem jurídica substantiva, o segundo. O acórdão dá maior ênfase à importância do posicionamento do Supremo e STJ e suas posições no sistema judiciário pela leitura do acórdão, ou seja, ao argumento prático.

Não fica claro em todas as decisões do CSM se o caso é de conversão de união estável ou de casamento direto, porém, dada a fundamentação dos acórdãos, ambos seriam aceitos por esse conselho. Basta observar que o voto do Relator Nalini adota entendimento que apoia o julgamento do STJ, o qual declara válido o casamento direto homoafetivo no caso.

b. Análise dos dados

Num primeiro momento, podemos observar que a própria existência dos acórdãos ora analisados já traz consigo uma primeira constatação:

²⁰ CSM: Apelação Cível 9000003-42.2011.8.26.0347/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 02/08/2012, p. 2.

houve demanda e oposição concretas colocadas em juízo. Sem a demanda por parte dos casais seria impossível que se aplicasse na prática o direito ao casamento homoafetivo.

Quanto ao posicionamento dos juízes corregedores, apesar de haver apenas as decisões que foram recorridas, vemos que há divergência de opinião com uma pequena margem de vantagem para aqueles que admitiriam o casamento homoafetivo. Não é possível dizer que estas decisões representam a totalidade das sentenças em primeira instância.

O Ministério Público, por outro lado, se apresenta no processo de duas maneiras: como parte do processo (promotor) ou através de parecer emitido pela Procuradoria Geral de Justiça. A partir dos dados coletados, percebe-se que não existe coerência na atuação do MP, pois, apesar de todos os promotores atuarem contra o casamento homoafetivo, a Procuradoria adota posicionamento ora a favor, ora contra o direito ao casamento homossexual, por vezes confrontando até o próprio promotor. Não há um posicionamento claro do Ministério Público sobre o tema. Este apresenta divergência interna.

Contudo, é importante notar outra informação que importa à determinação do posicionamento de juízes e do MP. Num espaço temporal de dez meses (do julgamento do primeiro acórdão ao último), mais da metade das decisões (doze) foram proferidas nos primeiros trinta dias. Isto é um indício de que a divergência ocorreu num curto período de tempo enquanto que a ausência de um grande número de processos logo após esses primeiros trinta dias pode ser lida como o estabelecimento de consenso ou de menos conflito e, portanto, menos lides a serem resolvidas.

O CSM, por outro lado, foi favorável ao casamento homoafetivo desde o princípio, havendo apenas decisões unânimes. A partir da leitura do voto, a consolidação do direito ao casamento homoafetivo seria inexorável e, ainda segundo leitura do acórdão, mesmo que a opinião singular do CSM fosse contra o casamento, o assentamento nas instâncias superiores

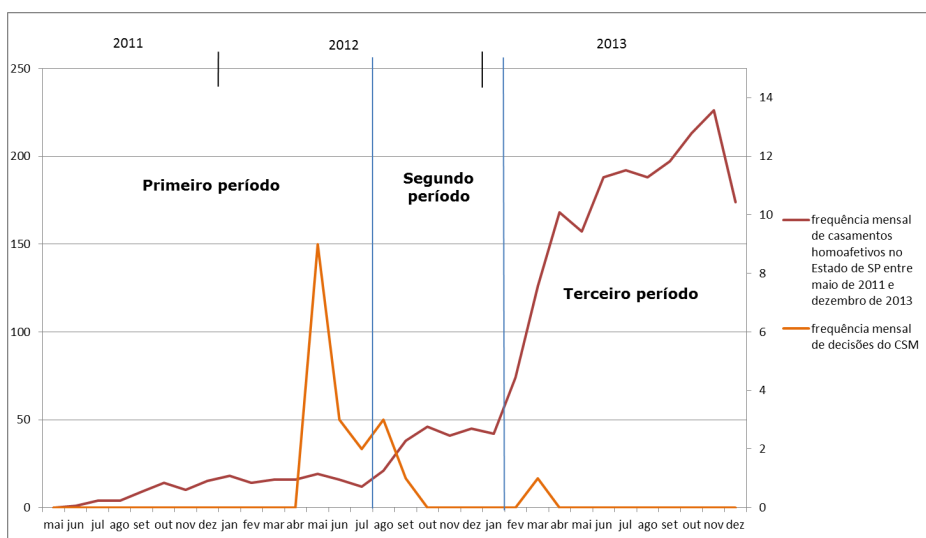
impediria, pela via judicial, a vedação a esta espécie de matrimônio no processo ora tido como administrativo.

Por fim, uma última análise importante a ser feita é quanto ao cruzamento do gráfico 2 com os julgamentos do CSM. Houve relação entre a frequência de casamentos e as decisões estaduais em apelação cível? As primeiras decisões deste órgão surgiram em maio e junho de 2012, três meses antes do segundo período delineado na análise do gráfico 2, caracterizando-se por um pequeno crescimento na frequência de casamentos homoafetivos em agosto, mês que tradicionalmente apresenta uma queda na frequência mensal de casamentos pela análise dos matrimônios heteroafetivos. Desta maneira, houve crescimento na frequência de matrimônios mensais e diminuição no número de lides a partir das primeiras decisões do Conselho Superior da Magistratura.

É possível, portanto, que as decisões do CSM tenham influenciado a consolidação do direito ao matrimônio homoafetivo, apesar de não ser suficiente, pois teriam dado maior segurança aos interessados, mas não teriam impedido a contestação do casamento homoafetivo.

O gráfico 3 mostra a relação entre a frequência mensal de casamentos homoafetivos e a de decisões do CSM, cuja linha é regida pela coluna à direita.

Gráfico 3:



3.2.2. STJ, CGJ e CNJ

O julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.183.378-RS consiste em decisão sobre a legalidade do casamento homoafetivo em um caso concreto com origem no Rio Grande do Sul. A mesma foi favorável ao casal e proferida no dia 25 de outubro de 2011.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça não gerou alteração sensível na frequência dos casamentos homoafetivos de São Paulo segundo o gráfico 1, porém, teve sua importância. Caso houvesse qualquer recurso ao STJ vindo de São Paulo, os julgadores estaduais já teriam em mente a pressão e plausível posicionamento favorável ao casamento por parte daquele tribunal. Foi o que aconteceu, em certa medida, quanto às razões de decidir do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, como se demonstra do próprio voto do relator Nalini:

“o Supremo Tribunal Federal tem por atribuição a guarda precípua da Constituição da República e o Superior Tribunal de Justiça a missão de unificar a interpretação do ordenamento em todo o Brasil.

Ambos decidiram ser possível o reconhecimento da proteção jurídica a conviventes do mesmo sexo.

[...]

Observe-se que nesse julgado o Superior Tribunal de Justiça, respaldado nos princípios fincados na Adi 4277/DF, do STF, admitiu a habilitação direta para o casamento entre pessoas do mesmo sexo sem a necessidade do prévio reconhecimento da união estável.”²¹

O Provimento nº 41 da Corregedoria, por outro lado, alterou as Normas de Serviço dos Ofícios Extrajudiciais de maneira a positivar a obrigação dos registros civis de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A norma entrou em vigor no dia 1º de maio de 2013.

A partir daí, não haveria mais nenhuma liberdade de decidir de maneira contrária dentro do Estado.

²¹ CSM: Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 30/08/2012, pp. 1, 2.

Cruzando a data da entrada em vigor da norma com o gráfico 2 de frequência de matrimônios, observa-se que há uma coincidência da eficácia do Provimento com a segunda fase do terceiro período, consistindo em um crescimento inconstante na frequência de casamentos, já posterior ao primeiro *boom* no número de matrimônios.

Porém, não é apenas isso que há de se falar sobre o referido provimento. Outra informação importante trata da data da edição desta norma. A mesma foi editada em dezembro de 2012, dois meses antes da entrada, pelo gráfico 2, da frequência de casamentos homoafetivos no terceiro período, ou seja, fevereiro. Tradicionalmente (na linha de casamentos heteroafetivos), janeiro e fevereiro são meses que apresentam grande declínio na frequência de celebrações de casamentos, diferentemente do que mostra a linha de casamentos homoafetivos.

É possível que a simples edição do Provimento nº 41 tenha dado o impulso à consolidação do direito ao casamento homoafetivo. Nesta hipótese, a sociedade, cartórios e o MP teriam observado a iminência da pacificação do conflito de maneira geral e consentido com a alteração legal.

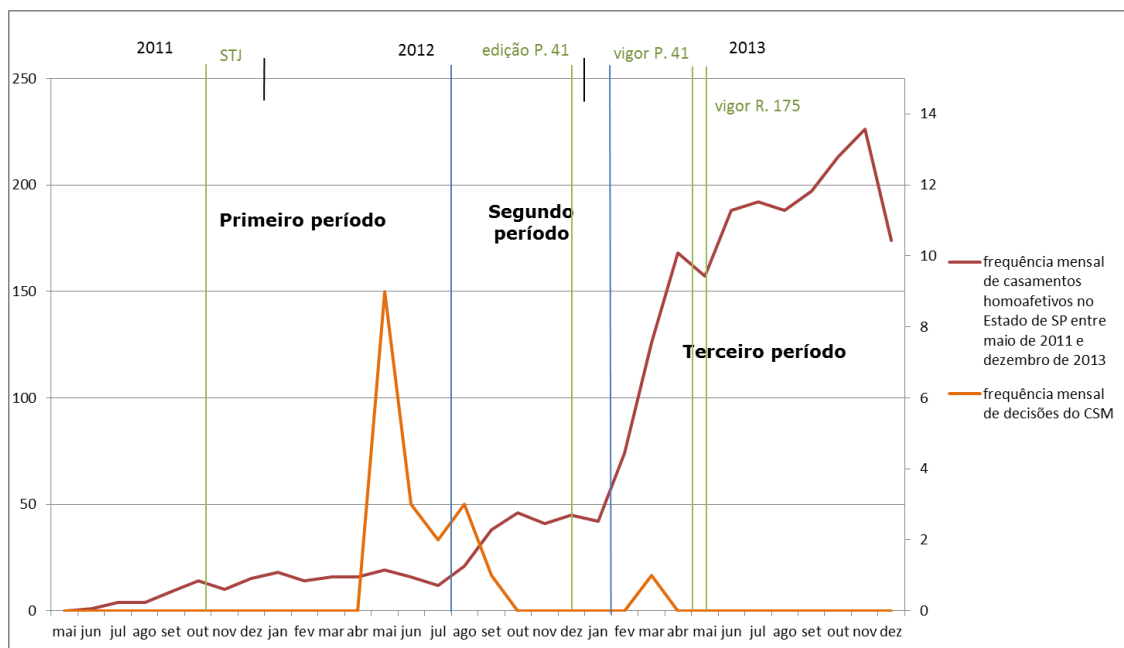
Outra norma editada de grande relevância para o tema foi a Resolução nº 175 do Conselho Superior da Magistratura.

Esta Resolução do CNJ proíbe, em âmbito nacional, que a habilitação para casamento seja impedida com base no gênero dos nubentes.²² A mesma foi editada em 14 de maio de 2013 e teve aplicação imediata. Portanto, a vigência desta norma tem início em apenas 13 dias após a do Provimento da Corregedoria. Sendo assim, não é possível identificar se a influência subsequente sobre o número de casamentos teria sido da Resolução ou do Provimento.

²² Resolução nº 175/13 do Conselho Nacional de Justiça: "Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo."

O cruzamento temporal entre a frequência mensal de casamentos homoafetivos celebrados com os atos institucionais estudados neste item 3.2. gera o gráfico 4.

Gráfico 4:



4. CONCLUSÕES

Tendo estudado os dados apresentados, podem-se tirar algumas conclusões quanto à relação entre os participantes decisivos sobre o casamento homoafetivo e a consolidação do direito ao mesmo.

A decisão do STF em ADI é capaz de mudar o ordenamento jurídico apenas pelo fato de ser uma decisão do STF sobre uma ADI. No caso da ação estudada, o Supremo tornou obrigatória uma interpretação da lei que entende que uniões estáveis homoafetivas são iguais às heteroafetivas em direitos e obrigações. Porém, esta corte não decidiu diretamente sobre a legalidade do casamento homossexual e ainda seria possível, no dia 6 de maio de 2011, defender a ilegalidade do casamento homoafetivo, como de fato ocorreu por parte do Ministério Público, por exemplo.

Contudo, a decisão do STF também não foi totalmente desconexa da consolidação e reconhecimento daquele novo direito. Antes da mesma não havia registro de casamento entre pessoas do mesmo sexo e não é coincidência que um mês após a ADI nº 4.277 tenha surgido o primeiro casamento do país nesses moldes. Parece que o Supremo fortaleceu uma linha hermenêutica que chegue à legalidade desta nova espécie de casamento.

A nova norma emanada do STF gerou um conflito entre duas linhas argumentativas. Antes não se cogitava a admissão do casamento homoafetivo, mas depois da decisão, o mesmo seria juridicamente plausível devido à imposição de uma *ratio decidendi* que o favorece. Ao mesmo tempo, a interpretação de que seria ilícito o casamento entre pessoas do mesmo sexo apesar da igualdade de direitos imposta pelo STF entre uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas também era plausível, uma vez que a mesma corte não se pronunciou expressamente a respeito do matrimônio.

Em São Paulo, a interpretação favorável ao casamento homoafetivo foi adotada por pessoas interessadas no mesmo. Havia uma demanda por este direito que foi apresentada perante os registros civis de pessoas naturais. Ao mesmo tempo, houve resistência a esta demanda por parte de

parcela dos registradores civis competentes à habilitação de casamento e do Ministério Público. Esta divergência concretizou um conflito em processos contenciosos que antes existia apenas em tese.

A referida divergência era levada a juízo e decidida em primeira instância de maneira aleatória pelos juízes corregedores, ou seja, sem uniformidade sobre a resposta dada. Portanto, a divergência perdurava e precisava ser apaziguada. Era em segunda instância que se decidia efetivamente a existência do direito ao casamento homoafetivo em cada caso. Foi dada a função de decidir ao Conselho Superior da Magistratura.

Ao mesmo tempo, os Tribunais Superiores também teriam colocado um obstáculo à negação do casamento homoafetivo, pois seus opositores teriam que enfrentar, caso recorressem de decisão do CSM, jurisprudência tendente à legalização do mesmo. Além disso, os mesmos tribunais também exerceram influência sobre a resposta do próprio Conselho Superior da Magistratura.

Apesar de existir oposição ao entendimento de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria lícito, a mesma não se mostrou muito contundente nem difundida entre o Judiciário e o MP. Constata-se isso pelo número de processos levados ao CSM comparado ao número de casamentos realizados e pelo fato de que tanto a legalidade do Provimento da CGJ quanto da Resolução do CNJ não foi colocada em juízo. A falta de uma resistência forte ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não foi definitiva, mas deu abertura para que se consolidasse o direito ao matrimônio homoafetivo.

Seria possível que houvesse forte resistência por parte dos cartórios. De fato, esta pesquisa não é capaz de investigar situações em que, como um gargalo para a realização dos casamentos homoafetivos, os cartórios pudessem ter negado a habilitação para casamento e os interessados fossem convencidos de não poderem se casar. Porém, com a edição da norma da Corregedoria Geral da Justiça, esta questão se torna obsoleta, uma vez que os serviços extrajudiciais são hierarquicamente subordinados à

Corregedoria. Além disso, a comparação entre o número de lides e o número de celebrações de casamento demonstra uma preponderância da permissão do matrimônio homossexual.

A consolidação, por fim, do direito ao casamento homoafetivo se dá pela Corregedoria Geral da Justiça, na edição de norma que obriga os cartórios a aceitarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. É o que demonstram os gráficos, tabelas e cálculos apresentados, pois há crescimento exponencial no número de casamentos logo após a edição do Provimento nº 41.

Pudemos observar, assim, alguns elementos essenciais na fase pós-decisional da ADI nº 4.277 que consolidaram um novo direito. Temos o surgimento de uma nova norma jurídica com caráter *ratio decidendi* em relação à questão do casamento homoafetivo, a própria decisão do STF; esta nova norma jurídica coloca o ordenamento em conflito entre duas possibilidades jurídicas antagônicas que apresenta; das duas possibilidades apresentadas, o STJ corrobora sem efeito vinculante, mas com efeitos práticos extrajurídicos, aquela que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo; o conflito é concretizado pela demanda por parte de cidadãos e cidadãs que tinham interesse em uma dessas possibilidades e oposição por parte dos cartórios e do MP, sendo colocado em juízo no Estado de São Paulo; os julgadores dão decisão, a qual perpetua o conflito até que não haja mais possibilidade de se recorrer ou discutir o caso; quando o entendimento da última instância, no caso seria o CSM, foi assentado, sob influência dos Tribunais Superiores, houve falta de resistência ao mesmo; a falta de resistência permitiu a criação pacífica de norma positiva pelo órgão competente que tem influência direta do CSM, a Corregedoria Geral da Justiça, uma vez que o Corregedor-Geral da Justiça seria relator dos casos no Conselho Superior. Apresenta-se, portanto, a trajetória do direito ao casamento homoafetivo desde a decisão do STF.

Conclui-se corroborando a hipótese apresentada no início desta monografia. Percebemos o papel de destaque que a nossa Corte

Constitucional tem, não apenas em solucionar conflitos, mas em gerar debate e transformação na sociedade por fora de seus muros. Assim como também vimos que a interpretação e aplicação da Constituição se dá por diversas pessoas e entidades, cada uma com a sua função, não sendo possível que sejam restritas, a aplicação e interpretação, a apenas uma instituição ou pessoa. Houve diálogo interinstitucional no sentido de que cada agente público atuou com base na ação de outro de maneira concatenada, mas, ao mesmo tempo, com variados graus de discricionariedade.

5. REFERÊNCIAS

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *O Projeto de Uma Corte Deliberativa*. In: GORZONI, Paula; PINTO, Henrique Motta; de SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, Mario de Carvalho Camargo; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Registro Civil das Pessoas Naturais II* habilitação e registro de casamento, registro de óbito e livro “E”. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *La unión entre personas del mismo género: cuan importantes son los textos y las instituciones?*. *Discusiones*, v. 15, pp. 171-203, 2014.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França and CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. *Revista direito GV*. 2009, vol.5, n.1, pp. 21-44.

Estatísticas do Registro Civil, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 38, Rio de Janeiro, 2011.

Estatísticas do Registro Civil, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 39, Rio de Janeiro, 2012.

Estatísticas do Registro Civil, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 40, Rio de Janeiro, 2013.

Estatísticas do Registro Civil, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vol. 41, Rio de Janeiro, 2014.

Metodologia para Estatísticas do Registro Civil de 2011 a 2014 do IBGE disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2013/metodologia.shtm.>; <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2012/metodologia.shtm.>; <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2011/metodologia.shtm.>; <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/metodologia.shtm.> Acesso em 16 nov. 2016.

Conversão de união homossexual ainda é polêmica, *Folha de S. Paulo*, 21 mai. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2105201133.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

ARPEN-SP formará banco de jurisprudência sobre decisões relacionadas aos casamentos homoafetivos, *Informativo mensal ARPEN-SP*, São Paulo, ano 12 - nº 113. jul. 2011.

STF: ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

CSM: Apelação Cível 9000003-42.2011.8.26.0347/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 02 ago. 2012.

CSM: Apelação Cível 9000003-42.2011.8.26.0347/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 02 ago. 2012.

CSM: Apelação Cível 0034411-70.2011.8.26.0071/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 14 jun. 2012.

CSM: Apelação Cível 0001545-82.2011.8.26.0564/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 14 jun. 2012.

CSM: Apelação Cível 0000936-50.2011.8.26.0451/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 14 jun. 2012.

CSM: Apelação Cível 0000601-12.2011.8.26.0037/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 19 jul. 2012.

CSM: Apelação Cível 0004335-34.2012.8.26.0037/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 19 jul. 2012.

CSM: Apelação Cível 9000012-51.2011.8.26.0590/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 21 mar. 2013.

CSM: Apelação Cível 0000750-70.2011.8.26.0566/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 24 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0002895-38.2011.8.26.0554/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 27 set. 2012.

CSM: Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 30 ago. 2012.

CSM: Apelação Cível 0004195-34.2011.8.26.0037/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 30 ago. 2012.

CSM: Apelação Cível 0004143-09.2011.8.26.0564/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0001093-72.2011.8.26.0564/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0000114-61.2011.8.26.0063/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0000059-97.2011.8.26.0132/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0126226-80.2011.8.26.0320/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0034412-55.2011.8.26.0071/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0000363-85.2011.8.26.0168/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

CSM: Apelação Cível 0000050-38.2011.8.26.0326/SP, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 31 mai. 2012.

Provimento nº 41 da Corregedoria Geral da Justiça disponível em: http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=17387. Acesso em: 08 nov. 2016.

Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Diário da Justiça eletrônico. Distrito Federal: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, ed. nº 89/2013. 15 mai. 2013.

STJ: Resp. nº 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

6. ANEXOS

Tabela dos gráficos de frequências mensais:

	frequência mensal de casamentos homoafetivos no Estado de SP entre maio de 2011 e dezembro de 2013	frequência mensal de casamentos heteroafetivos no Estado de SP entre maio de 2011 e dezembro de 2013	frequência mensal de decisões do CSM
Mai 2011	0	21316	0
Jun 2011	1	17330	0
Jul 2011	4	21426	0
Ago 2011	4	15762	0
Set 2011	9	24705	0
Out 2011	14	26786	0
Nov 2011	10	28318	0
Dez 2011	15	30029	0
Jan 2012	18	20031	0
Fev 2012	14	16599	0
Mar 2012	16	23137	0
Abr 2012	16	18697	0
Mai 2012	19	22087	9
Jun 2012	16	19747	3
Jul 2012	12	19418	2
Ago 2012	21	16411	3
Set 2012	38	27587	1
Out 2012	46	25116	0
Nov 2012	41	28094	0
Dez 2012	45	31325	0
Jan 2013	42	18702	0
Fev 2013	74	16367	0
Mar 2013	126	20412	1
Abr 2013	168	20918	0
Mai 2013	157	21856	0
Jun 2013	188	20879	0
Jul 2013	192	20155	0
Ago 2013	188	20022	0
Set 2013	197	25497	0
Out 2013	213	26566	0
Nov 2013	226	33384	0
Dez 2013	174	29944	0

Tabela 1:

Data	Número de decisões
24/05/2012	1
31/05/2012	8
14/06/2012	3
19/07/2012	2
02/08/2012	2
30/08/2012	1
27/09/2012	1
21/03/2013	1

Gráfico 1:

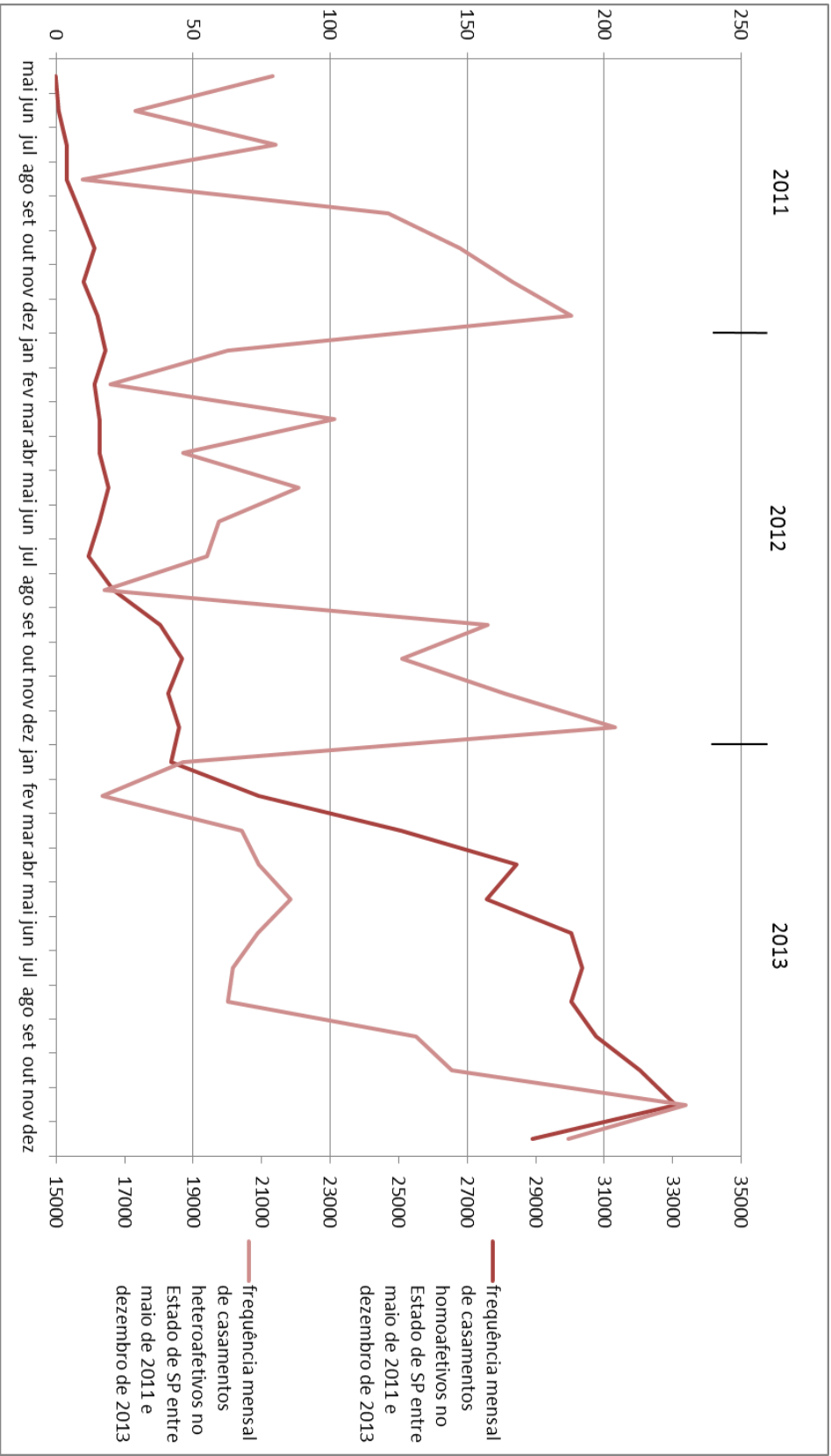


Gráfico 2:

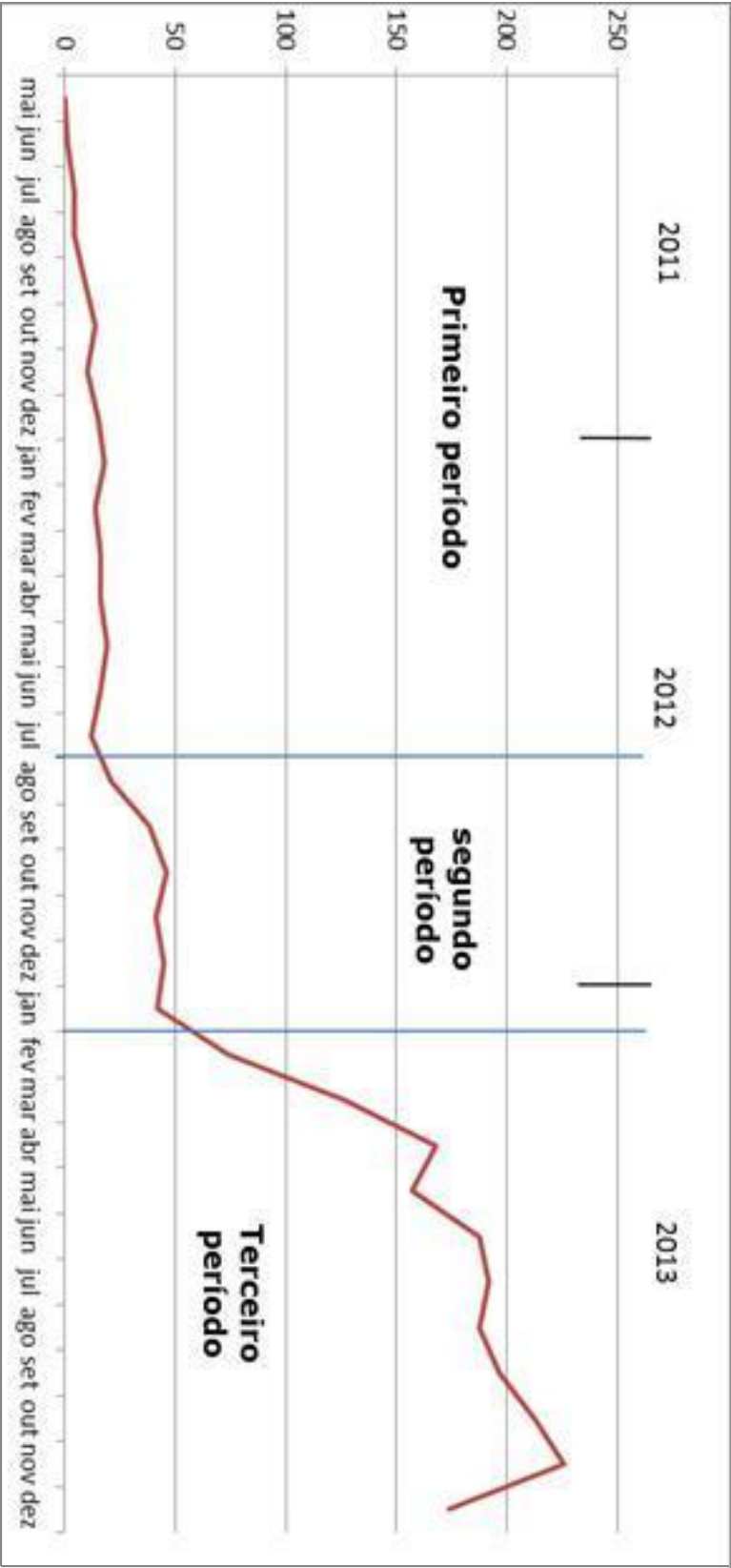


Gráfico 3:

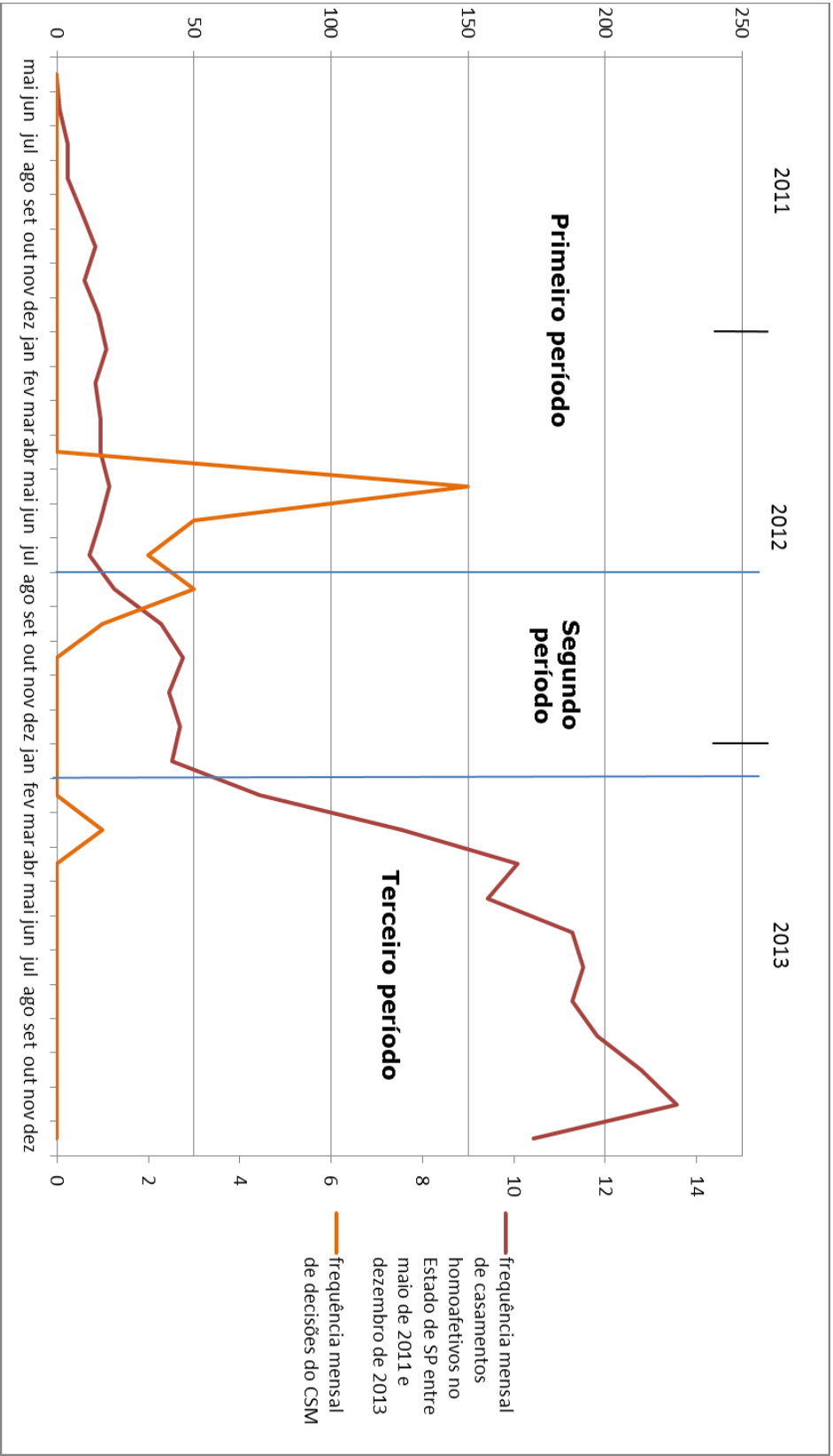


Gráfico 4:

