

Nº de ordem do processo na sessão de julgamento Não informado

Registro: 2023.0000337007

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2031023-27.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDI VIOTTI E JAMES SIANO.

São Paulo, 26 de abril de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE
RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO N. 55.339
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
AUTOS N. 2031023-27.2023.8.26.0000
AUTOR: PREFEITO DE MARÍLIA

Ação direta promovida pelo Prefeito de Marília para afirmar a inconstitucionalidade da lei local n. 8.901, de 17/10/2022, que instituiu o programa municipal de fornecimento de absorventes higiênicos para mulheres de baixa renda e estudantes das escolas públicas.

Primeiro ponto: inconstitucionalidade tão-só do seu artigo 3º e respectivo parágrafo único, verbis: “Artigo 3º - O Poder Executivo, através da secretaria competente, fornecerá os absorventes higiênicos em quantidade necessária às mulheres pertencentes ao programa. Parágrafo único - Para ter acesso ao programa a mulher beneficiada por esta lei deverá estar cadastrada”.

A orientação do Órgão Especial tem sido no sentido de que lei municipal, de iniciativa parlamentar, quando institui regras programáticas, genéricas e abstratas em matéria de saúde pública e assistência social, mesmo ao criar ou aumentar despesas para a administração local, não padece de vício de iniciativa nem viola o princípio da separação entre os poderes ou da reserva da administração, na medida em que saúde pública e assistência social não estão dentre as matérias cuja iniciativa legislativa compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, vale dizer nos termos do artigo 24, § 2º, c.c. 144, ambos da Constituição Estadual e da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, para fins de repercussão geral, no Tema 917 daquela Corte Suprema. Atendidas a natureza e a extensão da divisão funcional do poder, é dado ao Poder Legislativo inscrever em regra jurídica a instituição de programa municipal a fornecimento de absorventes higiênicos para mulheres de baixa renda.

Entretanto, e aqui destacadamente o ponto controvertido, acham-se postas no tal artigo 3º e seu parágrafo atribuições de logística à “secretaria competente” do Executivo local, sem olvidar que a Edilidade ainda fez uso de conjugação verbal no imperativo (“fornecerá”, nas condições da lei). Deste modo, nesta exata quadra cuidou da organização administrativa e inadvertidamente violou o quanto disposto nos artigos 5º, 47, inciso II e XIV e 144, da Constituição Paulista.

Segundo ponto: extensão para outros grupos sociais. Requerimento ministerial feito com fundamento na causa petendi aberta, que é peculiar às ações diretas de inconstitucionalidade. Acolhimento. Motivação aliunde ou per relationem. Inclusão de transgêneros (transmasculinos) nos arts. 1º a 2º do sobredito ato normativo questionado.

Procedência parcial

O Prefeito de Marília promoveu a presente ação direta para afirmar **a inconstitucionalidade de toda a lei local n. 8.901, de 17/10/2022**, que instituiu o programa municipal de fornecimento de absorventes higiênicos para mulheres de baixa renda e estudantes das escolas públicas. Alegou-se vício de iniciativa, vulneração da separação de poderes e ausência de estudo prévio do impacto orçamentário. O autor ainda alude ofensa ao disposto nos artigos 113 do ADCT, 5º, 25, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, letra A c.c. 144 da Constituição Estadual.

O texto da lei em discussão acha-se transcrito a fls. 2/3 e 91 dos autos.

Em 14/2/2023, em respeito a precedentes deste colendo Órgão Especial, por meio de interlocutória de cunho liminar, suspendemos a eficácia do referido diploma (fls. 34/35).

A Câmara Municipal prestou informações, reconheceu a iniciativa do processo legislativo atribuída à augusta Vereança local e ainda defendeu a constitucionalidade do diploma (fls. 44/58).

Seguiu-se a citação da Procuradoria Geral do Estado, que deixou de se manifestar (fls. 42 e 84).

E a d. Subprocuradoria-Geral de Justiça, com base em *causa petendi* aberta, opinou pela procedência parcial do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, **para inclusão** de transgêneros (transmasculinos), nos artigos 1º a 3º da lei n. 8.901, de 17 de outubro de 2022, do Município de Marília (fls. 89/107).

É o resumo do necessário.

Voto n. 55.339

-1-

Dois são os objetos da presente direta de inconstitucionalidade. Primeiramente, aquele deduzido pelo Prefeito de Marília, Daniel Alonso, eis que, nos termos do relatório, requereu a inconstitucionalidade de todo o diploma. E também aquele trazido pelo Ministério Público, qual seja, de extensão dos benefícios a outros importantes

grupos sociais.

Esclareço melhor.

A lei em discussão tem um alcance originário **(fornecimento de absorventes higiênicos para mulheres de baixa renda e estudantes das escolas públicas)**. Porém, o e. Subprocurador Geral de Justiça quer que a interpretação do texto, saído da Câmara Municipal de Marília, seja extensiva, em homenagem à isonomia de tratamento, consoante exposto a fl. 98 (*verbis*):

“(…)

Observo, ainda, à luz do conceito de causa petendi aberta, elementar à sindicância objetiva de constitucionalidade, a necessidade de aquilatar se o diploma legal é inconstitucional, por excluir do âmbito da política pública de saúde – de combate à pobreza higiênica e, inclusive, menstrual – pessoas vulneráveis e no ambiente escolar que não se enquadram na lógica binária da classificação sexual ou de gênero.

A lei é oportuna e conveniente, segundo a perspectiva dos 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.

Afastada a inconstitucionalidade formal por consagrar o diploma legal municipal diretriz de assistência à saúde, exsurge saliente a 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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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.

A interpretação divergente que excluísse a pessoa transgênero seria apenas possível quando, objetivamente, constatar-se um fator de discrimen que desse razoabilidade à diferenciação de tratamento contida na lei, pois a igualdade pressupõe um juízo de valor e um critério justo de valoração, proibindo o arbítrio, que ocorrerá 'quando a disciplina legal não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável' (J. J. Gomes Canotilho. Direito constitucional e teoria da constituição, 3. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1998, pp. 400/401)".

-2-

Recorrentemente o STF e nosso Órgão Especial vêm reafirmando que nas ações diretas de inconstitucionalidade a *causa petendi* é aberta, de sorte que realmente é possível examinar outros aspectos mais [todos de tons constitucionais], como os destacados no r. parecer do Ministério Público. Aqui vem a calhar o escólio de José Levi Mello do Amaral Junior:

“(...) assim como é assente que a causa petendi no controle concentrado e em abstrato da constitucionalidade é aberta, também no controle difuso e em concreto argumentos outros que não os invocados pelas partes para a deflagração do exame de uma possível inconstitucionalidade podem e, se for o caso, devem ser enfrentados pelos julgadores. Do contrário, não se se poderia admitir, como se admite, a declaração de inconstitucionalidade ex officio na primeira instância, bem assim a suscitação, ex officio, de incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais” (“Incidente de Arguição de

Inconstitucionalidade Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil” Ed. Revista dos Tribunais 2002 p. 45/46).

Confirmam-se precedentes de mesma substância:

“(...) a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei contém pedido de caráter aberto, podendo e devendo ser apreciadas as questões trazidas aos autos, além dos fundamentos invocados pelo Requerente” (ED 2220458-35.2014.8.26.0000/50001, relator Des. Xavier de Aquino, j. de 26.08.15)

“(...) não se pode olvidar que na ação direta de inconstitucionalidade vige o princípio da causa de pedir aberta, que possibilita, e mesmo impõe, o exame do pedido posto em juízo sob qualquer fundamento, ainda que distinto daquele apresentado pelo autor (...) Aliás, já afirmou o Colendo Supremo Tribunal Federal que o órgão julgador tem o 'dever de verificar, em ação direta, a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não aqueles indicados na

inicial (causa de pedir aberta)' (v. ADI nº 3.576-2/RS, Tribunal Pleno, relatora Ministra Ellen Gracie, j. 22/11/2006, DJU 02/02/2007)" (ADI 2069069-66.2015.8.26.0000, relator o Des. Paulo Dimas Mascaretti, em 21.10.15).

De sorte ser, pois, de rigor não apenas o exame do quanto articulado pelo Ministério Público, como também o seu acolhimento.

Autorizado pelo tema 484 do STF (importa repetir, *[é reconhecida a] legitimidade de Tribunal de Justiça para atuar em controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Federal*), como também pelo quanto disposto a título de simetria no artigo 144 da Constituição Estadual, **concluimos ser defesa qualquer modalidade de discriminação**, para o que ainda invocamos outros dispositivos da Constituição Federal:

“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 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 (...).”

E ainda os textos abaixo, extraídos da Constituição Estadual:

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

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”

“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**”.

As referências tiradas do direito positivo dão a exata dimensão da *mens legis* e nos permitem concluir que o e. Subprocurador Geral de Justiça tem mesmo razão quando

propõe leitura extensiva do diploma legal mariliense, porque estão, aquelas suas razões, em sintonia com a ideologia das Cartas Constitucionais e os valores nelas predicados, de sorte que, a meu modesto sentir, é hipótese de nos reportarmos aos seus fundamentos, aos fundamentos do seu pedido, aquele deduzido na manifestação ministerial, *aliunde e per relationem*.

A propósito, está pacificado o entendimento jurisprudencial no sentido de que a utilização da fundamentação *per relationem*, seja para fim de reafirmar a fundamentação de decisões anteriores, seja para incorporar à nova decisão os termos de manifestação ministerial anterior, **não implica vício de fundamentação**.

O modelo *aliunde ou per relationem* é caracterizado quando a administração pública, ao tomar uma decisão, remete sua fundamentação a outro documento. Está previsto no artigo 50, § 1º, da lei 9.784/99. E a respeito deste ponto transcrevo a partir do julgamento do HC 170376 AgR / SP, na Corte Suprema, voto da Ministra Rosa Weber, em 9/6/2020, argumento anteriormente utilizado pelo Ministro Celso de Melo:

“Este Supremo Tribunal Federal tem

jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação 'per relationem' como técnica de motivação das decisões judiciais, entendendo revelar-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo artigo 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação 'per relationem', que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário” (MS 25.936 ED, Plenário, DJe de 18.9.2009).

Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 1676717 / SP, j. 17/12/2021; AgRg no RHC 144128 / RJ, DJe 16/12/2021; AgRg no AREsp n. 1790666 / SP, DJe 6/5/2021; e HC 654.131/RS, DJe 19/11/2021.

De sorte que, autorizado pela jurisprudência das Cortes Superiores, emprego como razão de decidir a

manifestação ministerial de fls. 89/107, na parte em que o e. Subprocurador-Geral de Justiça censura qualquer discriminação referente ao caso em comento.

-3-

E com relação ao pedido contido na exordial do Prefeito, o tema trazido à colação (fornecimento de absorventes) tem sido repetidamente visitado por este Órgão Especial, de sorte que a uniformidade de tratamento se impõe, em apreço da segurança jurídica (artigos 489, § 1º, VI, 926 e 927 do novo Código de Processo Civil).

As referências acima são relevantes, porque existe sim um óbice já anteriormente levantado perante nosso Sodalício, de modo que não podemos passar ao largo do assunto. Segundo orientação do Órgão Especial, lei municipal, de iniciativa parlamentar, quando institui regras programáticas, genéricas e abstratas em matéria de saúde pública e assistência social, mesmo ao criar ou aumentar despesas para a administração local, **não padece de vício de iniciativa nem viola o princípio da separação entre os poderes ou da reserva da administração**, porque *saúde*

pública e assistência social **não estão dentre as matérias cuja iniciativa legislativa compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo**, em consonância com os termos dos artigos 24, § 2º, c.c. 144, ambos da Constituição Estadual e da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, para fins de repercussão geral, Tema 917.

Assim, atendendo-se à natureza e à extensão da divisão funcional dos poderes, nossos precedentes têm reafirmado ser lícito ao Legislativo inscrever em regra jurídica a instituição de programa municipal, como aquele de fornecimento de absorventes higiênicos para mulheres de baixa renda. **Entretanto, e aqui destacadamente o único ponto controvertido**, o legislador, através do artigo 3º, e seu parágrafo, ambos da lei 8.901/2022 de Marília, ao determinar a imposição de atribuições à “*secretaria competente*” do Executivo local, e fazendo uso de conjugação verbal no imperativo (*fornecerá*), data máxima vênia, **cuidou da organização administrativa e deste modo, inadvertidamente, violou o quanto disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, e 47, inciso II, XIV e XIX, “a”, da Constituição Paulista**, aplicáveis aos municípios por força do que dispõe o art. 144 da mesma Constituição Estadual.

Confira-se o exato teor do dispositivo reproduzido a fls. 2/3 e 91, *verbis*:

“Artigo 3º - O Poder Executivo, através da secretaria competente, fornecerá os absorventes higiênicos em quantidade necessária às mulheres pertencentes ao programa.

Parágrafo único – Para ter acesso ao programa a mulher beneficiada por esta lei deverá estar cadastrada”.

Aqui, então, identificamos a inconstitucionalidade parcial, **por conta de vício material na forma de ingerência do legislador em assunto da competência material atribuída ao Prefeito.**

Solução de igual teor foi por nós encontrada nos votos do e. Desembargador Matheus Fontes, a propósito, acolhidos à unanimidade por este Órgão Especial, confira-se: ADI n. 2104998-19.2022.8.26.0000, em 24/8/2022 e ADI n. 2262926-67.2021.8.26.0000, em 18/5/2022.

A mesma discussão mereceu tratamento de igual jaez nos votos do Desembargador Décio Notarangelli, ambos

exarados no bojo da ADI 2226355-97.2021.8.26.0000, primeiramente na sessão de 20/4/2022 e mais tarde, com destaque para o Tema 917, em apreço ao retorno ordenado pelo Excelso Pretório, por conta do artigo 1.040, II do Código de Processo Civil, na recentíssima sessão de **15/3/2023** (*verbis*):

“(...) O distinguishing entre o caso concreto e o Tema 917 foi expressamente reforçado no julgamento dos embargos de declaração:

'São cabíveis embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento ou, ainda, para corrigir erro material (art. 1.022 CPC). Todavia, no caso dos autos nada disso ocorre. O aresto embargado apreciou os pontos relevantes da controvérsia explicitando, com clareza, objetividade e coerência, as razões do julgamento. O Colegiado não reconheceu vício formal de iniciativa, mas vício substancial, com a

invasão da competência material do Poder Executivo (artigos 5º, 47, II e XIV, e 144, da Constituição Estadual). Inaplicável, portanto, a tese firmada no julgamento do Tema n. 917 do STF'.

Em suma, os fundamentos fáticos e jurídicos que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.595/21, do Município de Ribeirão Preto, deixam claro que o caso não se amolda ao Tema n. 917, como, aliás, expressamente consignado no acórdão recorrido.

À evidência, trata-se de vícios de natureza distinta: material no caso concreto, formal no caso paradigmático, daí a inaplicabilidade à espécie do Tema n. 917 do STF, expressamente afastada no acórdão recorrido”.

Anteriormente, repito, por ocasião do julgamento originário da mesma ADI, revisitado por determinação da Corte Suprema, ao afirmar o vício, o Órgão Especial destacou:

*“(...) O legislador, no entanto, foi além da mera autorização e **impôs ao Administrador uma obrigação de fazer consistente na distribuição, pela Secretaria Municipal de Educação, e não outro órgão, de um item específico de higiene pessoal** (o absorvente, e não outro, por exemplo, o reutilizável coletor menstrual) **a pessoas específicas** (alunas matriculadas na rede pública de ensino, e não, por exemplo, mulheres com determinada renda mensal). Ou seja, **o legislador não apenas avançou sobre a esfera administrativa ao instituir a distribuição de itens de higiene feminina, como tolheu o juízo de conveniência e oportunidade sobre a melhor maneira de abordar esta específica política pública e ainda alterou o rol de atribuições da Secretaria Municipal de Saúde (...)**”.*

No presente caso, caso da lei mariliense 8.901/2022, **o Tema 917 do STF incide sobre todos os demais dispositivos da lei, de sorte que ali não antevemos violações da Carta, menos, porém, no que diz**

respeito ao transcrito no sobredito artigo 3º e seu parágrafo.

Isso porque, nestes, a Edilidade determinou o modo como se dará a implementação do programa de higiene menstrual para mulheres de baixa renda, eis que vinculou a execução a uma repartição, ainda que tenha feito uso da sugestiva expressão aberta “*secretaria competente*”. Além de produzir obrigações, especialmente de logística, sem respeitar os limites de oportunidade e conveniência reservados ao Administrador, seja atinentes o público alvo, seja em relação ao específico item de higiene pessoal, matérias cuja iniciativa legislativa, **segundo precedente já aqui destacado, ou seja, um julgado deste Órgão Especial**, compete ao Chefe do Poder Executivo, vale dizer, o artigo 3º foi redigido sem apego ao disposto nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144, todos da Constituição Estadual.

-4-

Em resumo, proponho ao colendo Órgão Especial que a presente ação direta seja julgada parcialmente procedente **(i)** para afirmar a inconstitucionalidade do artigo

3º e seu parágrafo único, **(ii)** como também para, atendendo requerimento do Ministério Público, declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, incluindo as pessoas transgêneros (transmasculinos) na leitura dos artigos 1º e 2º, da lei n. 8.901, de 17 de outubro de 2022, do Município de Marília.

Aqui não se há cogitar modulação, mesmo porque a integralidade do texto estava suspensa, agora re-delimitada a eficácia nos exatos termos do presente voto.

COSTABILE-E-SOLIMENE