



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

**Registro: 2019.0000847324**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2137220-79.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA e PREFEITO MUNICIPAL DE SOROCABA.

**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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS E ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 9 de outubro de 2019.

CRISTINA ZUCCHI  
 RELATORA  
 Assinatura Eletrônica



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA e  
PREFEITO MUNICIPAL DE SOROCABA

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.

O Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.185, de 28 de setembro de 2015, dispondo sobre a proibição de “*utilização de banheiros, vestiários e demais segregados, de acordo com a identidade de gênero, nas instituições de ensino fundamental, público ou privado, instaladas no âmbito do Município e dá outras providências*” (fls. 34).

Sustenta o autor que o ato normativo impugnado está em flagrante afronta às disposições constitucionais estaduais (arts. 144 e 237, incisos I, II, IV, VII e VIII) e às disposições constitucionais federais (arts. 1º, inciso III,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

art. 3º, incisos I e IV e 5º).

Aduz o ora autor que a lei municipal traduz grave comprometimento à dignidade da pessoa humana e à liberdade de orientação de gênero.

Sustenta que a restrição imposta pela lei exprime discriminação que não se coaduna com os princípios que norteiam a República Brasileira e, particularmente, o ambiente educacional, que deve conviver com a pluralidade e com o respeito à diferença. 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.

Afirma que não há espaço para tal discrepância em uma sociedade multicultural que, conforme mandamentos constitucionais federais (CF, arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º) e estaduais acima referidos (CE, arts. 144 e 237, I, II, IV, VII e VIII), deve primar pelo respeito ao outro, às suas diferenças, à sua particular forma de ser e sentir, quando esta em nada afeta a forma de ser e sentir dos seus demais integrantes.

Assevera por fim que, frente a tal quadro, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 1.185/2015 do Município de Sorocaba se tornou indispensável, já que cabe ao Poder Judiciário rechaçar legislações como a ora contestada que refletem discriminações injustificadas e revelam inexorável incompatibilidade material com o quanto disposto nos arts. 144 e 237 da Constituição Estadual.

Requer, por derradeiro, seja concedida liminar, *ab initio litis*,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

para suspensão dos efeitos da lei impugnada, tendo em vista a presença dos requisitos normativos, e, em especial, das consequências nocivas que a sua continuidade pode deflagrar, considerando o alto relevo jurídico da tese sustentada nesta sede.

A liminar requerida restou indeferida às fls. 138/139, por não se vislumbrar, numa apreciação inicial, risco de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como por se tratar de matéria que exige exame aprofundado, vez que se trata de questão polêmica e de relevante repercussão social.

Citado o Sr. Procurador-Geral do Estado, declinou do interesse na defesa do ato normativo impugnado (fls. 149/150).

Requisitadas informações, o Sr. Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba se manifestou às fls. 155/161, defendendo a validade do ato normativo impugnado, sustentando que o diploma tramitou com a mais absoluta observância do processo legislativo, contando com parecer favorável tanto da Secretaria Jurídica da Casa de Leis quanto da comissão de Justiça, cujo teor é anexado às fls. 158/160.

Por outro lado, o Sr. Prefeito do Município de Sorocaba informou que vetou totalmente o projeto de lei ora combatido, por razões de interesse público, asseverando que no plano nacional não se elaborou ainda norma federal que deverá cuidar da definição legal de identidade de gênero, indispensável para o Município tratar da questão com solidez, maturidade e segurança jurídica (fls. 216/220). O veto foi rejeitado pela Câmara Municipal (fls. 127/128).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 224/238, reiterando os termos da inicial e opinando pela procedência do pedido.

**É o relatório.**

A Lei Municipal nº 1.185, de 28 de setembro de 2015, do Município de Sorocaba, objeto desta ação, apresenta a seguinte redação:

“Proíbe a utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados, de acordo com a identidade de gênero, nas instituições de ensino fundamental, público ou privado, instaladas no âmbito do Município e da outras providências”.

Art. 1º Fica vedada 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.

Parágrafo único. Para os efeitos do caput deste artigo considera-se identidade de gênero o conceito pessoal, individual, psíquico e subjetivo, divergente do sexo biológico, adotado pela pessoa.

Art. 2º - A vedação do artigo anterior, caso haja distinções quanto ao gênero, se estenderá à utilização de uniformes, vestimentas ou demais elementos de indumentárias.

Art. 3º - A fiscalização do cumprimento das disposições desta Lei será feita pelos setores competentes da Prefeitura Municipal.

Art. 4º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Trata-se, pois, de lei cujo conteúdo diz respeito à utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por ideologia de gênero nas escolas públicas e privadas, de ensino fundamental, do Município de Sorocaba.

Nos termos da justificativa que acompanhou o projeto da lei ora discutida, permitir o uso de banheiros e demais espaços segregados de acordo com a identidade de gênero em instituições de ensino fundamental significa



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

deparar-se com uma dificuldade: a de admitir, abruptamente, um conceito ainda polêmico, não definido no âmbito nacional. Ele envolve, *in casu*, o tratamento dispensado a alunos de tenra idade e seus representantes legais, pelo que não há condições, de imediato, de adotar o critério consignado na Resolução 12/2015 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, sem um sopesamento, pela sociedade, das consequências dessa mudança no ensino fundamental, pelo que, por enquanto, seriam mantidos os métodos atuais.

O debate relativo à ideologia de gênero nas escolas é recente e polêmico na cultura social e jurídica brasileira.

Inicialmente deve ser registrado que, no sistema federativo brasileiro, não obstante a Constituição Federal assegure aos Municípios autonomia político-administrativa (arts 1º e 18), referida autonomia não ostenta caráter absoluto, eis que devem ser atendidos as balizas e os princípios constitucionais de âmbito federal e estadual, tal como previsto nos arts. 29 e 30 da Constituição Federal e, pelo princípio da simetria, no art. 144 da Constituição Estadual de São Paulo.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto uma lei do Município de Sorocaba que veda o uso de banheiros e vestiários escolares municipais, públicos ou privados, de acordo com a identidade de gênero. E o ponto crucial a ser aqui enfrentado é o de se saber se o Município de Sorocaba, ao pretender proibir o uso dos banheiros e vestiários escolares pelo critério de identidade de gênero, estaria agindo dentro da competência que lhe é atribuída pelo sistema constitucional brasileiro vigente ou se, ao contrário, estaria extrapolando os limites de seu poder, legislando matéria que não lhe seja atribuída neste sistema.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

Dois são, portanto, os polos temáticos jurídicos envolvidos para o deslinde desta ação: a educação e a competência para legislar sobre ela, estabelecidas as diretrizes básicas no âmbito nacional, e a identidade de gênero no âmbito educacional.

**[a] a competência legislativa para dispor sobre educação no pacto federativo brasileiro**

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, 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



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

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 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



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

**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.

**[b] a educação e a questão da identidade de gênero no ensino fundamental de escola municipal – direitos humanos fundamentais / direitos da personalidade**

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,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

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,<sup>1</sup> porquanto exprimem aspecto que não pode ser desconhecido sem afetar a própria personalidade humana. É o que leciona J. Oliveira Ascensão, em sua obra “*Os direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro*” (31.X.1997), afirmando:

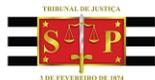
*“Se confrontarmos porém as previsões normativas com a realidade circunstante, ficamos colocados perante a evidência de que a vastidão das proclamações constitucionais coexiste com a violação continuada dessas previsões. A realidade não acompanha o empolamento da lei. E não pode deixar de nos invadir a dúvida sobre o verdadeiro significado de semelhante empolamento. Pois pode significar manifestação de demagogia. É sempre airoso fazer grandes declarações, sem se tomar nenhum compromisso quanto à transformação social efectiva que deveriam acarretar. É pecha velha das sociedades democráticas escusar-se através do legislativo das culpas de uma situação que só a transformação histórica de uma realidade social poderia apagar”.*

Dentro dessa evolução, a escola passa a ser instrumento de transformação cultural e de promoção do direito da igualdade como amparo e

<sup>1</sup> O reconhecimento da identidade de gênero decorre da liberdade que integra o rol dos direitos fundamentais – a livre expressão da identidade de gênero é imprescindível para o desenvolvimento do ser humano e constitui a garantia para o resguardo das particularidades extrínsecas de cada pessoa e de sua personalidade. Consiste em se portar ou expressar o gênero que melhor couber, como garantia constitucional da dignidade humana.

O livre exercício da identidade de gênero, torna o indivíduo que não se enquadra no padrão social heteronormativo igual em direitos e deveres, possibilitando assim a liberdade de expressão do gênero em suas mais variadas manifestações, tanto estéticas, como culturais e sociais. Esse o meio de se garantir a dignidade da pessoa humana a esses indivíduos que não se sentem inclusos socialmente, necessitando de reconhecimento seja na família, no direito ou na sociedade.

Hegel foi quem construiu a teoria do reconhecimento com fundamento no conceito de luta social, inovador para sua época, criticando o modelo de Hobbes, baseado no estado de natureza. Hegel evidenciou o conflito prático entre os sujeitos, proporcionando um movimento ético no contexto da sociedade (in HONNET, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 2003).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

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. 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.

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.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

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.

Não só no Brasil, mas também nos Estados Unidos o assunto envolve polêmica e conflitos. Lá, considera-se que vivenciam um novo capítulo na luta por direitos civis no país – envolvendo de um lado transgêneros (aqueles que se identificam com um gênero diferente do sexo registrado ao nascer), lutando pelo direito de usar banheiros e vestiários conforme o gênero com o qual se identificam, e de outro grupos constituídos pela tradicional divisão binária de gênero, que se sentem violados no seu direito de privacidade e intimidade. Em março de 2016, a Carolina do Norte aprovou a primeira lei estadual no país obrigando transgêneros a usar banheiros de acordo com o sexo na certidão de nascimento, o que provocou passeatas contra e a favor e manifestações pesadas para o Estado.

Agravando ainda mais o tormentoso problema, o ensino fundamental abrange, conforme regulamentação estabelecida pelo Ministério da Educação e Cultura, crianças a partir dos seis anos de idade, até a idade de 14/15 anos. Não estamos falando, então, de cidadãos que tenham capacidade civil para promover a alteração dos dados em seu registro civil, alterando seu nome e



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

identidade sexual, a serem reconhecidos pela sociedade. Estamos falando de educandos que ainda não têm a capacidade civil plena, ainda em formação, mas que já se comportam de forma diversa daquela tradicionalmente expressada pelo sexo que consta de seu registro civil.

A legislação federal ainda não apresenta regulamentação específica da matéria, restando a mesma regulada por ato normativo secundário na hierarquia legislativa, qual seja a **Resolução n. 12, de 16 de janeiro de 2015**, do Poder Executivo (Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República), cujos fundamentos justificam-se pela sintonia com a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), especificamente os arts. 2º e 3º da referida lei. A Resolução 12/2015, embora destituída de força de lei, estabelece “*parâmetros para a garantia de condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transsexuais – e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização*”. Dispõe, ainda, o referido ato normativo que “*Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito*” (art. 6º).

Assim, forçoso reconhecer que a norma municipal afronta as normas constitucionais e a disciplina complementar existente, configurando vício de inconstitucionalidade formal, invadindo a esfera legislativa privativa da União, desbordando dos limites da competência legislativa suplementar do Município, o que caracteriza usurpação da competência da União.

Este Colendo Órgão Especial, em hipóteses em que a lei



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

municipal dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional, vem entendendo pela inconstitucionalidade da lei por violação ao pacto federativo:

Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 12.928, de 13 de abril de 2018, do município de São José do Rio Preto, que institui, no âmbito do Sistema Municipal de Ensino, o “Programa Escola sem Partido” – Norma que invade a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, conforme inc. XXIV do art. 22 da Constituição Federal – Ofensa ao princípio federativo e aos arts. 1º e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Tema que deve estabelecer um sistema uniforme em todo o território nacional, não podendo, os demais entes federados, inovar e criar diferentes parâmetros e restrições locais – Texto legal que não se enquadra em eventual suplementação da legislação federal, mas sim traz norma de aspecto geral e inovador, que extrapola o interesse local do município para legislar – Inviabilidade de limitar, no ensino, a liberdade, a igualdade e o pluralismo que dirigem as Constituições Federal e Estadual – Ação precedente<sup>2</sup>.” (n/ grifo).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.470, de 27 de novembro de 2017, que “proíbe, na grade curricular das escolas do Município de Taquaritinga, as atividades pedagógicas que visem à reprodução do conceito de ideologia de gênero”. Alegação de ofensa ao princípio do pacto federativo. Reconhecimento. União que dispõe de competência privativa para legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal). Inconstitucionalidade reconhecida não só por esse fundamento (ofensa ao princípio do pacto federativo), mas também por contrariedade à disposição do artigo 237, inciso VII, da Constituição Estadual, que condena “qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo”. Inconstitucionalidade. Ação julgada precedente<sup>3</sup>.” (n/ grifo).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 14.101, de 29 de novembro de 2017, do Município de Ribeirão Preto, que “estabelece diretrizes para ‘infância sem pornografia’ no âmbito do Município de Ribeirão Preto e dá outras providências” - Usurpação da competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal) - Afrenta ao princípio federativo (artigos 1º e 144, da Carta Bandeirante) - Lei municipal de iniciativa parlamentar que estabelece obrigações e impõe tarefas típicas de administração ao Poder Executivo - Inconstitucionalidade - Vício de iniciativa - Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes - Violação aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV, 144 e 237, inciso VII, da Constituição

<sup>2</sup> ADIN nº 2085589-96.2018.8.26.0000, Rel. Alvaro Passos, j. 31.10.2018.

<sup>3</sup> ADIN nº 2078644-93.2018.8.26.0000, Rel. Ferreira Rodrigues, j. 19.09.2018.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

Estadual. Pedido procedente.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, já se pronunciou o C. Supremo Tribunal Federal, em Medida Cautelar na ADI 5537, concedendo liminar para suspender a eficácia de lei do Estado de Alagoas que instituía o programa “Escola sem Partido”, por violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Confira-se:

“Ementa: Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Programa Escola Livre. Lei estadual. Vícios formais (de competência e de iniciativa) e afronta ao pluralismo de ideias. Cautelar deferida. I. Vícios formais da Lei 7.800/2016 do Estado de Alagoas: 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV): a liberdade de ensinar e o pluralismo de ideias são princípios e diretrizes do sistema (CF, art. 206, II e III);

2. Afronta a dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação: usurpação da competência da União para estabelecer normas gerais sobre o tema (CF, art. 24, IX e § 1º);

3. Violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil (CF, art. 22, I): a lei impugnada prevê normas contratuais a serem observadas pelas escolas confessionais;

4. Violação à iniciativa privativa do Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo (CF, art. 61, § 1º, “c” e “e”, ao art. 63, I): não é possível, mediante projeto de lei de iniciativa parlamentar, promover a alteração do regime jurídico aplicável aos professores da rede escolar pública, a alteração de atribuições de órgão do Poder Executivo e prever obrigação de oferta de curso que implica aumento de gastos.

(...)

7. Plausibilidade do direito e perigo na demora reconhecidos. Deferimento da cautelar”<sup>5</sup>.

Assim, conclui-se pela inconstitucionalidade formal da Lei nº 1.185, de 28 de setembro de 2015, do Município de Sorocaba, por violação ao pacto federativo.

Deixa-se, por ora, de se adentrar a questão relativa à constitucionalidade material da lei, a qual demanda conspícuo e longo debate, não só no âmbito educacional, como também no de qualquer outro ambiente público, e que refoge aos contornos demandados pela presente ação.

<sup>4</sup> ADIN nº 2249851-97.2017.8.26.0000, Rel. Ricardo Anafe, j. 18.04.2018.

<sup>5</sup> ADI 5537 MC / AL – ALAGOAS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 21/03/2017.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**34ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

**Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2137220-79.2018.8.26.0000**

**VOTO Nº 31557**

De se registrar que a matéria (utilização de banheiros por ideologia de gênero) encontra-se *sub judice*, a cargo do C. Supremo Tribunal Federal, o qual já decidiu pelo enquadramento da matéria quanto à repercussão geral no RE 845.779-SC, em que se discute a proibição de uso de banheiro feminino em shopping center por transexual.

Transcreve-se, por oportuno, a ementa da decisão quanto à repercussão geral no referido caso:

“TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes.
2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade.
3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado<sup>6</sup>”.

Destarte, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.185, de 28 de setembro de 2015, do Município de Sorocaba, com efeito *ex tunc*. Comunique-se oportunamente à Câmara Municipal e à Prefeitura, nos termos do art. 25 da Lei 9.868/99.

**CRISTINA ZUCCHI**

**Relatora**

<sup>6</sup> RE 845779 RG / SC - SANTA CATARINA, REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, j. 13.11.2014.