



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Processo nº 9030/2021

Interessado: Comissão de Justiça e Redação

Autoria do Projeto: Vereador Carlos Ferreira e outros

Assunto: VETO TOTAL ao Projeto de Lei CM nº 210/2021, que proíbe a instalação de banheiros “multigêneros” no município de Santo André e dá outras providências.

Á

Comissão de Justiça e Redação

Senhor Presidente,

1. RELATÓRIO

Em análise o veto total de fls., apresentado pelo Prefeito através do PC nº 267.12.2021, referente ao Autógrafo nº 137, de 2021, em referente ao Projeto de Lei CM nº 210/2021, que proíbe a instalação de banheiros “multigêneros” no município de Santo André e dá outras providências.

Conforme consta da justificativa, comumente associado às pautas reivindicadas pelos movimentos LGBTQIA+, principalmente às causas de gênero, os banheiros “multigêneros” são aqueles em que não há demarcação por gênero. O presente projeto de lei não trata de nenhuma forma de discriminação homofóbica ou transfóbica, mas da preservação da intimidade, da segurança e da higiene das crianças, das mulheres e dos idosos, que são muito vulneráveis aos mais variados tipos de violência que podem ocorrer nesses ambientes.

E ainda, esta propositura tem como escopo fundamental, além da distinção do uso do espaço sanitário por homens e mulheres, a prevenção da ocorrência de crimes contra a dignidade sexual, a liberdade sexual e outros crimes sexuais contra vulneráveis, quando em uso simultâneo e sem a devida privacidade e segurança

Aduz que, o uso coletivo do banheiro “multigênero”, tanto por pessoas do sexo masculino, como por pessoas do sexo feminino, além de ser um inconveniente para muitas pessoas, já que gera desconforto para muitos de seus usuários, pode ser também





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

um local de disseminação de doenças, caso não seja higienizado com frequência, já que os homens fazem suas necessidades em pé e espalham mais gotículas de urina no chão e nos vasos sanitários.

Alega que, é preciso levar em consideração que esses banheiros chamados “multigêneros” são utilizados por pessoas de todas as faixas etárias, de ambos os sexos, o que pode gerar não só o desconforto como insegurança para os usuários. Não há como impedir que oportunistas frequentem esses locais.

Por fim, argumenta que, não podemos permitir que esses modismos ideológicos se sobreponham à segurança não só das mulheres como também das nossas crianças.

Após a regular tramitação do projeto de lei pelo Parlamento Municipal, o mesmo foi aprovado e seu Autógrafo encaminhado ao Poder Executivo Municipal, que houve por bem **vetá-lo totalmente**, nos termos do §1º, do art. 46, da Lei Orgânica do Município, em face da sua inconstitucionalidade.

Em suas razões de veto, o Chefe do Poder Executivo alega que é ponto pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, que ao Poder Executivo cabe primordialmente a função de administrar, que se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público.

E ainda que, ao Poder Legislativo cabe a função de editar leis, ou seja, atos normativos revestidos de generalidade e abstração.

Argumenta que, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao município uma inédita condição de ente federativo, atribuindo-lhe considerável porção de autonomia, trazendo a reboque prerrogativas de autoadministração e de autogoverno, que são da competência exclusiva do Poder Executivo.

Aduz que, impõe-se reconhecer que o presente Projeto de Lei não encontra qualquer respaldo jurídico por representar interferência indevida do Poder Legislativo, na seara do Poder Executivo, e conseqüente violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, conforme disposto no art. 5º da Constituição Estadual.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Alega que, sobre o tema, é consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional leis que visem a restringir a função do Poder Executivo de adotar medidas concretas para a execução de políticas públicas.

Argumenta que, a proposta não poderia ter sido apresentada por membro do Poder Legislativo, uma vez que a iniciativa para projetos dessa natureza é privativa do Chefe do Executivo.

Por fim, alega que diante da análise do Projeto de Lei CM nº 210/2021 perante a Constituição Federal, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica do Município, conclui-se como inconstitucional diante do vício de iniciativa e por afronta à separação de Poderes.

Ao final resolve vetar totalmente a propositura devolvendo a matéria para deliberação da Casa Legislativa.

É breve o relatório.

Passemos à análise.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. Da Regularidade do Veto

Quanto à regularidade do veto total oposto, o §1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Santo André, prescreve que:

“Art. 46. Aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será enviado ao Prefeito que, aquiescendo, o sancionará.

*§1º Se o Prefeito considerar e julgar o projeto, no todo ou em parte, **inconstitucional** ou **contrário ao interesse público**, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente a Câmara, os motivos do veto.”*





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Vê-se, assim, que o veto poderá resultar de um juízo de reprovação concernente à compatibilidade entre a lei e a Constituição (entendimento de que há inconstitucionalidade formal ou material da lei) ou de um juízo negativo do conteúdo da lei quanto a sua conveniência aos interesses da coletividade, ou à oportunidade de sua edição (contrariedade ao interesse público), por parte do Prefeito. No primeiro caso (inconstitucionalidade), estaremos diante do chamado veto jurídico; no segundo (contrariedade ao interesse público), do veto político.

O veto constitui ato político do Chefe do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, para o fim de controle judicial. Assim, não se admite o controle judicial das razões do veto, em homenagem ao postulado da separação de Poderes (essa restrição aplica-se tanto ao denominado veto político quanto ao veto jurídico), dessa forma, as formalidades legais foram atendidas, a teor do disposto no §1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Santo André.

2.2. Da Inconstitucionalidade alegada

Em suas razões de veto, o Alcaide alega que é ponto pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, que ao Poder Executivo cabe primordialmente a função de administrar, que se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público.

E ainda que, ao Poder Legislativo cabe a função de editar leis, ou seja, atos normativos revestidos de generalidade e abstração.

Argumenta que, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao município uma inédita condição de ente federativo, atribuindo-lhe considerável porção de autonomia, trazendo a reboque prerrogativas de autoadministração e de autogoverno, que são da competência exclusiva do Poder Executivo.

Aduz que, impõe-se reconhecer que o presente Projeto de Lei não encontra qualquer respaldo jurídico por representar interferência indevida do Poder Legislativo, na





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

seara do Poder Executivo, e conseqüente violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, conforme disposto no art. 5º da Constituição Estadual.

Alega que, sobre o tema, é consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional leis que visem a restringir a função do Poder Executivo de adotar medidas concretas para a execução de políticas públicas.

Argumenta que, a proposta não poderia ter sido apresentada por membro do Poder Legislativo, uma vez que a iniciativa para projetos dessa natureza é privativa do Chefe do Executivo.

Por fim, alega que diante da análise do Projeto de Lei CM nº 210/2021 perante a Constituição Federal, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica do Município, conclui-se como inconstitucional diante do vício de iniciativa e por afronta à separação de Poderes.

Entretanto, pelas razões de veto apresentadas, não se consegue vislumbrar qual é a inconstitucionalidade da propositura (não se presume, tem que ser demonstrada), tendo em vista que a argumentação foi realizada de forma genérica (violou o princípio da separação e independência dos poderes – art. 5º, da C.E), sem indicar de forma objetiva, quais são os dispositivos constitucionais (Constituição Federal e/ou Constituição do Estado de São Paulo), que concretamente foram infringidos.

As razões do veto precisariam indicar qual é o dispositivo constitucional que atribui ao Chefe do Poder Executivo, a competência legislativa privativa alegada, e como ele foi violado (princípio da motivação – indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos que justificam o alegado).

2.2.1. Teoria da Inconstitucionalidade

Podemos verificar que os argumentos apresentados não possuem relação com a teoria de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Nos Estados dotados de Constituições escritas do tipo rígidas, a alteração do texto constitucional exige um procedimento especial, estabelecido pelo próprio constituinte originário, mais difícil do que o exigido para a produção do direito ordinário (subconstitucional).

A primeira consequência - sobremaneira relevante - dessa exigência de formalidades especiais para a reforma da Carta Política é que nos ordenamentos de Constituição rígida vigora o princípio da supremacia formal da Constituição. Vale dizer, nesses sistemas jurídicos que adotam Constituição do tipo rígida, as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são colocadas acima de todas as outras manifestações de direito.

Para que se compreenda com clareza essa decorrência da rigidez constitucional é suficiente notar que, nos sistemas jurídicos de Constituição flexível, a inexistência de diferenciação entre os procedimentos de elaboração das leis ordinárias e de modificação das normas constitucionais faz com que toda produção normativa jurídica tenha o mesmo status formal, ou seja, as leis novas derrogam ou revogam todas as normas anteriores com elas incompatíveis, mesmo que estas sejam normas constitucionais¹.

Assim, em um sistema de constituição flexível - o da Inglaterra, por exemplo - descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade, sendo o parlamento poder legislativo e constituinte ao mesmo tempo. As decisões do parlamento não podem ser de modo algum atacadas perante os tribunais; somente os atos praticados em decorrência de ato do parlamento é que podem ser examinados pelo Judiciário, a fim de se verificar se não excederam os poderes conferidos.

Esse ponto constitui a segunda consequência importante da rigidez constitucional (e mais diretamente do princípio da supremacia da Constituição): somente nos ordenamentos de Constituição escrita e rígida é possível a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos da forma como o conhecemos. Unicamente nesses sistemas jurídicos podemos falar, propriamente, em normas infraconstitucionais que, como tais, devem respeitar a Constituição.

¹ Constituição flexível é aquela cujos dispositivos podem ser alterados pelos mesmos procedimentos exigidos para a elaboração das leis ordinárias, ou seja, não existe um processo legislativo diferenciado, mais laborioso, para a modificação do texto constitucional.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Significa dizer que para uma norma ter validade dentro desses sistemas há que ser produzida em concordância com os ditames da Constituição, que representa seu fundamento de validade. A Constituição situa-se no vértice do sistema jurídico do Estado, de modo que as normas de grau inferior somente valerão se forem com ela compatíveis.

Destarte, se a Constituição é do tipo rígida, há distinção hierárquica entre ela e as demais normas do ordenamento jurídico, estando ela em posição de superioridade relativamente a estas (que são, por isso, ditas infraconstitucionais ou subconstitucionais). **A Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes respeitar os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade. Havendo confronto entre norma ordinária e texto constitucional, tanto do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo) quanto do material (compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais), deverá ser declarada a nulidade da norma inferior, em respeito à supremacia da Constituição².**

Ao mesmo tempo, para que se possa falar, efetivamente, em Estado de Direito, é necessário que exista pelo menos um órgão estatal independente do órgão encarregado da produção normativa, ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do princípio da supremacia constitucional: a necessidade de separação de poderes.

Para compreensão dessa assertiva, basta constatar que em um Estado no qual todas as funções (poderes) estejam concentradas nas mãos de um déspota, não existe qualquer possibilidade de que um provimento deste venha a ser declarado ilegítimo, contrário ao direito. Simplesmente, não existirá nenhum órgão com poder para realizar tal verificação.

² Conforme esclarece o Ministro do STF, Alexandre de Moraes: "A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário".





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Destarte, para que se tenha um efetivo sistema de controle de constitucionalidade dos comportamentos, leis e atos, normativos ou concretos, faz-se insofismável a necessidade de que se determine quem é competente para analisar e decidir se houve ou não ofensa à Constituição, como também qual o processo que deve ser utilizado para se anular uma conduta ou ato inconstitucional. É a própria Constituição que estabelece os órgãos encarregados de exercer tais competências e procedimentos especiais, que variam de um regime constitucional para outro e que consubstanciam o que denominamos controle de constitucionalidade.

Dessa forma, podemos afirmar que são 02 (dois) os pressupostos para o controle de constitucionalidade: (a) a existência de uma Constituição do tipo rígida; (b) a previsão constitucional de um mecanismo de fiscalização da validade das leis.

É ainda relevante destacar que ao mesmo tempo em que uma Constituição do tipo rígida é pressuposto da existência do controle de constitucionalidade, não é menos verdade que esse mesmo controle é pressuposto e garantia de uma Constituição rígida. Isso porque, caso não haja órgão com a função de exercer o controle de constitucionalidade, a Constituição ficará sem meios de fazer valer a sua supremacia em face de condutas afrontosas ao seu texto.

Podemos sintetizar essas breves considerações sobre a teoria da inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade da seguinte forma:

- a) a noção contemporânea de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem como pressuposto a existência de uma Constituição do tipo rígida;**

- b) a rigidez da Constituição tem como consequência imediata o princípio da supremacia formal da Constituição;**

- c) o princípio da supremacia formal da Constituição exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam de acordo com o texto constitucional;**





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

d) aquelas normas que não estiverem de acordo com a Constituição serão inválidas, inconstitucionais e deverão, por isso, ser retiradas do ordenamento jurídico;

e) há necessidade, então, de que a Constituição outorgue competência para que algum órgão (ou órgãos), independente do órgão encarregado da produção normativa, fiscalize se a norma inferior está (ou não) contrariando o seu texto, para o fim de retirá-la do mundo jurídico e restabelecer a harmonia do ordenamento; e

f) sempre que o órgão competente realizar esse confronto entre a lei ou ato normativo e a Constituição, estará ele efetivando o denominado "controle de constitucionalidade".

Como já mencionado, os argumentos apresentados pelo Alcaide não fazem qualquer menção de incompatibilidade entre o texto do projeto de lei, com dispositivos da Constituição Federal e/ou Estadual, pois a argumentação está genérica (violação ao princípio da separação e independência entre os poderes), portanto, não podemos, de forma correta e objetiva, saber qual é a suposta inconstitucionalidade.

As razões do veto precisariam indicar qual é o dispositivo constitucional que atribui ao Chefe do Poder Executivo, a competência legislativa privativa alegada, e como ele foi violado (princípio da motivação – indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos que justificam o alegado).

Se o veto do Chefe do Poder Executivo fosse considerado um mero ato administrativo, **este seria considerado nulo, nos termos do art. 2º, parágrafo único, “b” e “d”, da Lei nº 4717/1965 (Lei da Ação Popular)**³, entretanto, como o Supremo Tribunal Federal entende ser o veto um ato jurídico/político, a análise quanto a sua legitimidade é de competência dos membros do Parlamento, o mantendo ou o rejeitando, não sendo possível controle jurisdicional.

³ Art. 2º, parágrafo único: b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

2.2.2. Do Poder de Polícia Administrativa

Em relação à competência legislativa, a matéria tratada no presente projeto de lei encontra fundamento no **Poder de Polícia Administrativa do Município**, poder inerente à Administração Municipal para restringir ou limitar direitos em benefício da coletividade, disciplinando as atividades econômicas desenvolvidas em seu território, cuja definição nos é dada pelo art. 78 do Código Tributário Nacional.

Segundo nos ensina a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“O poder de polícia que o estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária. A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no **caráter preventivo da polícia administrativa** e no repressivo da polícia judiciária. **A primeira terá por objetivo impedir as ações antissociais**, e a segunda, punir os infratores da lei penal. A diferença não é, no entanto, absoluta, pois a **polícia administrativa pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de armas ou a direção de veículos automotores)**, como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também pode-se dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração. Conforme Álvaro Lazzarini (in RJTJ-SP, v. 98:20-25), a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. **Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age. A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas.**”⁴ (g/n)*

Assim é que se encontra sob a responsabilidade do Município zelar pela manutenção dos bons costumes, da segurança e da ordem pública nos seus limites





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

territoriais, em ação complementar à do Estado. Nessa esteira, o Município possui inteira competência para instituir regras que digam respeito à higiene e ao sossego público; ao trânsito e tráfego; à ocupação das vias públicas; à fiscalização de atividades econômicas; à adoção de medidas referentes aos animais e ao combate às plantas e insetos nocivos; à proteção ao meio ambiente, ao horário de funcionamento do comércio e da indústria etc. A essas normas é o que se convencionou chamar de **posturas municipais, que disciplinam o exercício do poder-dever de polícia administrativa do Poder Público sobre os estabelecimentos locais, bem como sobre seus munícipes.**

O efetivo exercício do Poder de Polícia reclama, a princípio, medidas legislativas que servirão de base para uma futura atuação concreta da Administração Pública nessa condição, razão pela qual é comum afirmar que a polícia administrativa se desdobra em uma competência legislativa e uma competência administrativa, como entende e preleciona, Marçal Justen Filho, nesses termos:

"O chamado poder de polícia se traduz, em princípio, em uma competência legislativa. [...] Até se poderia aludir a um poder de polícia legislativo para indicar essa manifestação da atuação dos órgãos integrantes do Poder Legislativo, em que a característica fundamental consiste na instituição de restrições à autonomia privada na fruição da liberdade e da propriedade, caracterizando-se pela imposição de deveres e obrigações de abstenção e de ação. Usualmente, a lei dispõe sobre a estrutura essencial das medidas de poder de polícia e atribui à Administração Pública competência para promover a sua concretização."⁵ (g/n)

Trata-se de lei de polícia administrativa, condicionando o exercício de atividade particular em prol do interesse público, que não se situa na iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo nem na reserva da Administração.

Anote-se que os dispositivos de polícia administrativa pertencem à iniciativa legislativa comum ou concorrente por não estarem catalogados na iniciativa

⁴ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, 24ª ed., São Paulo: Atlas, pg. 119.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 469.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

reservada que demanda expressa previsão e não se presume, merecendo interpretação restritiva.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

“(...)

O que se verifica “*in casu*” é que a norma municipal, tem características de **lei de polícia administrativa, condicionando o exercício de atividade em prol do interesse público, que não se situa na iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo nem na reserva da Administração.**

E, em assim sendo, os dispositivos de polícia administrativa pertencem à iniciativa legislativa comum ou concorrente por não estarem catalogados na iniciativa reservada que demanda expressa previsão e não se presume, merecendo interpretação restritiva.

(...).”⁶

Esse também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, senão vejamos:

“ADI n.º 70057521932: CONSTITUCIONAL. **LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO. FISCALIZAÇÃO GENÉRICA. INEXISTÊNCIA DE INTERFERÊNCIA SUBSTANCIAL NAS ATRIBUIÇÕES DO EXECUTIVO.** CONCESSÃO. REGIME CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. **Em princípio, a previsão, em lei de iniciativa do legislativo local, quanto a genérico dever de fiscalização, não interfere com a organização do Executivo, nem lhe acarreta ônus de mínima expressão.** (...). Unânime.”⁷ (g/n)

⁶ TJSP, ADI n° 2167875-97.2019.8.26.0000, Órgão Especial, Desembargador Relator Antonio Carlos Malheiros, julgado em 06/11/2019.

⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 70057521932, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/04/2014.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Dessa forma, podemos constatar que a proposta legislativa sob esse aspecto é legal e constitucional.

2.2.3. Dos banheiros “multigêneros”

Gênero é conceito vinculado aos papéis atribuídos para o masculino e para o feminino no âmbito de cada sociedade.

Cuida-se da identificação de uma pessoa para com um dos papéis que a sociedade na qual vive estabelece usualmente para o masculino ou para o feminino.

É, portanto, conceito relacionado a uma construção social, e não vinculado ao sexo biológico.

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

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

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

“A identidade de gênero se refere à experiência de uma pessoa com o seu próprio gênero. Pessoas transgênero possuem uma identidade de gênero que é diferente do sexo que lhes foi designado no momento de seu nascimento. Uma pessoa transgênero ou trans pode identificar-se como homem, mulher, trans-homem, trans-mulher, como pessoa não binária ou com outros termos, tais como hijra, terceiro gênero, dois-espíritos, travesti, fa’afafine, gênero queer, transpinoy, muxe, waria e meti. Identidade de gênero é diferente de orientação sexual (...).”⁸ (grifos nossos)

⁸ https://unfe.org/system/unfe-91-Portugese_TransFact_FINAL.pdf?platform=hootsuite.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Partindo dessas considerações, depreende-se que o ato normativo sob análise veda a 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 com o gênero feminino.

E, ao fazê-lo, recusa expressões individuais de liberdade de gênero que não guardem estrita coincidência com o sexo biológico, no âmbito dos espaços públicos e privados do Município de Santo André.

Todavia, tal restrição exprime discriminação que não se coaduna com os princípios que norteiam a República Brasileira e, particularmente, a sociedade brasileira, 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.

Não há, contudo, espaço para tal discrepância em uma sociedade multicultural que, conforme mandamentos constitucionais federais (CF, arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º) e estaduais (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.

Por conseguinte, a lei em debate não endossa os preceitos acima indicados de respeito à dignidade e liberdade da pessoa humana, ao desenvolvimento integral de sua personalidade e à condenação de qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa e a quaisquer preconceitos de sexo, que devem permear a sociedade brasileira.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, através da Procuradoria-Geral de Justiça, ao elaborar parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2137220-79.2018.8.26.0000, em face de uma lei do Município de Sorocaba, com teor análogo, assim se posicionou:





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.185/17 DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. **PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE BANHEIROS, VESTIÁRIOS E DEMAIS ESPAÇOS SEGREGADOS DE ACORDO COM A IDENTIDADE DE GÊNERO, NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO FUNDAMENTAL, PÚBLICO OU PRIVADO, NO ÂMBITO MUNICIPAL. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DE NÃO DISCRIMINAÇÃO E COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO. PROCEDÊNCIA.**”

1. O art. 237 da CE sufraga princípios próprios (e também incorpora os da CF, dentre os quais os insculpidos no arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, caput) na educação, **direcionando a atividade a valores como pluralismo, alteridade, respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana, cidadania, formação crítica, informação e repulsa a discriminações ou preconceitos de ordem sexual, desenho normativo que não se coaduna com o teor da lei contestada, cuja aplicação viola os direitos vinculados à dignidade da pessoa humana.**

2. Parecer pela procedência do pedido.⁹ (g/n)

Posteriormente, a 34ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **julgou procedente** a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2137220-79.2018.8.26.0000, **declarando inconstitucional a lei do Município de Sorocaba**, senão vejamos:

“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.

⁹ MPSP, ADI nº 2137220-79.2018.8.26.0000, Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico, Wallace Paiva Martins Junior, em 23/10/2018.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Ação direta julgada procedente.¹⁰ (g/n)

Portanto, sob essa perspectiva, a proposta legislativa em análise é inconstitucional.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, com fundamento nos argumentos de autoridade acima colocados, entendemos que o Projeto de Lei CM nº 210/2021 é **INCONSTITUCIONAL**.

Entretanto, a deliberação quanto à rejeição ou manutenção do veto total oposto ao projeto de lei é exclusiva dos nobres Parlamentares.

Quanto ao processo legislativo e ao *quórum* atinentes à matéria, prevê o § 4º do art. 46 da Lei Orgânica Municipal que **“o veto será apreciado em sessão única, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Vereadores”**.

É o nosso parecer de natureza meramente opinativa e informativa, que submetemos a superior apreciação dessa Douta Comissão de Justiça e Redação, sem embargo de opiniões em contrário, que sempre respeitamos.

Santo André, 24 de fevereiro de 2022.

Ivan Antonio Barbosa
Diretor de Apoio Legislativo
OAB/SP 163.443

¹⁰ TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, ADI nº 2137220-79.2018.8.26.0000, Desembargadora Relatora, Cristina Zucchi, julgado em 09/10/2019.

