



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000381245

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2002479-29.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. LUCIANA BRESCIANI (COM DECLARAÇÃO), EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, AROLDO VIOTTI, LUIS FERNANDO NISHI E JARBAS GOMES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER E FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

XAVIER DE AQUINO

RELATOR

Assinatura Eletrônica

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2002479-29.2023.8.26.0000****AUTOR(S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ****RÉU(S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
JUNDIAÍ****COMARCA: SÃO PAULO (ÓRGÃO ESPECIAL)****VOTO Nº 33.417**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, que Institui o Programa “Florescer – Além da Cicatriz”, de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes. 1) Ausência de invasão a esfera de iniciativa reservada ao Alcaide. Tema 917 da C. Suprema Corte. Norma de caráter programático, geral e abstrato, que se insere dentro da atribuição típica e predominante normativa da Câmara. 2) Necessidade de dar interpretação conforme à Constituição sem redução de texto para inclusão de transgêneros (transmasculinos), no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí. Diversidade sexual que é um direito vinculado à autonomia e à liberdade de expressão, valores fundamentais albergados pela Constituição



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal de 1988 que prevê como direito fundamental a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV) e que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, caput). Precedentes do C. Órgão Especial.

Ação parcialmente procedente, para dar interpretação conforme à Constituição sem redução de texto para inclusão de transgêneros (transmasculinos), no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da LEI MUNICIPAL nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, que institui o Programa “Florescer – Além da Cicatriz”, de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes.

Alega o autor que a norma combatida, de iniciativa parlamentar, esbarra em inconstitucionalidades materiais que acabam, inclusive, desprestigiando seu objetivo por contrariar a Carta Estadual quando impõe à Administração Pública a obediência de princípios salutares,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previstos no art. 111 da Carta Estadual; diz que fomentar, por meio de cartazes, em estabelecimentos específicos (elencados no art. 2º da lei), que tatuadores realizem atendimento a mulheres que tenham sofrido violência pode, concomitantemente, trazer benefícios a algumas mulheres, mas prejuízos a outras, inclusive constrangimento, posto que não é a "simples" divulgação do Programa em epígrafe que resolverá essa questão, na medida em que o programa em debate deve estar em harmonia e inserido na política pública específica, sob pena de colocar em xeque a efetividade das ações em curso; assevera que a lei em questão desrespeita os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que sustentam o Estado Democrático de Direito previsto no *caput* do art. 1º da Constituição Federal; afirma que o fato de o Programa em referência ser destinado exclusivamente à determinada atividade econômica esbarra no princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no "caput" do art. 37 da Lei Maior. Pede a declaração de inconstitucionalidade da norma por afronta direta da Constituição Federal, pois suas disposições então transcritas consubstanciam normas de reprodução obrigatória na Constituição Estadual paulista.

Processada a ação, sobrevieram informações do Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí, batendo-se pela constitucionalidade da norma ao argumento de que o Município possui o dever de assegurar políticas urbanas



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condicionadas às funções sociais da cidade, bem como a promoção e proteção dos direitos das mulheres, possibilitando ao Poder Público incentivar a sociedade civil organizada, especialmente os tatuadores do Município para realizarem o atendimento às mulheres vítimas de traumas, queimaduras entre outras ocorrências, cuidado este que assegura a qualidade de vida das munícipes com absoluta prioridade, conforme expresso na Lei Orgânica de Jundiaí, nos arts. 141, 238-B e 238-C (fls. 45/55).

Sem manifestação do i. Procurador-geral do Estado (fls. 108).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça fls. (113/126) pela improcedência do pedido inicial e, ante o caráter aberto da ação, que se declare a nulidade parcial, sem redução de texto, para inclusão de transgêneros (transmasculinos) no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

É o relatório.

O pleito é de procedência parcial da ação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, de iniciativa



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

parlamentar, que institui o Programa “Florescer – Além da Cicatriz”, de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes. Este é o texto do dispositivo de lei guerreado:

“LEI Nº 9.855, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2022.

Institui o Programa “Florescer – Além da Cicatriz”, de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes.

Art. 1º. *É instituído o Programa “Florescer – Além da Cicatriz”, a ser executado pela sociedade civil organizada, com o objetivo de promover o incentivo para tatuadores realizarem atendimento das mulheres que sofreram traumas, queimaduras e diferentes ocorrências que resultaram em marcas e cicatrizes na pele.*

Art. 2º. *Para divulgação do Programa, as organizações executoras poderão afixar cartazes com informações sobre o funcionamento e dados para contato, mediante prévia anuência dos proprietários ou responsáveis, em:*

- I – estabelecimentos de saúde;*
- II – estabelecimentos de estética e bem-estar;*
- III – estabelecimentos de tatuagem;*
- IV – órgãos e estabelecimentos públicos;*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

V – escolas;

VI – ônibus e táxis.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Pois bem.

Invasão à reserva de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo não há.

Trata-se de norma que tem caráter fundamentalmente programático, geral e abstrato, o que se insere dentro da atribuição típica e predominante da Câmara, que é normativa.

Neste passo, não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo, norma que não trata da sua estrutura ou da atribuição dos seus órgãos, nem do regime jurídico dos servidores públicos, consoante assente no Tema 917 do C. Corte Suprema. E, assim, não se há reconhecer invasão indevida em reserva de iniciativa do Alcaide, sabido que tal reserva tem interpretação restritiva, por constituírem exceções à função normativa do Legislativo.

Observa-se, mais, que a lei guerreada foi editada dentro dos limites do interesse local, que se ampara

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

no artigo 30, I, da Carta Federal, de reprodução obrigatória pelos Municípios, ao teor do artigo 144 da Carta Estadual, em se tratando da instituição de programa social que tem por finalidade a implantação de política pública voltada, precipuamente, à saúde emocional de mulheres vítimas de traumas, queimaduras e diversas outras ocorrências que deixam cicatrizes em seu corpo.

A alegação feita pelo Autor na inicial desta ação, no sentido de que “o Município já possui ações públicas voltadas à proteção da mulher, notadamente em estabelecimentos de saúde da atenção primária” e que “a rede pública conta com medidas implementadas em prol, primeiramente, do fim das práticas que coloquem em risco a saúde da mulher e, infelizmente, quando ocorrem, medidas mitigatórias e resolutivas para os traumas causados são adotadas”, importa no reconhecimento de que tais medidas, já em prática no Município, vem se somar àquela proposta pela norma em análise, criando uma universalidade de medidas de proteção às mulheres.

Portanto, não se há conceber na lei em comento, afronta aos primados da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que a lei atacada apenas amplia o leque de políticas públicas já em andamento no Município de Jundiaí, não se verificando ali excessos ou absurdos,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sequer interferindo a norma em atos de gestão administrativa do Executivo local para sua realização, uma vez voltada à iniciativa privada.

Neste diapasão, vale conferir, quanto à proporcionalidade *verbis*:

“O critério da proporcionalidade é tópico, e, tal qual a eqüidade, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular. No dizer de Paulo Bonavides "é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (abwägung), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (Übermassverbot), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.”

A doutrina constatou a existência de três elementos ou subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. O primeiro é a pertinência. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Portanto se verifica que esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio. O segundo é o da necessidade, pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. O terceiro consiste na proporcionalidade mesma, tomada "stricto sensu", segundo a qual a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade demanda dois enfoques. Há simultaneamente a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desta forma, a proporção adequada torna-se condição de legalidade. Portanto, a inconstitucionalidade ocorre quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade. Esta, enquanto princípio constitucional, "somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica."¹

E quanto à razoabilidade:

"Para Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia-se o princípio da razoabilidade "que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente inválidas -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada."

Recaséns Siches, aponta com brilhantismo a

¹ **Proporcionalidade e Razoabilidade: Critérios de Intelecção e Aplicação do Direito** - Juíza Oriana Piske, in <https://www.tjdft.jus.br>



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessidade da observância do princípio da razoabilidade pelo Poder Judiciário. Os ensinamentos do mestre estão sintetizados de forma lapidar no seguinte trecho de sua monumental obra intitulada Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho:

"O juiz, para averiguar qual a norma aplicável ao caso particular submetido à sua jurisdição, não deve deixar-se levar por meros nomes, por etiquetas ou conceitos classificatórios, mas pelo contrário, tem que ver quais são as normas, pertencentes ao ordenamento jurídico positivo a ser aplicado no caso concreto, que ao dirimir o conflito estejam em consonância com os valores albergados e priorizados por este mesmo ordenamento."

O princípio da razoabilidade impõe a coerência do sistema. A falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, visto que o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.

Através da análise da razoabilidade também se verifica se os vetores que orientam determinado sistema jurídico foram ou não observados. A desobediência a esses vetores macula de ilegalidade o ato, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional. Conclui Weida Zancaner que "princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema."



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além da sua compreensão como critério de aplicação das normas jurídicas, o princípio da razoabilidade deve ser alçado a critério de inteligência de todo e qualquer sistema jurídico que pretenda se perenizar. Ele dá substância à lógica do sistema, isto é, torna uma massa imensa de normas jurídicas um todo coerente, com prioridades e finalidades definidas e passíveis de serem compreendidas e ordenadas.”².

Do que se conclui, portanto, inexistir afronta a tais princípios posto que a edição de tal norma é adequada e justificável, não se afigurando excessiva, uma vez em consonância com os valores albergados e priorizados pelo ordenamento constitucional pátrio.

Quanto à afirmação de que há afronta ao princípio constitucional da impessoalidade diante do fato de que o programa em referência se destina **exclusivamente** à determinada atividade econômica, quadra pontuar que em sendo norma que tem por finalidade realizar “*atendimento das mulheres que sofreram traumas, queimaduras e diferentes ocorrências que resultaram em marcas e cicatrizes na pele*”, através de tatuagem, seu destino somente poderia se dirigir aos tatuadores do Município.

Por fim, quanto ao acréscimo na norma da expressão “de transgêneros (transmasculinos) no ato normativo questionado” através da declaração de nulidade

² Idem nota anterior



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

parcial sem redução de texto, cabem as seguintes considerações.

A diversidade sexual é um direito vinculado à autonomia e à liberdade de expressão, valores fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988 que prevê como direito fundamental a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º., III), como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV) e que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (art. 5º, *caput*).

E na Carta Estadual, de aplicação obrigatória pelos Municípios ao artigo 144, observamos o artigo 219, 1, 2, 3 e 4 e artigo 277, que assim dispõem:

“Artigo 219 - A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

- 1 - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;
- 2 - acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em todos os níveis;

3 - direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como as atividades desenvolvidas pelo sistema;

4 - atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Artigo 277 - Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão. (NR)

A garantia de tais direitos avança na legitimação social de todas as identidades de gênero, na medida em que dada a universalidade dos direitos humanos, não se há excluir nenhum indivíduo do manto de esfera de proteção e igualdade do Estado.

O indivíduo transgênero é aquele que não se identifica com o gênero (masculino ou feminino) que lhe foi atribuído ao nascer.

Na oportunidade do julgamento da ADI 4275, Relator do Acórdão o Ministro Edson Fachin, cujo tema era “o reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade” da pessoa transgênero,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

deixou assente a Colenda Corte Suprema que, *verbis*:

“O tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior.

Cabe indagar: mostra-se legítimo recusar a transexuais o direito à alteração do prenome e gênero no registro civil? A resposta é desenganadamente negativa.

É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais.

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada.

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio.

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. **É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais,** sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.”.

Em acréscimo a tais fundamentos, veja-se o bem lançado parecer da i. Procuradoria-geral de Justiça, *verbis*:

“A proteção jurídica das individualidades e das coletividades **não pode discriminar injustamente** em razão do sexo, devendo ser **abrangente e inclusiva de papéis diferentes que a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero** (e que são alguns componentes dos direitos à diversidade sexual) proporcionam, fazendo sucumbir **anacrônicas taxinomias**. A promoção do bem geral não comporta discriminações orientadas pelo sexo, valendo ponderar que as locuções homem e mulher não correspondem a masculino e feminino.

Peço licença para incorporar o que já escrevi a propósito do tema:

“A Constituição de 1988 tem, entre seus muitos predicados, predisposição à inclusão. Ela é revelada pela premissa universalista ao elencar dentre os objetivos fundamentais da república e da federação a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV) e pelo compromisso com a dignidade da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pessoa humana (art. 1º,III), alçada à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Corolário é a consagração de direitos subjetivos basilares ao ser humano (felicidade, personalidade, vida privada, imagem, liberdade, propriedade etc.) e a inserção de mandados e diretivas de satisfação das necessidades (individuais ou coletivamente fruíveis) como deveres subjetivos públicos impostos ao Estado, à sociedade e aos indivíduos, dotados das características de exigibilidade e oponibilidade.

Na Constituição, o ser humano é colocado em posição central. E o bem geral em seu texto sublimado é tonificado pelo pronome indefinido que identifica seus beneficiários, indicativo de seu caráter refratário a distinções de qualquer natureza, difundindo seu raio de incidência também às minorias e aos marginais e vulneráveis, na mais séria e fecunda das proposições de ruptura e compensação com estruturas pretéritas de exclusão, preconceito, violência, indiferença e omissão.

(...)

Em prol delas o Estado, a sociedade e os indivíduos têm deveres subjetivos públicos de atuação ou de prestação; compete sobremaneira ao poder público a edição de normas e a execução de políticas públicas inspiradas pelo princípio da igualdade seja interdição de discriminações desarrazoadas seja para articulação de vantagens equalizadoras ou ações afirmativas, ou seja, normas sancionadoras, medidas de polícia administrativa, fomento à iniciativa privada ou aos indivíduos, e serviços públicos.

Entre parcelas ou segmentos assim concebidos como vulneráveis há os homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais e outras denominações que, no particular, anseiam a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

defesa específica de seus direitos à diversidade sexual, molestados ou ignorados pelo Estado, pela sociedade e pelos indivíduos ou grupos sociais, podendo ser exemplificadas as aspirações tendentes à liberdade sexual e à igualdade, e aos seus reflexos nas relações civis (família, sucessões, personalidade), previdenciárias, registrárias (nome), administrativas (acesso à funções públicas lato sensu e aos serviços públicos) etc.

(...)

As transformações operadas no direito brasileiro desde a Constituição de 1988 se projetaram no domínio da diversidade sexual tanto pelo direito à liberdade de orientação sexual quanto pelo de identidade de gênero, e que são algumas emanações singularmente concretizáveis do direito fundamental de liberdade.

Trata-se de conquistas que se atrelam a pautas liberais, principalmente as brandidas pelo movimento feminista - revolução social de costumes que teve maior impacto na sociedade ocidental.

O resgate histórico-sociológico revela que o movimento feminista teve como um de seus pilares a liberdade sexual, o que estabeleceu ambiente propício para a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero. A partir dele emergiram novos direitos de minorias discriminadas, como os concernentes à homossexualidade, à transexualidade etc.

Nessa resenha, por exemplo, não é possível obliterar a sensível evolução do direito nacional quando o Supremo Tribunal Federal equiparou a união homoafetiva à família, ponto culminante de uma nova conformação aberta das entidades familiares.

Ao acolher a Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no inciso III do art. 1º, ela



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assume relevância singular no ordenamento jurídico brasileiro como pedra angular da produção e da interpretação de atos ou negócios jurídicos de direito público ou privado, decisões judiciais e normas jurídicas. Ela constitui o núcleo básico dos direitos fundamentais e, por isso, é limite a ações contrárias estatais ou privadas. Tem estreita afinidade com os princípios de igualdade e liberdade, abrangendo este a de orientação sexual e de identidade de gênero que são componentes do direito à diversidade sexual.

Cabe assinalar que apesar de a liberdade de orientação sexual não constar expressamente na Constituição vigente, o inciso IV do art. 3º contém um interdito à discriminação em razão da orientação sexual, o que revela a existência do direito correlato à liberdade de orientação sexual, determinante de equiparação aos direitos dos heterossexuais e de punição por sua violação.

A fórmula normativa em foco proíbe “distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos”.

Dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade se imbricam num círculo virtuoso. Ao se garantir a liberdade no art. 5º *caput*, a Constituição de 1988 assegura a orientação sexual e a identidade de gênero. E da combinação dos arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição de 1988, exsurge a cunhagem de característica exemplificativa ao alcance do princípio da igualdade com a expressão “sem distinções de qualquer natureza”, corroborada pela igualdade entre os sexos (art. 5º, I).

É o reconhecimento do direito à diferença que numa sociedade democrática se expressa por valores como convivência e tolerância, oponível contra o Estado e os demais indivíduos. A



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diversidade sexual é, ademais, direito inerente à personalidade porque este, conjugado à liberdade, projeta o direito à sexualidade, do qual aquela se irradia.

Os direitos da diversidade sexual abrangem fatias consideráveis da população como homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros e outras denominações de pessoas que, em razão das liberdades de orientação sexual e de identidade de gênero, anseiam por direitos elementares como a felicidade e o de não-exclusão pelo desenvolvimento dessas potestades. Diz-se diversidade sexual porque não se esgota a concepção de liberdade na lógica binária do sexo biológico (masculino-feminino).

Sua consagração é vital importância para a busca de direitos gerais (de natureza administrativa, civil, previdenciária, trabalhista, tributária etc.) reconhecidos sob o tradicional pressuposto da heterossexualidade, bem como para aquisição de novos direitos como o uso do nome social, a alteração do registro civil em razão da identidade de gênero, a aposentadoria conforme o gênero etc.

Discriminações desarrazoadas não são toleradas, tendo validade somente aquelas que atendam ao espírito da Constituição." (Wallace Paiva Martins Junior. "A Tutela dos Direitos à Diversidade Sexual", in Direito e diversidade: vol. 2, São Paulo: APMP, 2020, pp. 18/23 – organização Fabíola Sucasas Negrão Covas, Bruno Orsini Simone, Daniela Romanelli da Silva).". (g.o.)

Quadra destacar em abono do tema que "...(i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação. (Alínea “i” do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica)³

Por tais razões, a inclusão dos “transgêneros masculinos” na norma combatida é de rigor, como aliás, já decidiu este C. Órgão Especial na oportunidade do julgamento da ADI nº 2179353-34.2021.8.26.0000, Rel. Des. Matheus Fontes, j. em 11 de maio de 2022:⁴

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE LEI Nº 17.574, DE 12 DE JULHO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE “INSTITUI O PROGRAMA DE CUIDADOS COM AS ESTUDANTES NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO” PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DE IGUALDADE - DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL, SEM QUALQUER DISCRIMINAÇÃO TRANSMASCULINIDADE NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 219, 1, 2, 3 E 4; 237, CAPUT, E INCISOS II, VII; 277; C.C. 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E ARTIGOS 1º, III; 3º, IV E 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA

³ *Apud* ADO 26-DF, Rel. Min. Celso de Mello, 24/8/2001

⁴ NMS: ADI 2031023-27.2023.8.26.0000, Rel. Cistabile e Solimene, j. em 26/4/2023



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSTITUCIONAL ABSTRATA, PRESENTE A POTENCIAL EXCLUSÃO DE TRANSMASCULINOS DA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ABSORVENTES E ÍTENS DE HIGIENE NA REDE PÚBLICA DE ENSINO MUNICIPAL **AÇÃO PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA, À LUZ DA CONSTITUÇÃO ESTADUAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DEFINIR COMO ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL DOS PRECEITOS INFRACONSTITUCIONAIS IMPUGNADOS, A FIM DE COMPATIBILIZÁ-LOS COM A LEI FUNDAMENTAL, A DE QUE SE APLICAM EM TODA SUA EXTENSÃO ÀS PESSOAS TRANSMASCULINAS, BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE CUIDADOS COM AS ESTUDANTES NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO.**" (g.n.)

Quanto à sugerida aplicação pela d. Procuradoria-geral de Justiça da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, firmando a inclusão de transgêneros (transmasculinos) no ato normativo questionado — *e não uma redução do conteúdo normativo do preceito*—, observo que melhor se adequa ao caso a aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, o que possibilita ao julgador uma adição de sentido à norma que tem sua eficácia reconhecida.

Neste sentido, confira-se:

“A interpretação conforme *stricto sensu* normalmente é um passo prévio à emissão de decisões manipulativas e de inconstitucionalidade simples.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O juiz deve verificar primeiro se há possibilidade de interpretar o texto do preceito segundo uma alternativa constitucional e somente depois partir para outras soluções. **No presente caso, ficou patente que sem uma adição de sentido proporcionada pela Constituição, o preceito não logrará salvar-se (ou tornar-se constitucional).**

Como diria Miranda (2002: 514), “a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta” (grifos no original). **Trata-se, portanto, de ditar uma sentença manipulativa (modificativa) aditiva**, porque os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e secularização aplicáveis ao art. 299 CP exigem que o preceito tenha um sentido que seu texto em conjunto com a Constituição é incapaz de gerar por si mesmo.

A sentença aditiva indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece..., ou não prevê..., ou omite..., ou não inclui..., ou exclui..., algo que deveria incluir para ser conforme a Constituição. **A disposição é conservada em sua totalidade, mas passa a significar também o sentido omitido (norma) que a tornava ilegítima.** Isto é, o Tribunal produz uma nova norma e a adiciona à disposição para convertê-la em constitucional, porque esse tipo de sentença



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tem sua causa numa omissão da lei.¹² Comparando-a com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, Canas (1994: 93) é definitivo: “enquanto ali o que se verifica é uma violação por ação pelo autor da norma, que dispõe o que não deveria, aqui a norma diz menos do que deveria dizer”. Em suma, nem anulação parcial do conteúdo normativo, nem eleição entre alternativas emergentes do conteúdo normativo. **O que o preceito necessita é que se lhe adicione ou se lhe “construa” o sentido que o tornará constitucional.**¹⁵

Diante do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação para dar interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, para a inclusão da expressão “e transgêneros masculinos” no artigo 1º do Programa “*Florescer – Além da Cicatriz*”, instituído pela Lei nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

XAVIER DE AQUINO

DESEMBARGADOR DECANO

RELATOR

⁵ Leo Brust. “A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS”. In *Revista de Direito GV, edição 10 disponível em <https://www.scielo.br/jj/rdgv/a/3dz8C7rw8rzKxT3hfmMvk7H/?format=pdf&lang=pt>*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO