



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2022.0000381902

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2179353-34.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL-SP), são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. TORRES DE CARVALHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), CRISTINA ZUCCHI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, POÇAS LEITÃO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM E FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 11 de maio de 2022.

MATHEUS FONTES
RELATOR
 Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Direta de Inconstitucionalidade nº 2179353-34.2021.8.26.0000

Autor: DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL-SP)

Réus: Prefeito do Município de São Paulo e Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 52.575

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 17.574, DE 12 DE JULHO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE “INSTITUI O PROGRAMA DE CUIDADOS COM AS ESTUDANTES NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO” – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DE IGUALDADE - DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL, SEM QUALQUER DISCRIMINAÇÃO – TRANSMASCULINIDADE – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 219, 1, 2, 3 E 4; 237, CAPUT, E INCISOS II, VII; 277; C.C. 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E ARTIGOS 1º, III; 3º, IV E 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL ABSTRATA, PRESENTE A POTENCIAL EXCLUSÃO DE TRANSMASCULINOS DA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ABSORVENTES E ÍTENS DE HIGIENE NA REDE PÚBLICA DE ENSINO MUNICIPAL – AÇÃO PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DEFINIR COMO ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL DOS PRECEITOS INFRACONSTITUCIONAIS IMPUGNADOS, A FIM DE COMPATIBILIZÁ-LOS COM A LEI FUNDAMENTAL, A DE QUE SE APLICAM EM TODA SUA EXTENSÃO ÀS PESSOAS TRANSMASCULINAS, BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE CUIDADOS COM AS ESTUDANTES NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL SP) em face da Lei nº 17.574, de 12 de julho de 2021, do Município de São Paulo que instituiu o programa de cuidados com estudantes e estabeleceu a distribuição de absorventes descartáveis a alunas no espaço escolar da Rede



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Municipal de Ensino.

Postula o autor seja dada interpretação conforme à Constituição do Estado de São Paulo para que seja feita uma leitura mais inclusiva, abrangendo também as pessoas transmasculinas também afetadas pela pobreza menstrual.

Alega que tal como redigida, a Lei fere a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade, o direito à educação e à saúde.

Pede a liminar para sejam adiantados os efeitos extensivos da Lei Municipal nº 17.574/2021, para considerar como beneficiários do programa de distribuição de absorventes todo e qualquer estudante que esteja ou que possa vir a estar suscetível à pobreza menstrual, independentemente de sua identidade de gênero.

A liminar foi indeferida (fls. 534/535).

A Câmara Municipal prestou informações a fls. 564/576 e o Prefeito a fls. 594/599.

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 562).

Pelo douto Subprocurador Geral de Justiça opinou-se pela procedência da ação para inclusão de transgêneros (transmasculinos) nos arts. 1º, caput, e § 1º, 3º e 4º, da Lei nº 17.574, de 12 de julho de 2021, do Município de São Paulo, por declaração de nulidade parcial sem redução de texto ou decisão manipulativa aditiva. (fls. 603/622).

É o Relatório.

A Lei nº 17.574, de 12 de julho de 2021, do Município de São Paulo, que "institui o Programa de cuidados com as estudantes nas escolas da Rede Municipal de Ensino de São Paulo", tem o seguinte teor (grifo acrescentado):

"Art. 1º As Unidades Educacionais de Ensino Fundamental e Médio deverão organizar uma cesta de itens de higiene que contenha absorvente descartável, externo e interno, para oferecimento **às alunas** no espaço



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

escolar, sempre que se fizer necessário.

§ 1º A cesta de itens deve se manter abastecida para que não faltem insumos para o uso **das estudantes**.

§ 2º Poderá ser estimulada a oferta de absorventes sustentáveis.

Art. 2º A cesta poderá conter, entre outros itens, lenço umedecido, desodorante sem perfume, escova de dente, creme dental, fio dental e sabonete para uso dos estudantes sempre que precisarem.

Art. 3º À Secretaria Municipal de Educação competirá, em observância à disponibilidade orçamentária, a definição dos valores a serem repassados às escolas por meio do Programa de Transferência de Recursos Financeiros para a execução do previsto nesta Lei, bem como traçar orientações às unidades escolares, para aquisição e acompanhamento da frequência **das estudantes**.

Art. 4º À Secretaria Municipal de Educação competirá, ainda, orientar para que as Unidades Educacionais promovam rodas de conversas ou outras formas de diálogo para conscientização **das estudantes** acerca dos cuidados com a própria saúde e de questões envolvendo o período menstrual, bem como para acompanhamento **dessas estudantes** por meio das unidades escolares, com vistas a evitar a evasão escolar.

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

A Lei municipal que “institui o Programa de cuidados com as estudantes nas escolas da Rede Municipal de Ensino de São Paulo”, é diploma legal que instrumentaliza política pública de saúde – de combate à pobreza higiênica e, inclusive, menstrual – em prol de pessoas no ambiente escolar.

A via eleita é adequada e em nada compromete a divisão de poderes ou redundante na judicialização de ordem política em torno do tema, senão que busca apenas dirimir controvérsia constitucional sobre conteúdo de lei municipal em face da Constituição Estadual, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal, ao invés de relegar discussão a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

respeito para a sua execução, ao sabor das mais variadas interpretações, conforme a época.

Rejeito a preliminar suscitada pelo Prefeito Municipal de São Paulo.

Convém inicialmente mencionar precedentes de nossa Suprema Corte no que exaltam o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e condenam qualquer espécie de discriminação, inclusive envolvendo identidade de gênero para que possa ser exercida sem qualquer tipo de restrição, ainda que potencial e comprometedor de sua liberdade, com reflexos na personalidade de cada um:

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

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

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 (Recurso Extraordinário 670422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09.03.2020 – Tema 761).

É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual (Mandado de Injunção 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 28.09.2020).

É vedada a discriminação em razão do sexo, gênero, ou orientação sexual. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 13/10/2011).

Com efeito, 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.

Como bem salientou o Subprocurador Geral de Justiça em seu parecer, parte do qual transcrevo, cujos fundamentos adoto e incorporo como razão de decidir:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“A indagação pertencente ao *meritum causae* demanda aferir se o diploma legal é inconstitucional, como acentua a grei partidária requerente, **por excluir do âmbito da política pública de saúde** – de combate à pobreza higiênica e, inclusive, menstrual – **pessoas no ambiente escolar que não se enquadram na lógica binária da classificação sexual ou de gênero.**

A lei é oportuna e conveniente e **não parece que seja ela integral ou totalmente inconstitucional**, segundo a perspectiva da autoria que indica sua incompatibilidade com os dispositivos acima mencionados da Constituição Estadual – e que, de certa maneira, se reportam aos **princípios superlativos de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana**, expressamente inscritos na Constituição Federal, com todos os seus corolários como, por exemplo, a não-discriminação gratuita -, pois, **não se questiona a diretriz consagrada no diploma legal municipal de assistência à saúde no ambiente escolar, senão sua saliente exclusão de outros usuários desse serviço público que não se ajustam à classificação binária de gênero** pelo uso, em sua redação, de vocábulos (artigos, por exemplo) tonificadores de seu **direcionamento a pessoas do sexo feminino.**

Sua leitura atenta não desmente.

Determina-se, no art. 1º, a organização, pelas unidades educacionais de ensino fundamental e médio, de uma cesta de itens de higiene que contenha absorvente descartável, externo e interno, para disponibilização **às alunas** no espaço escolar, devendo, ainda, ser abastecida para que não faltem insumos para o uso das estudantes, conforme seu § 1º.

Diferentemente, no art. 2º foi prescrito que a cesta poderá conter, entre outros itens, lenço umedecido, desodorante sem perfume, escova de dente, creme dental, fio dental e sabonete para uso **dos estudantes**, em **tom mais genérico e amplo** (unitário), indicando ambos os sexos até porque enumera itens de higiene e asseio usados por pessoas dos sexos masculino e feminino.

No entanto, o art. 3º ao se referir ao financiamento do programa retoma a referência de gênero



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

com a locução **"das estudantes"**, assim como no art. 4º ao ventilar sobre outras ações estatais ligadas à saúde e, especialmente, às questões do mênstruo, menciona a conscientização **"das estudantes"**, e o acompanhamento **"dessas estudantes"** para evitar a evasão escolar.

O litígio constitucional se situa na **declinação de gênero contida nas expressões** acima timbradas nos arts. 1º, caput, e § 1º, 3º e 4º, da Lei nº 17.574, de 12 de julho de 2021, do Município de São Paulo.

Com a devida vênia, emerge desses textos normativos a **exclusão de pessoas que, de acordo com os direitos à diversidade sexual, transcendem o padrão binário (masculino/feminino), como os transmasculinos,** de maneira a molestar os **princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana** que os serviços públicos - em concepção lato sensu - devem preservar.

No ponto, e atendendo-se ao que contém o Tema 484 de repercussão geral, essas normas **colidem com os arts. 1º, III, 3º, IV e 5º da Constituição Federal** que assim enunciam:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

III - a dignidade da pessoa humana;

.....

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

quaisquer outras formas de discriminação.

.....

Art. 5º 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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

...omissis...

Não é ocioso lembrar, verbi gratia, que o douto Procurador-Geral de Justiça aforou ação direta de inconstitucionalidade contestando lei municipal proibindo "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", alegando ofensa ao princípio federativo e a princípios como igualdade, pluralismo, dignidade da pessoa humana, que foi julgada procedente por este colendo Órgão Especial em venerando acórdão da eminente Desembargadora Cristina Zucchi (TJSP, ADI 2137220- 79.2018.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Cristina Zucchi, 09-10- 2019).

Além disso, os preceitos locais não se conformam aos seguintes dispositivos da Constituição Estadual:

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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

1 - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;

2 - acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis;

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

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

.....
.....
.....

Artigo 237 - A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim:

.....
.....
.....

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;

.....
.....
.....

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MANUEL MATHEUS FONTES, liberado nos autos em 20/05/2022 às 16:26 . Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 2179353-34.2021.8.26.0000 e código 1A1C77FC.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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

Tonicamente se menciona acesso integral e igualitário, vedado preconceito por sexo, referindo-se a indivíduo e à pessoa humana, **extrapolando-se qualquer diretriz seletiva ou exclusivista.**

O princípio da igualdade, em sua verdadeira acepção, significa tratar igualmente situações iguais e de forma diferenciada situações desiguais. Daí ser possível aduzir que violaria o princípio da igualdade tanto o tratamento desigual para situações idênticas, como o tratamento idêntico para situações que são diferenciadas.

...omissis...

Conforme se depreende do texto legal acima transcrito, alunos transmasculinos estão excluídos de sua abrangência. E nem se diga que, como já apreciado, se trata de questão peculiar à execução do diploma legal; ao contrário, é questão precedente, própria da construção normativa e que não pode ficar à mercê desta ou daquela exegese do administrador em determinado momento histórico".

O tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior. É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais. A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 4.275/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Min Redator Edson Fachin, j. 01/03/2018).

Do que foi dito resulta, pelo princípio da interpretação conforme a Constituição, à luz e ótica da Constituição Estadual e da Constituição Federal, como única interpretação possível dos preceitos infraconstitucionais impugnados da Lei nº 17.574, de 12 de julho de 2021, do município de São Paulo, como sejam, arts. 1º, caput e § 1º; 3º e 4º, a fim de compatibilizá-los com a Lei Fundamental, a de que também se aplicam em toda sua extensão aos transgêneros (transmasculinos), beneficiários do programa de cuidados com as estudantes nas escolas da Rede Municipal de Ensino de São Paulo.

Ante o exposto, julgo procedente a ação, com interpretação conforme.

MATHEUS FONTES
Relator