



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000384580

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2110632-93.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO "EX TUNC". 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), 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, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO E CAMPOS MELLO.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

VIANNA COTRIM
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO E MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

COMARCA: SÃO PAULO

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei Municipal nº 7.040, de 11 de janeiro de 2022, do Município de São Bernardo do Campo, que “proíbe a instalação de banheiros unissex ou compartilháveis nos estabelecimentos ou espaços públicos e privados no Município de São Bernardo do Campo, e dá outras providências” - Diploma normativo que implica discriminação às diversas formas de manifestação da orientação de gênero - Ofensa aos direitos da personalidade, bem como à igualdade, dignidade humana, autonomia e à liberdade previstos nos artigos 1º, inciso III, e 5º, caput, incisos I e X da Constituição Federal - Ingerência, ademais, no padrão estrutural dos estabelecimentos comerciais do Município - Afronta aos princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, insculpidos nos artigos 1º, inciso IV, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal - Ação julgada procedente.

VOTO Nº 50.000
(Processo digital)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei Municipal nº 7.040, de 11 de janeiro de 2022, do Município de São Bernardo do Campo, que “proíbe a instalação de banheiros unissex ou compartilháveis nos estabelecimentos ou espaços públicos e privados no Município de São Bernardo do Campo, e dá outras providências”, apontando violação aos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I e IV, e 5º da Constituição Federal, e ao artigo 144 da Constituição Estadual.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que a norma impugnada é incompatível com preceitos da Constituição Federal, implicando ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e à liberdade de orientação de gênero. Argumenta, em acréscimo, que para diversas pessoas não há coincidência entre o sexo biológico e a identidade de gênero, aduzindo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal vem atuando na proteção das minorias que sofrem qualquer tipo de discriminação, dentre as quais se enquadra o grupo de transgêneros. Defendendo, no mais, a presença dos pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da eficácia da Lei Municipal nº 7.040, de 11 de janeiro de 2022, do Município de São Bernardo do Campo, até decisão definitiva, declarando-se, a final, sua inconstitucionalidade.

Deferida a liminar, a Câmara Municipal de São Bernardo do Campo prestou informações, apontando que a norma vergastada seguiu os trâmites estabelecidos pela Lei Orgânica Municipal e pelo Regimento Interno da Câmara Municipal de São



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Bernardo do Campo, tendo por objetivo preservar a intimidade e segurança de mulheres e crianças, por se tratar de população mais vulnerável à violência. Alega, no mais, que as leis promulgadas possuem presunção relativa de constitucionalidade, tal como aqui se verifica, insistindo, ainda, que incumbe ao Município legislar sobre matérias de interesse local, inexistindo, no caso, reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Afirma, por fim, que a questão relacionada à proibição de utilização de banheiro feminino por pessoa transexual está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecida a existência de repercussão geral, buscando, por fim, a declaração de constitucionalidade da norma impugnada.

O Prefeito do Município de São Bernardo do Campo e a Procuradora Geral do Estado deixaram transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fls. 94 e 97).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, insistiu na procedência da ação direta (fls. 102/108).

É o relatório.

1) Ressalto, de início, que embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a repercussão geral do tema atinente ao direito dos transexuais em utilizar banheiro feminino em *shopping center* (RE n.º 845.779), não houve determinação de suspensão de casos análogos.

Vale lembrar que “a suspensão de processamento prevista no supracitado dispositivo (art. 1.035,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

parágrafo 5º, do CPC) não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la” (RE n.º 966.177, Min. Luiz Fux, j. 06.03.2018), inexistindo óbice, portanto, ao julgamento da presente ação direta.

2) No mérito, a ação é de ser julgada procedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

*“LEI MUNICIPAL Nº 7.040, DE 11 DE JANEIRO
 DE 2022*

Proíbe a instalação de banheiros unissex ou compartilháveis nos estabelecimentos ou espaços públicos e privados no Município de São Bernardo do Campo, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Bernardo do Campo decreta e eu, ESTEVÃO EDMAR HADDAD CAMOLESI JUNIOR, Presidente, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 55 da Lei Orgânica do Município de São Bernardo do Campo, e do parágrafo 3º, do artigo 128 do Regimento Interno, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Fica proibida, no âmbito do Município de São Bernardo do Campo, nos estabelecimentos ou espaços públicos e privados, com ou sem restrição ao acesso e à circulação, a instalação de banheiros denominados unissex ou compartilháveis.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Parágrafo único. Consideram-se banheiros unissex ou compartilháveis para os efeitos desta Lei, os banheiros de uso comum, com base na identidade de gênero, que podem ser utilizados ao mesmo tempo tanto por homens quanto por mulheres, não direcionados a um público específico.

Art. 2º Esta Lei não se aplica aos estabelecimentos ou espaços públicos e privados que tenham um único banheiro e que seja o mesmo de uso individual.

Art. 3º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará os estabelecimentos ou responsáveis pelos espaços privados às seguintes penalidades:

I - Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II - Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de 01 (uma) reincidência; e

III - Cassação do Alvará de Funcionamento, no caso de persistir a infração.

Art. 4º O descumprimento do disposto nesta Lei por estabelecimentos ou responsáveis pelos espaços públicos, ensejará a abertura de sindicância e processo administrativo disciplinar para apuração de responsabilidades.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que couber.

Art. 6º As despesas decorrentes da presente lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

correrão por conta das dotações próprias prevista em orçamento.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Com efeito, embora a ação direta de inconstitucionalidade de Lei Municipal proposta perante o Tribunal de Justiça diga respeito a eventual afronta à Constituição Estadual, admite-se o controle de constitucionalidade com base em normas da Constituição Federal de observância obrigatória, ainda que não incorporadas expressamente ao ordenamento constitucional do respectivo Estado-membro, entendimento, aliás, ratificado pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte em sede de repercussão geral (Tema 484).

No caso, o exercício da jurisdição constitucional está pautado não apenas em normas de reprodução obrigatória, mas na subordinação do texto constitucional estadual, e consequentemente das leis municipais, aos princípios consagrados na Constituição da República, de acordo com o comando inserido no artigo 25, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Vale dizer, em que pese a autonomia dos Municípios para se auto-organizar e autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual.

Desse modo, as leis municipais não podem se afastar ou até mesmo divergir dos paradigmas estabelecidos na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Constituição Federal, afigurando-se necessário respeitar a hierarquia das normas jurídicas.

Pois bem.

A Constituição Federal consagrou objetivos fundamentais visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, estabelecendo expressamente em seu texto que não há espaço para qualquer tipo de discriminação, seja de origem, raça, sexo, cor, idade ou outras formas (preâmbulo e art. 3º, inciso IV).

De outro lado, a Carta Constitucional de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), e positiva, expressamente, o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais no art. 5º, *caput*, e incisos, dentre eles o direito à vida e os direitos da personalidade.

Paralelamente, qualquer tratamento jurídico discriminatório sem justificativa constitucional razoável e proporcional importa em limitação à liberdade do indivíduo, implicando, assim, violação à principiologia estabelecida na Magna Carta.

Como se vê, a Constituição Federal, ao pretender “*promover o bem de todos*” veda qualquer tipo de tratamento discriminatório ou preconceituoso seja em relação à raça, cor, idade e mesmo o sexo do indivíduo que, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a Constituição brasileira opera um intencional silêncio em relação à sexualidade dos indivíduos, perfilhando o entendimento de que, segundo a norma geral negativa de Kelsen, *“tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”*, raciocínio que permitiu à Suprema Corte, atenta à diversidade de grupos com interesses, ideologias e projetos diferentes em nossa sociedade, reconhecer, no ano de 2011, a união homoafetiva como instituto jurídico, sendo que um dos argumentos que embasou a decisão foi a proibição da discriminação, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles (ADI 4.277/DF).

E a respeito das questões identitárias individuais sobre sexo e gênero, o Ministro Dias Toffoli, ao julgar o Recurso Extraordinário que autorizou aos transgêneros a alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil (RE 670.422), cita Robert Jesse Stoller (psicólogo e pesquisador norte-americano da “UCLA Gender Identity Clinic”, autor de inúmeras obras sobre sexualidade e gêneros) para explicar que *“o sexo é um termo científico que se refere aos aspectos biológico, morfológico, fisiológico e anatômico do ser humano (homem ou mulher, sexo masculino ou feminino, macho ou fêmea). A orientação sexual está ligada à questão da atração e do desejo sexual de um indivíduo em relação a outro(s) (heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade). A identidade de gênero, por sua vez, está relacionada aos aspectos psicológicos, sociais, culturais e históricos concernentes ao sexo, a como a pessoa se vê, como ela se autodefine e se identifica, podendo*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

haver a coincidência entre as identidades de gênero e de sexo ou não (como no caso dos denominados transexuais)”.

Logo, ao se utilizar a expressão “sexo”, tal como fez a Constituição Federal, deve-se levar em conta não apenas a natureza física dos órgãos masculino e feminino, mas também o gênero, que se vincula mais à expressão da sexualidade do indivíduo na sociedade, ao passo que orientação sexual, por sua vez, se relaciona ao conceito afetivo, à atração percebida pelo indivíduo (Leandro Reinaldo da Cunha, “O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à identidade de gênero”, ed. Revista dos Tribunais, 2018).

Como se sabe, as relações de gênero vêm sendo definidas de modo fixo e binário, limitadas aos conceitos biológicos de masculino e feminino. Entretanto, como é possível observar pelos movimentos sociais, a pluralidade dos seres humanos vai além da visão cisgênero, binária e heterossexual, constituindo o autorreconhecimento e a autodeterminação sexual e identitária de gênero um direito da personalidade e expressão máxima da liberdade, privacidade e dignidade da pessoa humana garantidos pela nossa Constituição.

Enquanto a definição de masculino e feminino advém do conceito biológico, intrinsecamente ligado à presença ou ausência do cromossomo Y no cariótipo, na identidade de gênero o que é concebido como homem, mulher, ou outros, tem relação com a auto percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente, podendo ou não guardar relação de compatibilidade com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

a condição física de nascimento (cisgênero: pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento; transgênero: pessoas que não se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando do nascimento).

A ilação que se extrai, portanto, é de que o conceito de “sexo” estabelecido na Constituição Federal deve abranger, seja por integração dos significados, seja por inexistir exclusão expressa, a identidade de gênero, de modo que se a Magna Carta não admite qualquer discriminação com base no sexo do indivíduo, não se pode permitir, também, segregação com base no gênero pelo qual ele se identifica.

Nessa linha de raciocínio, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a identidade de gênero e a orientação sexual constituem dimensões essenciais da dignidade, da personalidade, da autonomia, da privacidade e da liberdade (Medida Cautelar na ADPF n.º 527-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18.03.2021), tendo a C. Corte se pronunciado no sentido de repudiar qualquer espécie de discriminação envolvendo identidade de gênero para que direitos possam ser exercidos sem comprometer a liberdade e personalidade de cada indivíduo:

“(…) 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno 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.” (RE n.º 670.422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli - 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 n.º 4.733/DF, Rel. Min. Edson Fachin).

Além do mais, a Corte Interamericana de Direito Humanos, na Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, consignou que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o governo brasileiro aderiu em 1992, de modo que está proibido ato ou prática discriminatória fundada em tais conceitos, não se admitindo norma, decisão ou prática de direito interno decorrente de autoridades públicas ou particulares que venham a diminuir ou restringir de qualquer modo o direito de uma pessoa por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

essas razões (Leandro Reinaldo da Cunha, “O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à identidade de gênero”, ed. Revista dos Tribunais, 2018).

Partindo-se de tais premissas, vê-se que a norma objurgada, ao proibir a instalação de banheiros compartilháveis, também chamados de *unissex*, no Município de São Bernardo do Campo, implica restrição à liberdade de escolha de parcela da população que não se identifica exclusivamente com o gênero feminino ou com o masculino, configurando conduta discriminatória vedada pela Constituição Federal.

Isto porque, a proibição de que estabelecimentos públicos e privados criem em seus espaços banheiros compartilháveis obriga pessoas transgêneros, *queers*, intersexuais, entre outros, a se enquadrarem em conceitos de masculino ou feminino com os quais não se identificam, dando azo à inegável constrangimento, malferindo, com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a ausência de opção de lavabo que extrapole os conceitos binários implica limitação à liberdade de escolha da parcela da população que, repita-se, não se enquadra na definição tradicional de masculino/feminino, o que também é vedado pela nossa Constituição Federal.

Não se pode, portanto, compelir qualquer ser humano a se reconhecer de forma diversa daquela como ele mesmo se enxerga, sob pena de violação das garantias e liberdades



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

constitucionais adotadas pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, dentre as quais a liberdade, bem estar, igualdade e dignidade.

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 (ADI n.º 4.275/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Min. redator Edson Fachin, j. 01/03/2018).

Deve haver a consagração de um juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*, até porque a criação desse tipo de ambiente não elimina a possibilidade de o estabelecimento optar por manter outros lavabos destinados exclusivamente para homens e para mulheres.

Demais disso, ao contrário do que alegou a Câmara Municipal de São Bernardo, não há estudos ou dados concretos que demonstrem que a criação de banheiros compartilháveis aumente os índices de qualquer tipo de violência.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) apontam que, em geral, a maior parte dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos e conhecidos da vítima¹, informando o Unicef, por sua vez, que em relação às crianças a maioria dos casos de violência sexual ocorre na residência da vítima e, para os casos em que há informações sobre a autoria dos crimes, 86% dos autores eram conhecidos².

Inclusive, a tabela abaixo demonstra que a residência da vítima é o local de maior ocorrência de estupros em adultos e crianças, seguido pela via pública, para o caso dos adultos, e “outros” para crianças.

Tabela 8ª - Local da ocorrência do estupro quando o agressor é um conhecido.

Local da ocorrência	Crianças	Adolescentes	Adultos
Residência (n=5358)	79%	67%	65%
Habitacão Coletiva (84)	1%	2%	1%
Escola (n=124)	2%	1%	1%
Local de prática esportiva (n=30)	0%	0%	0%
Bar ou similar (n=37)	0%	1%	1%
Via pública (n=467)	1%	9%	15%
Comércio/serviços (n=65)	1%	1%	2%
Indústria/construção (n=27)	0%	0%	1%
Outro (n=666)	7%	13%	12%
Ignorado (n=348)	5%	5%	4%

Fonte: Siman/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Dados de 2011.

¹<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9228-ntn11estupro-brasil-radiografiadiest2014-mar.pdf> e <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerca-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto>

²<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/nos-ultimos-cinco-anos-35-mil-criancas-e-adolescentes-foram-mortos-de-forma-violenta-no-brasil>



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

De outro lado, o relatório do *Trans Murder Monitoring* ("Observatório de Assassinatos Trans", em inglês) demonstra que o Brasil ocupa há anos o primeiro lugar entre os países mais violentos para a população trans (https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/?submap=tmm_2021).

Na verdade, afigura-se imprescindível o reconhecimento da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo pautado no respeito à auto afirmação e auto reconhecimento dos seres humanos e nas clássicas liberdades individuais que devem ser respeitadas pelo Estado e pela sociedade, na busca da consolidação do Constitucionalismo Fraternal consagrado no preâmbulo da Constituição Brasileira, de modo a “viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados”. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional (ADI n.º 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011).

Vale dizer, por se caracterizar como direito fundamental e, ao mesmo tempo, da personalidade, os direitos relativos à sexualidade se revestem com a prerrogativa de não discriminação, sendo imprescindível criar condições para que a diversidade prevaleça em relação ao Estado e à sociedade,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

assegurando a todos os indivíduos instrumentos inclusivos perante suas singularidades, não se podendo reconhecer, portanto, a constitucionalidade de norma que vai na contramão da criação de políticas para proteção desse grupo, tal como a Lei vergastada.

Daí porque, “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” (RE n.º 670.422, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2018).

Destaco, nesse sentido, precedentes deste

C. Órgão Especial:

“(…) pautado nos fundamentos e orientações adotados pelo Supremo Tribunal Federal conclui-se que as expressões normativas questionadas direcionam o programa de saúde pública à lógica binária de gênero, excluindo, efetiva ou potencialmente, pessoas que, à luz de seus direitos à diversidade sexual emanados dos princípios de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, também devem ser beneficiárias em obséquio à liberdade de identidade de gênero (como os transmasculinos) e que os serviços públicos não podem discriminar negativamente pela utilização em sua redação de vocábulos com tônica de direcionamento a pessoas do sexo feminino” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2179353-34.2021.8.26.0000; Rel. Des. Matheus Fontes; 11/05/2022).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

“Examinando em rápida evolução histórica, quanto aos direitos humanos fundamentais, inicialmente, o bem jurídico que inicialmente preponderava era o da propriedade e a liberdade de querer ser proprietário de alguma coisa. Em um segundo momento, o que passou a preponderar foram os direitos públicos e de cidadania, isto é, o povo começou a querer ter voz. Em um terceiro momento, o foco passou a ser o direito às liberdades individuais. Vida privada e intimidade passaram à categoria de direito fundamental de todo ser humano, lastreadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, foram se escalonando os direitos fundamentais até os dias de hoje, em que o amplo direito à dignidade engloba todos os anteriores. O direito da personalidade, dentre eles, é um direito nato, intrínseco, aquele que o cidadão já traz com ele ao nascer: o direito a viver com dignidade, receber tratamento digno, de dizer quem é e de expressar sua personalidade. Essa questão, então, se insere dentro de um contexto familiar e social, e o que se busca hoje em dia é despatrimonializar a proteção dada, deslocando-a para o sujeito, a pessoa. Com essa evolução, os direitos da personalidade passam a ser aqueles que exigem absoluto reconhecimento,¹ porquanto exprimem aspecto que não pode ser desconhecido sem afetar a própria personalidade humana. (...) Dentro dessa evolução, a escola passa a ser instrumento de transformação cultural e de promoção do direito da igualdade como amparo e esteio à consecução dos direitos da personalidade. 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

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 (...) Ademais, na legislação em questão, há afrontamento ao estabelecido no art. 237 da Constituição Estadual Bandeirante que, baseando-se nos princípios da liberdade e solidariedade, exige a garantia de dignidade e liberdade fundamentais, impedindo tratamentos desiguais e contendo a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo. De ser ressaltado, ainda, que a limitação no ensino local de Sorocaba não atende ao regime de cooperação e colaboração, tão apregoadas no nosso sistema, entre as entidades federativas” (trecho do voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2137220-79.2018.8.26.0000; Rel. Des. Cristina Zucchi; j. 09/10/2019).

E consoante bem observou o digno Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, em seu parecer, “o ato normativo impugnado, ao proibir a instalação de banheiros “unissex”, cria obstáculos à manifestação da identidade de gênero, quando esta não é coincidente com o sexo biológico, pois não permite que pessoas do sexo biológico masculino, que se identifiquem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

com o gênero feminino, por exemplo, utilizem instalações adequadas, independentemente da existência dos tradicionais banheiros masculino e feminino. Tal restrição exprime discriminação que não se coaduna com os princípios que norteiam a República. A vedação conduz à desigualdade na medida em que a identidade de gênero somente é respeitada e acolhida, se for concordante com o sexo biológico. Não há, contudo, espaço para tal discrepância em uma sociedade multicultural que, conforme mandamentos constitucionais federais (arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º), aplicáveis para a declaração de inconstitucionalidade por força do art. 144 da Constituição Estadual. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a importância de o Poder Judiciário atuar para a proteção de minorias discriminadas, dentre as quais se enquadra o transgênero. Foi o que já ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 477.554, que cuidou da união entre pessoas do mesmo sexo biológico e destacou a importância do respeito, dentre outros, à identidade de gênero, tema que resvala no presente caso” (fls. 104/105).

Por fim, há de se considerar que a norma vergastada afronta os princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, insculpidos nos artigos 1º, inciso IV, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal, ao impor, sem qualquer justificativa razoável ou interesse local, um padrão estrutural aos estabelecimentos comerciais do Município, obstaculizando, com isso, a ampla captação de clientes.

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7.040, de 11 de janeiro de 2022, do Município de São



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 2110632-93.2022.8.26.0000
Órgão Especial

Bernardo do Campo, com efeito *ex tunc*, comunicando-se oportunamente ao Prefeito e à Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

VIANNA COTRIM
Relator