



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000401781

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2210878-97.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIQUETE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIQUETE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO A EXMA. SRA. DES^a. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDI 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, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 17 de maio de 2023.

VICO MAÑAS

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Direta de Inconstitucionalidade nº 2210878-97.2022.8.26.0000

Autor: Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Réus: Prefeito do Município de Piquete e Presidente da Câmara Municipal de Piquete

Comarca: São Paulo

Voto nº 46.050

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de Piquete, de iniciativa parlamentar, que "torna obrigatório banheiro masculino e feminino no município de Piquete-SP" e veda "a transformação de banheiros masculinos e femininos em banheiro de gênero". Art. 2º, I, que determina a inclusão dos banheiros em questão na "rede pública e privada de ensino, creches e universidades". Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF). Violação do Pacto Federativo (arts. 1º, 144 e 237, inciso VII, da CE). Incompetência municipal para legislar sobre a matéria. Atuação que não se insere na competência concorrente suplementar municipal (art. 24, IX, da CF), uma vez que afronta todos os princípios que regem a educação no país, consoante regramento constitucional e legal da União e do Estado de SP. Norma que Limita a liberdade, desconsidera a solidariedade humana, dissemina tratamento desigual e preconceitos de sexo, obsta o pleno desenvolvimento da pessoa, esvazia a formação e o exercício da cidadania, impõe obstáculos para o acesso e permanência na escola, restringe a liberdade de aprender e de divulgar o pensamento, infirma a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. Violação ao basilar princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e aos arts. 3º, I e IV, e 5º, "caput", da CF. Inconstitucionalidade que permeia todo o texto legal e não só nos trechos pertinentes a locais de ensino. Conceito de gênero como construção social, não vinculada ao sexo biológico/anatômico. Lei que cria óbices à manifestação plena da personalidade e do gênero, propagando discriminação e preconceitos. Tema 778 do STF, dotado de repercussão, ainda em julgamento, que trata de matéria pertinente ao caso dos autos. Voto do relator no sentido de "proteger direitos fundamentais e humanos das minorias sociais", conforme outros precedentes daquela Corte Constitucional. Inconstitucionalidade patente. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de Piquete.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de Piquete, que tornou obrigatório naquela municipalidade a instalação de “banheiro masculino e feminino” em diversos locais que especifica.

Alega ofensa aos arts. 1º, III, 3º, I e IV, 5º, “caput”, e 22, XXIV, da Constituição Federal, e 144 e 237, I, II, IV, VII e VIII, da Constituição Estadual, uma vez que o ato normativo citado, ao vetar a transformação de banheiros masculinos e femininos em “banheiros de gênero” afrontou os preceitos da dignidade humana e da liberdade de orientação sexual. Ademais, especificamente em seu art. 2º, I, invadiu esfera de competência exclusiva da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, violou o princípio do pacto federativo.

Deferida liminar, com efeito “ex nunc”, para suspender a validade da lei questionada (fls. 65/66).

Oficiados, o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Piquete não se manifestaram (fl. 82).

Citada, a Procuradoria-Geral do Estado também não se pronunciou (fl. 78).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pleito.

É o relatório.

A arguição de inconstitucionalidade recai, como visto, sobre a Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Piquete, de iniciativa de vereador, aprovada pela Câmara Municipal daquela cidade, sancionada pelo Prefeito e constante do documento às fls. 26/27, cujo conteúdo abaixo se transcreve:

LEI Nº 2.125, de 18 de abril de 2022

Artigo 1º - Torna obrigatório banheiro masculino e feminino no município de Piquete-SP.

Artigo 2º - A inclusão dos banheiros se dará aos seguintes locais:

I – Rede pública e privada de ensino, creches e universidades;

II – Estabelecimentos e empresas da iniciativa privada;

III – Escritórios em geral;

IV – Autarquias;

V – Prédios públicos, estabelecimentos públicos;

VI – Locais públicos que venham possuir ambiente sanitários;

VII – Casas de eventos e comércios.

Artigo 3º - Fica vetado a transformação de banheiros masculinos e femininos em banheiro de gênero.

Artigo 4º - Os banheiros deverão ser sinalizados como masculino e feminino.

Parágrafo único. Em locais pequenos que impeça a criação de dois banheiros, deverá conter as placas masculino/feminino e o impedimento da circulação e utilização por pessoas de sexo oposto ao mesmo tempo.

Artigo 5º - O Poder Executivo se encarregará de notificar todos os entes descritos no art. 2º e aos novos que vierem a se instalar no município.

Artigo 6º - As dotações desta presente Lei ocorrerão do orçamento próprio suplementada se necessário.

Artigo 7º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Artigo 8º - Revogam-se as disposições em contrário.

A inconstitucionalidade do texto legal salta aos olhos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de simples leitura.

De início, destaca-se o art. 2º, I, da lei impugnada. Ao determinar a “inclusão de banheiros” masculino e feminino na “rede[s] pública e privada de ensino [e em] creches e universidades”, tal dispositivo feriu o princípio do pacto federativo.

Isso porque, nos termos do art. 22, XXIV, da CF, “compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional”. A previsão, à evidência, por se tratar de reflexo de preceito estabelecido na CF, é aplicável aos municípios por força do art. 144 da CE, e, nessa condição, pode servir de parâmetro para controle concentrado de constitucionalidade por este Órgão Especial, consoante o Tema 484 do STF:

Art. 22, XXIV, CF: Compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 144, CE - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Tema 484 do STF: Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

Nesse quadro, consoante o art. 24, IX, da CF, a competência do Município para legislar sobre educação é apenas complementar à da União e dos Estados, os quais estipulam as balizas a serem seguidas dentro daquela temática. E tais balizas estão definidas na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no âmbito da União, e na Constituição Estadual e na Lei nº 10.948/2001, na esfera estadual. Em essência, todas as normas referidas abordam os princípios que estruturam a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

educação no país, a serem obedecidos por todos os entes federativos. Dentre elas, destacam-se o art. 237, VII, da CE, e os arts. 205 e 206, I, II e IX, da CF:

Artigo 237, CE - A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim: VII - a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo.

Art. 205, CF. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206, CF. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Como se vê, o art. 2º, I, c.c. os arts. 1º, 3º e 4º, todos da Lei Municipal nº 2.125/22, colidem frontalmente com tais dispositivos. Com efeito, ao determinar que os banheiros em instituições de ensino sediadas no município exibam distinção entre masculino/feminino, ao mesmo tempo em que veta, em seu art. 3º, “a transformação de banheiros masculinos e femininos em banheiro de gênero”, a norma vai de encontro a tudo o que as regras constitucionais defendem. Limita a liberdade, desconsidera a solidariedade humana, dissemina tratamento desigual e preconceitos de sexo, obsta o pleno desenvolvimento da pessoa, esvazia a formação e o exercício da cidadania, impõe obstáculos para o acesso e permanência na escola, restringe a liberdade de aprender e de divulgar o pensamento, infirma a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao ferir de modo tão contundente tantos direitos essenciais, a lei acaba por violar o basilar princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), inspirador de toda a ordem jurídica. Além dele, no caso, é possível identificar, mais especificamente, infringência aos preceitos da não discriminação, da igualdade e liberdade (arts. 3º, I e IV, e 5º, “caput”, da CF), salientados pelo Ministério Público na inicial e no parecer, e também aos direitos da personalidade.

Sobre o tema, com foco especial sobre a questão do pacto federativo e os princípios que lastreiam a elaboração de normas que tratam de educação, o seguinte julgado paradigmático deste C. Órgão Especial, de relatoria da Desembargadora Cristina Zucchi:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.185, de 28 de setembro de 2015, de iniciativa parlamentar, que veda “a utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados, de acordo com a identidade de gênero, em instituições que atendam ao ensino fundamental, público ou privado, instaladas no âmbito do Município”. Matéria veiculada na lei que discute questão relativa à ideologia de gênero nas instituições que atendem ao ensino fundamental. Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF). Violação do Pacto Federativo (arts. 1º, 144 e 237, inciso VII, da CE). Patente, pois, a incompetência municipal para legislar sobre a matéria, eis que afronta as normas constitucionais e a disciplina complementar existente, configurando vício de inconstitucionalidade formal. Ação direta julgada procedente.

Partindo de uma análise constitucional, temos que o inciso XXIV do artigo 22 da Constituição Federal reservou à União a competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. E no inciso IX do artigo 24, a Carta Magna determina ser da União, dos Estados e do Distrito Federal a competência para legislar concorrentemente sobre educação,



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cabendo à União estabelecer normas gerais sobre a educação, e aos Estados a competência suplementar, que consistirá de competência legislativa plena se ausente norma federal, e passível de revogação na hipótese de superveniente lei federal que disponha em contrário à legislação estadual. Embora silente quanto aos Municípios, a eles tem sido autorizada a atuação suplementar, no âmbito local e restrita à normatividade federal e estadual vigentes.

Dentro destas balizas constitucionais, e no exercício de sua atribuição constitucional, o legislador federal editou a Lei Complementar n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), dispondo amplamente sobre as diretrizes e bases da educação, estabelecendo, no que é pertinente ao âmbito de análise nesta ação direta de inconstitucionalidade, a educação como dever da família e do Estado, inspirado nos princípios da liberdade e da solidariedade humanas, visando preparar o educando para a cidadania e para o trabalho (art. 2º), e o ensino lastreado nos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, respeito à liberdade e apreço à tolerância e na vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais (art. 3º, I, IV e XI).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ainda prevê, em seu artigo 8º, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em regime de colaboração, organizarão os respectivos sistemas de ensino, e no inciso IV do seu artigo 9º, que à União incumbirá estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para o ensino fundamental.

De ser ressaltado também que, no Estado de São Paulo, a Constituição bandeirante estabelece, no seu artigo 237, que a educação deve ser inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, com respeito à dignidade e liberdades fundamentais da pessoa humana, sendo condenado qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, ou ainda preconceito de classe, raça ou sexo. No âmbito estadual paulista, ainda, foi editada a Lei 10.948, de 05 de novembro de 2001, dispondo sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sexual será punida qualquer manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero (art. 1º), inclusive o ato de proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público (art. 2º, II).

Esta a hierarquia legislativa vigente quanto à competência para legislar e dispor sobre educação, donde se vê que os Municípios não detêm autonomia plena para legislar sobre educação mas, desde que em colaboração e em sintonia por integração com os demais entes federados, podem editar normas complementares para regular as especificidades locais na área de ensino. Tal competência municipal vem, ainda, conferida pelo constituinte federal nos incisos I e II do art. 30, outorgando à Municipalidade a possibilidade de legislar sobre assuntos de interesse local e de suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber. Competência suplementar esta que não dá ao Município competência para ampliar, tampouco restringir o conteúdo estabelecido na norma geral federal ou estadual, quando existente.

(...)

Como já esboçado acima, à União cabe legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (arts. 22, XXIV, 23 e 24, IX da CF). Legislar sobre as diretrizes e bases da educação significa dispor sobre a orientação e direcionamento de tudo que diga respeito à educação, à formação e desenvolvimento do educando, inclusive à proteção dos direitos da personalidade. E ela o faz, conforme se vê ainda dos arts. 205, 206, II e III e 214. Aos municípios cabe, no âmbito da competência legislativa comum e concorrente (art. 23, V, 24, IX, e 30, I e II), suplementar as normas federais e estaduais, dentro dos limites por estas traçadas.

Ao vedar o uso de banheiros escolares com base no critério de identidade de gênero, a norma objurgada está restringindo o que a regulamentação existente estabelece a respeito. Se as leis municipais devem estar compatíveis com a legislação federal e estadual, vedada a elas está a inovação, a alteração (pela restrição ou pela ampliação), sob pena de violação do pacto federativo.” (TJSP, ADI 2137220-79.2018.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Cristina Zucchi, 09-10-2019).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso acima, declarada a inconstitucionalidade da lei.

Na hipótese destes autos, porém, a Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de Piquete, tem um escopo mais amplo, ordenando a instalação de sanitários masculino/feminino e proibindo “banheiros de gênero” não só em instituições de ensino, mas em todos os ambientes elencados no art. 2º.

Obviamente, ao abraçar ideologia retrógrada sobre o que se entende por “gênero”, vinculada exclusivamente ao sexo biológico/anatômico, a lei espalha preconceitos e promove tratamento discriminatório como um todo, ferindo, em qualquer situação, a própria dignidade humana.

Conforme entendimentos modernos e inclusivos do conceito, que abarcam ainda aspectos sociais e psicológicos, o gênero está relacionado ao autoconhecimento do indivíduo, que, vivenciando esse aspecto fundamental de sua identidade, pode concluir que não se insere exatamente nas acepções tradicionais da dualidade masculino/feminino, ambas, aliás, construções sociais, fruto do que a sociedade entende como tal, e não resultado determinista do sexo biológico/anatômico, como parecem crer os responsáveis pela edição da lei impugnada.

Como bem estatuído na inicial e no parecer:

“Gênero é conceito vinculado aos papéis atribuídos para o masculino e para o feminino no âmbito de cada sociedade. Cuida-se da identificação de uma pessoa para com um dos papéis que a sociedade na qual vive estabelece usualmente para o masculino ou para o feminino. É, portanto, conceito relacionado a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

uma construção social, e não vinculado ao sexo biológico.

É possível, então, que uma pessoa seja do sexo biológico masculino, porém se identifique com o papel atribuído ao feminino, como também é possível o inverso, isto é, que uma pessoa do sexo biológico feminino se identifique com o papel atribuído para o masculino socialmente.

Em tais situações, não há coincidência entre o sexo biológico e a identidade de gênero daquela pessoa.

A Organização das Nações Unidas, em nota informativa a respeito das pessoas transgênero, trata do tema em debate com clareza:

‘A identidade de gênero se refere à experiência de uma pessoa com o seu próprio gênero. Pessoas transgênero possuem uma identidade de gênero que é diferente do sexo que lhes foi designado no momento de seu nascimento. Uma pessoa transgênero ou trans pode identificar-se como homem, mulher, trans-homem, trans-mulher, como pessoa não binária ou com outros termos, tais como hijra, terceiro gênero, dois-espíritos, travesti, fa’afafine, gênero queer, transpinoy, muxe, waria e meti. Identidade de gênero é diferente de orientação sexual (...)’.

Logo, como a lei cria obstáculos à manifestação de gênero, acaba, por consequência, estabelecendo óbices à expressão da própria identidade da pessoa, atingindo-a em sua dignidade, privando-a de direitos da personalidade, constringendo sua liberdade. Dessa maneira, conduz à desigualdade, por apenas legitimar a identidade de gênero concordante com o sexo biológico, nada mais constituindo do que fonte de discriminação e preconceito.

Diploma legal de tal espécie, à evidência, não pode permanecer no ordenamento jurídico.

Destaque-se que se encontra em julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 845.779, do qual derivou o Tema 778, dotado de repercussão geral, que guarda pertinência com a matéria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aqui abordada. Nele, discute-se a “possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”.

Embora ainda não haja decisão definitiva, o Relator do caso, Ministro Roberto Barroso, em voto de admissibilidade da repercussão geral, posicionou-se na linha aqui adotada, isto é, de “proteger direitos fundamentais e humanos das minorias sociais”, como se verifica dos excertos abaixo:

“A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a ora recorrida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). No entanto, o acórdão recorrido deu provimento à apelação da ré, concluindo que o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toalete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a ele que fizesse uso do banheiro masculino. Entendeu ainda não ter havido dano moral, mas mero dissabor.

O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, e sustenta a ocorrência de violação aos arts. 1º, III; 5º, V, X, XXXII, LIV e LV; e 93, todos da Constituição. Ao abordar a repercussão geral da questão constitucional debatida, a parte ora agravante, representada pelo Núcleo de Prática Jurídica do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina CESUSC, afirma o seguinte: No caso em tela, o acórdão recorrido, ao não reconhecer qualquer forma de discriminação mesmo admitindo como fato incontroverso o banimento da Recorrente do banheiro público feminino pelos funcionários da Recorrida, vai de encontro aos preceitos fundamentais da Carta Constitucional, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...) E mais, o tratamento dispensado a Recorrente, psicossocialmente identificada como mulher, pela decisão ora recorrida, atenta contra sua honra ao tratá-la insistentemente como se homem fosse. (...) Dito isso, impende notar que a matéria versada no presente



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recurso é relativa à aplicabilidade do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, tendo em vista a alta relevância no meio social ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento, objetivos da República Federativa do Brasil.

(...) Isso significa que o julgamento do presente recurso poderá interferir diretamente na aplicação e interpretação daquelas normas constitucionais, reconhecendo-se, em casos futuros, que os danos decorrentes de constrangimentos ilegais e inconstitucionais praticados contra transexuais possam ser corrigidos e coibidos pelo Poder Judiciário, e não reforçados por este, quando provocado a aplicar a tutela jurisdicional. (...) A situação ora apresentada envolve exatamente uma integrante das reconhecidas minorias, que ao buscar guarida no Poder Judiciário para efetivar seu direito a uma vida digna, foi novamente ofendida, desta vez por uma decisão que contraria os princípios pelos quais deveria primar. Ao apreciar o presente recurso, abre-se a possibilidade de manifestação explícita da Corte Suprema do país sobre as efetivas proporções alcançadas pelos avanços à proteção da dignidade humana, contribuindo para a inserção e aceitação das diferenças que naturalmente existem numa sociedade multicultural, em conformidade com as políticas adotadas pelo Governo Federal conjuntamente com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) no combate às discriminações. Portanto, a subsistência do acórdão recorrido que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados, seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais. E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

Sendo assim, evidente que as matérias debatidas nas razões do recurso tomam contornos que vão além dos interesses subjetivos da causa, na medida em que a decisão desta Corte



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Suprema será capaz de influenciar generalizadamente demais casos análogos apresentados ao Poder Judiciário, tendentes a coibir condutas preconceituosas, e indenizar aqueles que as sofrem diretamente. (...). (grifos nossos).

Convém lembrar alguns outros precedentes da Corte Constitucional na mesma direção:

“O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457/GO, Rel. Min Alexandre de Moraes, DJe 02.06.2020).

“A cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil assim como o pluralismo político, está consagrada na Constituição ao lado de objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de combate à discriminação (artigos 1º, II e V; e 3º, I e IV, CRFB), sendo certo que o sistema político se funda na representação dos diversos setores da sociedade, todos com liberdade para alcançar o poder por meio de processo político livre e democrático e com educação que os habilite a exercer essa liberdade” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 12.08.2020).

“A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana” (Recurso Extraordinário 670422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09.03.2020 Tema 761).

“É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual (Mandado de Injunção 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 28.09.2020). É vedada a discriminação em razão do sexo, gênero, ou orientação sexual. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 13/10/2011).

Patente, portanto, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, em sua integralidade. Eloquentes o silêncio da Câmara Municipal e do Prefeito de Piquete na defesa da lei por eles aprovada e sancionada.

Frente ao exposto, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de Piquete.

VICO MAÑAS

Relator



Órgão Especial

Direta de Inconstitucionalidade n.º 2210878-97.2022.8.26.0000

Autor: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

Interessados: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIQUETE E OUTRO

**DECLARAÇÃO DE VOTO
CONVERGENTE N.º 30.601**

Reporto-me aos termos do relatório do ilustre e culto Relator sorteado, Excelentíssimo Desembargador Vico Mañas:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei Municipal n.º 2.125, de 18 de abril de 2022, do Município de Piquete, que tornou obrigatório naquela municipalidade a instalação de “banheiro masculino e feminino” em diversos locais que especifica.

Alega ofensa aos arts. 1.º, III, 3.º, I e IV, 5.º, “caput”, e 22, XXIV, da Constituição Federal, e 144 e 237, I, II, IV, VII e VIII, da Constituição Estadual, uma vez que o ato normativo citado, ao vetar a transformação de banheiros masculinos e femininos em “banheiros de gênero” afrontou os preceitos da dignidade humana e da liberdade de orientação sexual. Ademais, especificamente em seu art. 2.º, I, invadiu esfera de competência exclusiva da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, violou o princípio do pacto federativo.

Deferida liminar, com efeito “ex nunc”, para suspender a validade da lei questionada (fls. 65/66).

Oficiados, o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Piquete não se manifestaram (fl. 82).

Citada, a Procuradoria-Geral do Estado também não se pronunciou (fl. 78).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pleito.



É o relatório.

Acompanho o nobre e culto Relator na procedência do pedido, pedindo vênua para expor meus fundamentos, sem prejuízo dos judiciosos apresentados no alentado voto do ilustre Desembargador Relator.

A Lei Municipal n.º 2.125/2022 de Piquete foi editada nos seguintes termos:

Artigo 1º - Torna obrigatório banheiro masculino e feminino no município de Piquete-SP.

Artigo 2º - A inclusão dos banheiros se dará aos seguintes locais:

I – Rede pública e privada de ensino, creches e universidades;

II – Estabelecimentos e empresas da iniciativa privada;

III – Escritórios em geral;

IV – Autarquias;

V – Prédios públicos, estabelecimentos públicos;

VI – Locais públicos que venham possuir ambiente sanitários;

VII – Casas de eventos e comércios.

Artigo 3º - Fica vetado a transformação de banheiros masculinos e femininos em banheiro de gênero.

Artigo 4º - Os banheiros deverão ser sinalizados como masculino e feminino.

Parágrafo único. Em locais pequenos que impeça a criação de dois banheiros, deverá conter as placas masculino/feminino e o impedimento da circulação e utilização por pessoas de sexo oposto ao mesmo tempo.

Artigo 5º - O Poder Executivo se encarregará de notificar todos os entes descritos no art. 2º e aos novos que vierem a se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instalar no município.

Artigo 6º - As dotações desta presente Lei ocorrerão do orçamento próprio suplementada se necessário.

Artigo 7º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Artigo 8º - Revogam-se as disposições em contrário.

Em seu alentado voto, o d. Relator acolhe a fundamentação deduzida na inicial para reconhecer a inconstitucionalidade material da norma, na qual identifica contornos discriminatórios incompatíveis com a Carta da República. É indiscutível que o pedido comporta exame sob essa ótica, por envolver uma controvérsia acesa na sociedade.

Embora adira às judiciosas considerações do d. Relator a respeito do compromisso inequívoco do constituinte com o combate à discriminação e ao preconceito, considero a discussão bastante delicada no caso específico dos banheiros. Lamentavelmente, verificam-se na sociedade brasileira recorrentes manifestações de comportamento violento, inclusive de natureza sexual, contexto que poderia ser considerado suficiente para justificar o comando da lei, destinada à preservação da intimidade e segurança de mulheres e crianças. Trata-se de debate sensível, que merece uma reflexão desapaixonada e, preferencialmente, uma solução com abrangência nacional.

Independentemente dessas ponderações, no caso específico, entendo que a inconstitucionalidade se manifesta também por outros fundamentos. Com efeito, a amplitude de incidência da norma atrai



diversos obstáculos ao reconhecimento de sua conformidade com a Carta Magna e, sob vários ângulos, a análise da lei não supera um juízo de constitucionalidade formal.

Em primeiro lugar, evidente que a previsão de incidência dos comandos da norma em todos os prédios e estabelecimentos públicos, indistintamente, acarreta violação ao princípio federativo. Com efeito, a imposição dos padrões locais a estabelecimento ou órgãos públicos estaduais e federais resulta em inadmissível ingerência na administração de outros entes.

Pela perspectiva do ensino, este colegiado já reconheceu a inconstitucionalidade de lei assemelhada do Município de Sorocaba que vedava a utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados, de acordo com a identidade de gênero, em instituições que atendam ao ensino fundamental, público ou privado, com fundamento na usurpação da competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, senão vejamos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n° 1.185, de 28 de setembro de 2015, de iniciativa parlamentar, que veda "a utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados, de acordo com a identidade de gênero, em instituições que atendam ao ensino fundamental, público ou privado, instaladas no âmbito do Município". Matéria veiculada na lei que discute questão relativa à ideologia de gênero nas instituições que atendem ao ensino fundamental. Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF). Violação do Pacto Federativo (arts. 1º, 144 e 237, inciso VII, da CE). Patente, pois, a incompetência municipal para legislar sobre a matéria, eis que afronta as normas



constitucionais e a disciplina complementar existente, configurando vício de inconstitucionalidade formal. Ação direta julgada procedente (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2137220-79.2018.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 09/10/2019; Data de Registro: 11/10/2019).

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba também já se pronunciou no mesmo sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.520/2020, DO MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE-PB. DIPLOMA LEGAL QUE PROÍBE A INTERFERÊNCIA DA DENOMINADA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” NAS ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS DO ENSINO FUNDAMENTAL, NO QUE DIZ RESPEITO À UTILIZAÇÃO DOS BANHEIROS, VESTIÁRIOS E DEMAIS ESPAÇOS SEPARADOS PELO SEXO BIOLÓGICO. VÍCIO DE INICIATIVA. CONSTATAÇÃO. AFRONTA AOS ARTS. 7º, §2º, IX, E 11, I E II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA. É de se declarar a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, da Lei nº 7.250/2020, do Município de Campina Grande/PB, que proíbe a interferência da “ideologia de gênero” nas escolas públicas e privadas do ensino fundamental, vez que, além de competir ao Estado legislar privativa e concorrentemente com a União sobre educação, na forma do art. 24, IX, da Constituição Federal, a norma impugnada também não trata de assunto de interesse local, tampouco suplementa a legislação federal, de modo que violados os limites da competência estabelecida nos arts. 7º, §2º, IX, e 11, I e II, da Constituição do Estado da Paraíba (Direta de inconstitucionalidade n.º 0808156-52.2020.8.15.0000, Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, Tribunal Pleno, juntado em 13/03/2021).

Ainda que o escopo da lei impugnada na presente ação seja mais abrangente, o mesmo raciocínio se aplica na espécie. A proteção da infância e juventude se insere na competência concorrente da



União, Estados e Distrito Federal, conforme artigo 24, inciso XV, da Constituição Federal. Pelo ângulo do direito do consumidor, pertinente em relação aos estabelecimentos privados, tampouco parece haver interesse local que justifique a edição da lei. Destaco precedente do C. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que tratava da obrigatoriedade de disponibilização de banheiros destinados ao uso infantil, ementado nos seguintes termos:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 5399, DE 10 DE MAIO DE 2012, QUE DETERMINA A DISPONIBILIZAÇÃO DE BANHEIROS PÚBLICOS DESTINADOS AO USO INFANTIL NOS CENTROS COMERCIAIS, SHOPPING CENTERS, CINEMAS, TEATROS, ESTÁDIOS DE FUTEBOL, GINÁSIOS ESPORTIVOS E CLUBES SOCIAIS NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - IMPOSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO LEGISLAR SOBRE MATÉRIAS DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO E DA UNIÃO FEDERAL, TAIS COMO A PERTINENTE À PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE E À RESPONSABILIDADE POR DANO AO CONSUMIDOR - AFRONTA AO ARTIGO 74, INCISOS VIII E XV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (0041227-48.2012.8.19.0000 - Direta De Inconstitucionalidade; Des. Adriano Celso Guimarães - Julgamento: 05/05/2014 - OE - Secretaria o Tribunal Pleno e Orgao Especial).

É realmente frágil a alegação de que a lei foi editada no exercício da competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local e complementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, incisos I e II da Constituição Federal). O Professor Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, ao tratar dessa questão, explica que:

Os incisos I e II do art. 30 têm sido fonte de

constantemente debates doutrinários e jurisprudenciais. A base da discussão tem sido apontada como a própria Constituição da República: como o art. 24 - que institui a competência legislativa concorrente - não incluiu o Município, como manter a possibilidade de suplementação da legislação federal e estadual, no que couber, em favor dos Municípios? E, por fim, como dissociar uma questão de direito urbanístico - art. 24, I da Constituição Federal, inserido na competência concorrente da União, Estados-Membros e Distrito Federal - de um assunto de interesse local? Um dos primeiros pontos a ganhar relevo neste problema é aquele do meio ambiente. Se ao Município compete apenas a competência material de proteção ambiental - incisos III a VII do art. 23 da Constituição, competência material, e não legislativa, portanto o desafio é sustentar a constitucionalidade de legislação municipal relativa à proteção do meio ambiente, especialmente nos Municípios que contam com áreas de preservação permanente em seus territórios, como florestas, rios, dunas, aquíferos.

Entendeu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a competência a que se referem os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal traduzem o sentido de que, neste âmbito, a atividade legislativa municipal submete-se aos ditames das leis orgânicas municipais, que por sua vez acham-se submetidas às Constituições Federal e Estadual respectiva. Assim, a espécie normativa municipal não poderá ir aonde não foram legislação federal, estadual, no limite de suas competências. Este foi o entendimento no Recurso Extraordinário n. 313060/SP, Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet (Diário da Justiça de 24 de fevereiro de 2006): “A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre assunto de interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na 51 repartição de competências, atribui à União e aos Estados”. Por sua vez, a doutrina tem sempre lembrado a predominância do interesse local a ser realizado, em caráter de exclusividade, como o elemento identificador da complementaridade legislativa mencionada pela Constituição Federal (cf. CLARK, Giovani. O Município em face do Direito Econômico, p. 96 e s.). É de se reconhecer que mesmo a expedição desta diretiva por parte do STF não elide todas as possibilidades de conflitos de competência, decorrentes da complexidade dos mais de seis mil Municípios brasileiros, espalhados por um vasto território, de tão diversas características de toda ordem.¹

¹ Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto. Comentários à constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho (et al.) - São Paulo: Almedina, 2013. p.787

De fato, inexistente definição precisa do que constituiria interesse local, de modo que a análise deve se orientar pelo critério do interesse predominante, assim entendido como aquele que se relaciona às necessidades imediatas do município, pois, conforme a lição clássica de Hely Lopes Meirelles, “... *não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, não de substância*”². Ocorre que, no caso dos autos, é difícil vislumbrar interesse predominante do Município que justifique sua competência. A lei local se propõe a arbitrar uma questão de abrangência nacional, bastante controvertida na sociedade, com desdobramentos e reflexos em vários campos.

Na ação direta n.º 2137220-79.2018.8.26.0000, mencionada anteriormente, a Excelentíssima Desembargadora Cristina Zucchi bem sintetiza a questão:

Trata-se de situação difícil, que envolve posicionamentos conflitantes, mas que requer uma disciplina regulamentadora ainda inexistente de forma específica e que efetivamente resolva a questão.

Tal lacuna de lei federal não justifica, porém, a atuação da legislação Municipal restringindo a normatividade genérica existente, trazendo inovação, indo além do que foi estabelecido no âmbito nacional, ferindo o pacto federativo.

Mesmo superada a inconstitucionalidade formal da lei municipal, tenho que a procedência do pedido seria imperativa.

² Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 136.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em relação aos estabelecimentos privados, há clara violação dos princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, mediante imposição de padrões ao empreendedor privado, subtraindo dos clientes a possibilidade de escolha, com ofensa aos artigos 1.º, inciso IV, e 170, parágrafo único, ambos da Constituição Federal. Quanto aos prédios e espaços públicos municipais, a instituição da regra proibitiva mediante lei de iniciativa parlamentar, estabelecendo parâmetros para banheiros colocados à disposição ao público, afronta o princípio da reserva da Administração.

Ante o exposto, acompanho o culto relator sorteado na procedência do pedido, nos termos da fundamentação suso declinada.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI

Desembargadora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	15	Acórdãos Eletrônicos	CARLOS VICO MANAS	2005627D
16	24	Declarações de Votos	LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI	1F1B3364

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2210878-97.2022.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.