



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0001260077

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2277379-62.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI,

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, BERETTA DA SILVEIRA E FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 18 de dezembro de 2024.

XAVIER DE AQUINO**RELATOR****Assinatura Eletrônica**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2277379-62.2024.8.26.0000**

AUTOR(S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

**RÉU(S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO
ANDRÉ**

COMARCA: SÃO PAULO (ÓRGÃO ESPECIAL)

VOTO Nº 33.637

I - DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 10.488/2022, DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ. PROIBIÇÃO DAS INSTALAÇÃO DE BANHEIROS MULTIGÊNEROS EM ESPAÇOS PÚBLICOS E PRIVADOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

II - Razões de decidir

1. A norma impugnada institui discriminação à população LGBTQIA+, ferindo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

2. Diversidade sexual que é um direito vinculado à autonomia e à liberdade de expressão, valores fundamentais albergados pela Constituição Federal. Art. 277 da Carta Bandeirante que coloca os adolescentes, jovens, idosos e portadores de deficiência a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão, sendo “dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa”, consoante já se decidiu na Corte Suprema.

3. A proibição de banheiros multigêneros em instituições de ensino municipais invade a competência legislativa da União, conforme o art. 22, XXIV, da CF.

3. A lei fere a livre iniciativa ao vedar a instalação dos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

banheiros multigêneros a estabelecimentos privados, sem justificativa razoável.

III. Dispositivo e tese

4. Julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.488, de 15 de março de 2022, do Município de Santo André.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 10.488, de 15 de março de 2022, do Município de Santo André, de iniciativa parlamentar, que “Proíbe a instalação de banheiros 'multigêneros' no Município de Santo André e dá outras providências”, por apontada incompatibilidade aos arts. 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, *caput*; 22, XXIV e 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Alega o autor que a norma guerreada fere o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à igualdade, intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como os princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica consagrados nos artigos 3º, IV; 5º, *caput*; 22, XXIV e 170, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim nos artigos 1º, 5º, 111 e 144 da Constituição Estadual; diz que o processo legislativo que culminou na edição da lei impugnada disciplina lei geral de educação e, desta feita, não poderia ser de iniciativa parlamentar, ocorrendo invasão da competência da União

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

para legislar, em afronta evidente ao pacto federativo; assevera que, consoante a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, a norma combatida proíbe determinados conteúdos pedagógicos na rede municipal de ensino, significativas de 'censura pedagógica', incorrendo em vício formal de inconstitucionalidade; aduz que o artigo 4º da lei ao determinar a instauração de processo administrativo em face do estabelecimento público que a descumprir, afronta o Tema 917 da Corte Suprema; acrescenta que pesam sobre a norma inconstitucionalidades materiais, vez que ofende a mesma o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à igualdade, intimidade, vida privada, honra e imagem, de que trata o tema de Repercussão Geral 778, bem como os princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica.

Processada a ação, sobrevieram informações do Presidente da Câmara Municipal de Santo André (fls. 58/80), batendo-se pela constitucionalidade da norma, ao argumento de que nos termos do art. 24, IX, da Constituição Federal, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação, o qual deve ser lido em conjunto com o art. 30, I e II, da Carta Republicana; diz que na Lei de Diretrizes e Bases da

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

Educação Nacional (Lei n. 9394/96), não há menção expressa às teorias de “identidade de gênero” como competências gerais da educação e, por isso, a lei vergastada não exorbitaria a competência legislativa complementar do Município; refuta o apontado vício de iniciativa e, sob ângulo da inconstitucionalidade material, argumenta que a finalidade da lei impugnada não seria comprometer a dignidade da pessoa humana e a orientação de gênero, mas sim demonstrar que o respeito à diversidade deve ser tratado prioritariamente pelos pais e pela família, sendo que o uso de banheiros multigêneros não diminuirá os casos de hostilização, humilhação e outro tipos de violência contra a população LGBTQIA+; quanto à apontada violação aos princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, diz que a lei municipal em questão não estabeleceu proibição aos estabelecimentos comerciais, mas a todos os espaços (públicos e privados), inexistindo qualquer violação a estes Princípios.

Sem manifestação do d. Procurador-geral do Estado (fls. 86)

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls.91/97) pela procedência da ação.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O pleito é de procedência da ação

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 10.488, de 15 de março de 2022, do Município de Santo André, de iniciativa parlamentar, que “Proíbe a instalação de banheiros 'multigêneros' no Município de Santo André e dá outras providências”. Este é o texto do normativo combatido:

“ART. 1º FICA PROIBIDA, EM ESPAÇOS PÚBLICOS E PRIVADOS DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, COM OU SEM RESTRIÇÃO AO ACESSO E À CIRCULAÇÃO, A INSTALAÇÃO DE BANHEIROS DENOMINADOS “MULTIGÊNEROS”.

§ 1º CONSIDERAM-SE ESPAÇOS PÚBLICOS REFERIDOS NO ART. 1º DESTA LEI:

I - SEM RESTRIÇÃO AO ACESSO: OS LOCAIS DE LIVRE CIRCULAÇÃO ABERTOS AO PÚBLICO, COMO RUAS, AVENIDAS, PRAÇAS, PARQUES, ESTAÇÕES DE TREM, TERMINAIS DE ÔNIBUS E ASSEMELHADOS;

II - COM RESTRIÇÃO AO ACESSO E À CIRCULAÇÃO: OS LOCAIS QUE POSSUEM CONTROLE DE ENTRADA E RESTRIÇÃO A DETERMINADAS PESSOAS, COMO OS EDIFÍCIOS PÚBLICOS, INSTITUIÇÕES DE ENSINO MUNICIPAIS, HOSPITAIS, DENTRE OUTROS.

§ 2º CONSIDERAM-SE ESPAÇOS PRIVADOS, REFERIDOS NO ART. 1º DESTA LEI, AQUELES DE PROPRIEDADE DE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS, ACESSÍVEIS AO PÚBLICO, TAIS COMO CENTROS COMERCIAIS, INSTITUIÇÕES



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FINANCEIRAS, INSTITUIÇÕES DE ENSINO PARTICULARES, SHOPPING CENTERS, RESTAURANTES, SUPERMERCADOS, DENTRE OUTROS ESTABELECIMENTOS.

§ 3º CONSIDERA-SE “MULTIGÊNERO” O BANHEIRO DE USO COMUM, COM BASE NA IDENTIDADE DE GÊNERO, QUE PODE SER USADO TANTO POR HOMENS QUANTO POR MULHERES, NÃO DIRECIONADO A UM PÚBLICO ESPECÍFICO.

ART. 2º NOS ESTABELECIMENTOS EM QUE NÃO SEJA POSSÍVEL A INSTALAÇÃO DE BANHEIROS ESPECÍFICOS PARA CADA GÊNERO, FICA AUTORIZADO O USO DE FORMA ALTERNADA E INDIVIDUAL DESTES AMBIENTES SANITÁRIOS POR HOMENS E MULHERES, RESPEITANDO SUA PRIVACIDADE.

PARÁGRAFO ÚNICO. FICA ASSEGURADO A PAIS E RESPONSÁVEIS POR CRIANÇAS, PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS E IDOSOS, O USO SIMULTÂNEO DOS BANHEIROS, RESPEITANDO-SE O DISPOSTO NA LEI FEDERAL Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE), LEI FEDERAL Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E LEI FEDERAL Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURAM A PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA A ESSAS PESSOAS.

ART. 3º O DESCUMPRIMENTO AO DISPOSTO NESTA LEI SUJEITARÁ O ESTABELECIMENTO PRIVADO INFRATOR ÀS SEGUINTE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

I - MULTA DE 1.000 FMP'S (FATOR MONETÁRIO PADRÃO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ), DOBRADA EM CASO DE REINCIDÊNCIA; II - SUSPENSÃO DA ATIVIDADE POR CINCO DIAS ÚTEIS, SEM PREJUÍZO DA APLICAÇÃO DA MULTA, NA SEGUNDA REINCIDÊNCIA;

III - CANCELAMENTO DO ALVARÁ DE LICENÇA, NO CASO DE REINCIDÊNCIA INFRACIONAL REITERADA EM PERÍODO INFERIOR A UM ANO.

ART. 4º O DESCUMPRIMENTO POR ESTABELECIMENTO PÚBLICO ENSEJARÁ A ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES.

ART. 5º OS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS QUE DISPONIBILIZAREM BANHEIROS AOS SEUS CLIENTES FICARÃO RESPONSÁVEIS PELA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DESTA LEI. ART. 6º ESTA LEI ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO.”

Alega o autor que a norma guerreada fere o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à igualdade, intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como os princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica consagrados nos artigos 3º, IV; 5º, *caput*; 22, XXIV e 170, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim nos artigos 1º, 5º, 111e 144 da Constituição Estadual.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De razão se assiste.

Com efeito, a autonomia se traduz em uma prerrogativa intangível dos Municípios, cuja essência contém os seguintes poderes: auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. Todavia, ela não é absoluta e deve ser exercida dentro das balizas constitucionais previstas nos artigos 29 e 30 da Constituição cidadã, bem como na Carta Estadual, notadamente no seu artigo 144 que dispõe que “Artigo 144 - 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.**”.

A norma hostilizada, entretanto, vai além da autonomia permitida aos Municípios, de vez que ao vedar a instalação de banheiros “multigêneros” em espaços públicos e privados do Município de Santo André, instituiu verdadeira discriminação àqueles que não se identificam com o sexo biológico de nascimento, discriminação essa que não encontra sede nos princípios que norteiam a Constituição da República e que vem sendo combatida por todas as Cortes de Justiça do Brasil.

A diversidade sexual é um direito vinculado à autonomia e à liberdade de expressão, valores fundamentais



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

A garantia de tais direitos avança na legitimação social de todas as identidades de gênero, na medida em que, dada a universalidade dos direitos humanos,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não se há excluir nenhum indivíduo do manto de esfera de proteção e igualdade do Estado.

Na oportunidade do julgamento da ADI 4275, Relator do Acórdão o Ministro Edson Fachin, cujo tema era “o reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade” da pessoa transgênero, deixou assente a Colenda Corte Suprema que, **verbis**:

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

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

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentais.

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

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

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. **É**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa.

Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.”.

Em acréscimo a tais fundamentos, veja-se o bem lançado parecer do i. Subprocurador-geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Júnior, na oportunidade do julgamento da ADI 002479-29.2023.8.26.0000, de minha Relatoria, j. em 1005/2023, *verbis*:

“A proteção jurídica das individualidades e das coletividades **não pode discriminar injustamente** em razão do sexo, devendo ser **abrangente e inclusiva de papéis diferentes que a liberdade de orientação sexual e de**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

identidade de gênero (e que são alguns componentes dos direitos à diversidade sexual) proporcionam, fazendo sucumbir **anacrônicas taxinomias**. A promoção do bem geral não comporta discriminações orientadas pelo sexo, valendo ponderar que as locuções homem e mulher não correspondem a masculino e feminino.

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

“A Constituição de 1988 tem, entre seus muitos predicados, predisposição à inclusão. Ela é revelada pela premissa universalista ao elencar dentre os objetivos fundamentais da república e da federação a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV) e pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), alçada à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

(...)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Entre parcelas ou segmentos assim concebidos como vulneráveis há os homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais e outras denominações que, no particular, anseiam a defesa específica de seus direitos à diversidade sexual, molestados ou ignorados pelo Estado, pela sociedade e pelos indivíduos ou grupos sociais, podendo ser exemplificadas as aspirações tendentes à liberdade sexual e à igualdade, e aos seus reflexos nas relações civis (família, sucessões, personalidade),



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previdenciárias, registrárias (nome), administrativas (acesso à funções públicas lato sensu e aos serviços públicos) etc.

(...)

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

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

O resgate histórico-sociológico revela que o movimento feminista teve como um de seus pilares a liberdade sexual, o que estabeleceu ambiente propício para a liberdade de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

orientação sexual e de identidade de gênero. A partir dele emergiram novos direitos de minorias discriminadas, como os concernentes à homossexualidade, à transexualidade etc.

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

Ao acolher a Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no inciso III do art. 1º, ela assume relevância singular no ordenamento jurídico brasileiro como pedra angular da produção e da interpretação de atos ou negócios jurídicos de direito público ou privado, decisões judiciais e normas jurídicas. Ela constitui o núcleo básico dos direitos fundamentais e, por isso, é limite a ações contrárias estatais ou privadas. Tem estreita afinidade com os princípios de igualdade e liberdade, abrangendo este a de orientação sexual e de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

identidade de gênero que são componentes do direito à diversidade sexual.

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

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

Dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade se imbricam num círculo virtuoso. Ao se garantir a liberdade no art. 5º *caput*, a Constituição de 1988 assegura a orientação sexual e a identidade de gênero. E da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

combinação dos arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição de 1988, exsurge a cunhagem de característica exemplificativa ao alcance do princípio da igualdade com a expressão “sem distinções de qualquer natureza”, corroborada pela igualdade entre os sexos (art. 5º, I).

É o reconhecimento do direito à diferença que numa sociedade democrática se expressa por valores como convivência e tolerância, oponível contra o Estado e os demais indivíduos. A diversidade sexual é, ademais, direito inerente à personalidade porque este, conjugado à liberdade, projeta o direito à sexualidade, do qual aquela se irradia.

Os direitos da diversidade sexual abrangem fatias consideráveis da população como homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros e outras denominações de pessoas que, em razão das liberdades de orientação sexual e de identidade de gênero, anseiam por direitos elementares como a felicidade e o de não-exclusão pelo desenvolvimento dessas potestades. Diz-se diversidade sexual porque



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não se esgota a concepção de liberdade na lógica binária do sexo biológico (masculino-feminino). Sua consagração é vital importância para a busca de direitos gerais (de natureza administrativa, civil, previdenciária, trabalhista, tributária etc.) reconhecidos sob o tradicional pressuposto da heterossexualidade, bem como para aquisição de novos direitos como o uso do nome social, a alteração do registro civil em razão da identidade de gênero, a aposentadoria conforme o gênero etc.

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

Nem se diga — como afirmado em sede de informações — que a finalidade da lei impugnada não seria



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comprometer a dignidade da pessoa humana e a orientação de gênero, mas sim demonstrar que o respeito à diversidade deve ser tratado prioritariamente pelos pais e pela família e que o uso de banheiros multigêneros não diminuirá os casos de hostilização, humilhação e outro tipos de violência contra a população LGBTQIA+; o que fomenta a violência contra a população LGBTQIA+ e outras minorias é exatamente a segregação, o apontar de dedos que busca ressaltar diferenças que a Constituição Brasileira não permite.

Em acréscimo, o discurso no sentido de que a diversidade deve ser tratada prioritariamente pelos pais e pela família -igualmente trazido com as informações – não se sustenta, na medida em que o direito a diversidade, como se extraiu das lições acima colacionadas está sob o manto do Poder Público a quem cabe, **“no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa.”**

Ora, as justificativas para a edição de normas como a ora em análise são vazias de conteúdo e expressam, no mais das vezes, o retrocesso de ideologias que buscam



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“etiquetar” seres humanos em razão de sua orientação sexual e de identidade de gênero, o que não se pode admitir.

Só por esta razão, o normativo guerreado é inconstitucional.

Mas não é só.

Para além dos motivos acima, de relevância ímpar, colhe-se que a lei impugnada efetivou proibição “em espaços públicos e privados” (caput), “COM RESTRIÇÃO AO ACESSO E À CIRCULAÇÃO: OS LOCAIS QUE POSSUEM CONTROLE DE ENTRADA E RESTRIÇÃO A DETERMINADAS PESSOAS, COMO OS EDIFÍCIOS PÚBLICOS, **INSTITUIÇÕES DE ENSINO MUNICIPAIS**, HOSPITAIS, DENTRE OUTROS” (§ 1º, II), além de considerar “**ESPAÇOS PRIVADOS**, REFERIDOS NO ART. 1º DESTA LEI, AQUELES DE PROPRIEDADE DE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS, ACESSÍVEIS AO PÚBLICO, TAIS COMO CENTROS COMERCIAIS, INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, INSTITUIÇÕES DE ENSINO PARTICULARES, SHOPPING CENTERS, RESTAURANTES, SUPERMERCADOS, DENTRE OUTROS ESTABELECIMENTOS. (ART., 1º, § 2º).

Ao dispor sobre instituições de ensino municipais, como previsto no inciso II do § 1º do art. 1º, a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

norma invade a esfera da competência legislativa da União pois, o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal reservou à União a competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente e suplementar para editar normas de acordo com suas peculiaridades regionais, consoante artigo 30, I e II da Carta Magna.

Neste diapasão, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, editada pelo legislador Federal dispôs sobre as diretrizes e bases da educação e, no artigo 3º, estabeleceu os princípios do ensino, dentre os quais, “I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” e “IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância”; outrossim delegou-se aos Municípios, nos termos do inciso I do artigo 11, a competência municipal para “organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estado”.

A Constituição Bandeirante, por sua vez, estabelece, no seu artigo 237, *verbis*:

“Artigo 237 - A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

seguintes da Constituição Federal e **inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana**, tem por fim:

(...)

II - o respeito à dignidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana;

(...)

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; ...”

Por sua vez, a Lei Paulista nº 10.948, de 05 de novembro de 2001, dispôs sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual, estabelecendo, no artigo 1º que “Será punida, nos termos desta lei, toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero”, incluindo como passível de penalização “o ato de proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público (art. 2º, II).

Observa-se, então, que embora os Municípios



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

possam suplementar as normas gerais consoante suas peculiaridades locais, não podem ampliar ou restringir sua interpretação, mormente em se tratando de temas que constituem o pilar de referidas normas, daí considerar-se que o ato impugnado usurpou competência exclusiva da União Federal.

Neste sentido julgado deste C. Órgão Especial:

“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.” (ADI 2137220-79.2018.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. em 09/10/2019)”;



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 4.174, de 15 de fevereiro de 2023, do Município de Mairiporã, que “proíbe a instalação de banheiros unissex ou compartilháveis nos estabelecimentos ou espaços públicos e privados no município de Mairiporã”; 2. Diploma normativo que obriga pessoas a se amoldarem a conceitos tradicionais de masculino/feminino, desconsiderando todo o espectro LGBTQIA+; 3. 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; 4. Pretexto de proteção à saúde, segurança e bem-estar das mulheres que não se sustenta. Existência de alternativas mais adequadas do que a simples vedação a banheiros compartilháveis; 5. Extensão da proibição a espaços privados. 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; Inconstitucionalidade patente. Ação julgada procedente. (ADI 2294207-70.2023.8.26.000, Rel. Des. Vico Mañas, j. em 1004/2024).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por fim, aos restringir a instalação dos banheiros multigêneros nos “ESPAÇOS PRIVADOS, REFERIDOS NO ART. 1º DESTA LEI, AQUELES DE PROPRIEDADE DE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS, ACESSÍVEIS AO PÚBLICO, **TAIS COMO CENTROS COMERCIAIS, INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, INSTITUIÇÕES DE ENSINO PARTICULARES, SHOPPING CENTERS, RESTAURANTES, SUPERMERCADOS, DENTRE OUTROS ESTABELECIMENTOS**, CONSOANTE O § 2º DO ART. 1º, A lei combatida fere a livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica, em flagrante afronta aos arts. 1º, IV, e 170, parágrafo único, da CF.

Como assente na oportunidade do julgamento da ADFI 2294207-70.2023.8.26.0000, Rel. Des. Vico Mañas, “A previsão legal poderia criar situações paradoxais, como a de bar voltado ao público LGBTQIA+ impossibilitado de instalar sanitários compatíveis com a clientela. Como acentuado pelo Desembargador Vianna Cotrim no precedente referido acima: ““Há de se considerar que a norma vergastada afronta os princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, inculpidos 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

captação de clientes" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2110632-93.2022.8.26.0000; j. 10.05.2023).

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.488, de 15 de março de 2022, do Município de Santo André.

XAVIER DE AQUINO
DESEMBARGADOR DECANO
RELATOR